Conselho
Administrativo
de Defesa
Econômica

CADE / MJ
Fls. 831

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR nº 08012.002673/2007-51

Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE

Advogados: Antonio J. Caleiro Palma, Leonardo Ribas, Neide Teresinha Malard e outros.

Representados: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda.

Advogados: Ricardo Inglez de Souza, Paulo Marques Rodrigues Brancher, José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Tatiana Lins Cruz, Lauro Celidonio Neto, Patrícia Avigni e outros.

Relator: Conselheiro **Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.**

EMENTA: Representação da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE em face das montadoras de automóveis Volkswagen, Fiat e Ford. Suposta infração aos arts. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94. Imposição dos registros de desenho industrial das montadoras sobre autopeças de reposição, com o suposto fim de impedir a atuação de fabricantes independentes de autopeças no mercado. Sugestão de arquivamento pela SDE e ProCADE. Sugestão de provimento ao recurso de ofício pelo MPF. Legitimidade ativa. Terceiros interessados. Mercado primário de fabricação de veículos. Mercado secundário de autopeças de reposição com registro de desenho industrial. Mercado relevante para cada peça objeto de registro. Ausência de imunidade antitruste para direitos de propriedade industrial. Possibilidade de intervenção pela autoridade de defesa da concorrência. Exclusividade. Efeitos anticompetitivos decorrentes da prática. Monopólio. *Lock-in*. Assimetria de informação ao consumidor. Super-otimismo do consumidor. Concorrência no mercado primário insuficiente para garantir concorrência no secundário. Possível ausência de justificativas objetivas. Recuperação de custos de P&D no mercado primário. Continuidade dos incentivos a inovação. Não plausibilidade dos argumentos de segurança, qualidade e *cream skimming*. Princípio da proporcionalidade. Abuso de direito. Competência do CADE. INPI. Não configuração de *sham litigation* e preços abusivos. Indícios de danos à concorrência. Provimento do recurso de ofício para instauração de processo administrativo.

VOTO

, 162

CADE / MJ
Fls. 3.832

Sumário

1. Considerações iniciais

2. Preliminares
2.1 Da argüição de ilegitimidade ativa da ANFAPE
2.2 Dos terceiros interessados

3. Direitos de propriedade intelectual e concorrência
3.1 Direitos de propriedade industrial (e os desenhos industriais)
3.2 Direitos de propriedade industrial e condutas anticompetitivas
3.2.1 Condutas anticompetitivas advindas de fraudes ou abusos no procedimento de registro
3.2.2 Condutas anticompetitivas advindas de abuso no exercício do direito de propriedade industrial
3.3 Da aferição de ilicitude da prática

4. Análise econômico-concorrencial
4.1 Do mercado relevante
4.2 Dos efeitos anticompetitivos da prática
4.2.1 Da monopolização do mercado (e do efeito lock-in)
4.2.2 Da relação entre o mercado primário e o secundário
(i) Das assimetrias de informação
(ii) Do super-otimismo dos consumidores
4.2.3 Conclusões preliminares sobre os efeitos anticompetitivos da prática
4.3 Das justificativas para a manutenção da prática
4.3.1 Recuperação de custos de P&D
4.3.2 Incentivo a inovações
4.3.3 Qualidade e segurança das peças
4.3.4 Peças independentes falsamente comercializadas como originais
4.3.5 Cream skimming

5. Análise jurídico-constitucional

6. Da competência do CADE e da efetivação da eventual medida de intervenção
6.1 Da competência do CADE x INPI
6.2 Da competência do CADE para intervir em condutas anticompetitivas decorrentes de desenhos industriais
6.3 Da possível medida de intervenção
6.3.1 Das providências necessárias para a eliminação dos eventuais efeitos nocivos à concorrência (e da desnecessidade de licenciamento compulsório)
6.3.2 Da interação com o Poder Judiciário
6.3.3 Da interação com o Poder Legislativo

7. Do afastamento das alegações de preço abusivo e *sham litigation*
7.1 Das alegações de preços abusivos
7.2 Das alegações de *sham litigation*

8. Conclusão

CADE / MJ
Fls. 3.839

1. Considerações iniciais

1. Trata-se de representação formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE em face das montadoras de automóveis Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. ("Volkswagen"), Fiat Automóveis S.A. ("Fiat") e Ford Motor Company Brasil Ltda. ("Ford"). Tais montadoras, amparadas pela Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), possuem registros de desenho industrial[1] sobre determinadas autopeças dos veículos por elas fabricados, o que, segundo alegam, conferir-lhes-ia o direito de produzir e comercializar essas peças de modo exclusivo enquanto viger o período de proteção assinalado na Lei (no caso, 10 anos, prorrogáveis por mais três períodos sucessivos de 5 anos cada)[2]. Trata-se, basicamente, de peças aparentes do veículo, como calotas, faróis, grades de radiador, lanternas, pára-choques, retrovisores, rodas, capôs, pára-lamas, portas, tampas traseiras etc.

2. Conforme trazido aos autos pela ANFAPE, as Representadas, a partir de determinado período, teriam passado a adotar diversas medidas judiciais[3] e extrajudiciais (notadamente, notificações extrajudiciais)[4] contra os Fabricantes Independentes de Peças Automotivas ("FIAPs"), com o fim de impedir que esses agentes ofertassem no mercado autopeças de reposição para os veículos das montadoras, uma vez que isso feriria o direito de propriedade industrial dessas empresas, consubstanciado nos registros de desenho industrial das peças acima descritas.

3. Segundo apurado pela SDE, "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. Segundo defendido pela ANFAPE, essas medidas teriam o objetivo de eliminar os FIAPs do mercado de reposição de autopeças, o que conferiria às montadoras Representadas o monopólio do fornecimento de peças de reposição de seus respectivos veículos, assim maculando a livre concorrência protegida pela Constituição Federal e pela Lei 8.884/94. Segundo a ANFAPE, para que a livre concorrência seja mantida nesse mercado, é preciso que se reconheça que os direitos de propriedade industrial das montadoras sobre as autopeças em apreço aplicam-se apenas entre as próprias montadoras concorrentes, que, no mercado primário de fabricação de veículos, não podem utilizar os desenhos industriais umas das outras. Tais direitos de propriedade industrial não seriam

[1] Como será visto adiante, o desenho industrial configura um direito de propriedade industrial.
[2] "Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada."
[3] Cópias às fls. 53/72, 97/122 e 127/197, p. ex.
[4] P. ex.: (i) fls. 73/79 (Resposta da Centauro Indústria e Comércio Ltda. à notificação extrajudicial da Fiat Automóveis S.A.); (ii) fls. 80/92 (Notificação extrajudicial da Fiat Automóveis S.A. à Centauro Indústria e Comércio Ltda.); (iii) fls. 93/96 (Notificação extrajudicial da Fiat Automóveis S.A. à Alvorada Peças e Acessórios Ltda.); (iv) fls. 123/126 (Notificação extrajudicial de Washington Botella Estoyanoff à Auto Trend Peças e Acessórios Ltda.).

CADE
Fls. 3.884

oponíveis aos fabricantes independentes de autopeças, atuantes no mercado secundário de reposição, sob pena de se violar o direito à concorrência.[5]

5. A SDE emitiu parecer (fls. 2409/2471) a favor do arquivamento do feito, argumentando, em suma, que:

(i) a Constituição e a legislação infra-constitucional garantem a proteção da propriedade industrial por determinado período, a fim de incentivar a inovação;

(ii) o direito concorrencial e o direito de propriedade industrial, nesse sentido, seriam complementares, haja vista que ambos objetivam fomentar a inovação e, conseqüentemente, a concorrência, em benefício dos consumidores;

(iii) a intervenção antitruste em direitos de propriedade industrial só se justificaria em situações nas quais houver abuso dos procedimentos de registro desses direitos, o que não estaria a ocorrer no caso;[6]

(iv) em se tratando da indústria automobilística, os registros de desenho industrial das peças de reposição em questão aplicar-se-iam tanto ao mercado primário quanto ao secundário, e a concorrência entre as montadoras no mercado primário mitigaria abusos também no mercado secundário;

(v) mesmo diante de um eventual poder de mercado, a manutenção dos direitos de propriedade industrial das montadoras seria necessária para compensar os investimentos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) dessas empresas, mantendo os incentivos à inovação;

(vi) uma vez que as medidas judiciais e extrajudiciais das montadoras contra os FIAPs teriam se pautado em um direito legítimo, também estaria afastada, segundo a SDE, qualquer alegação de *sham litigation*;

(vii) não haveria que se falar na conduta de preços abusivos;

(viii) o CADE seria possivelmente incompetente para intervir nessa matéria, uma vez que, ao contrário do que ocorre com as patentes, a Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Propriedade Industrial não preveriam a licença compulsória de desenhos industriais, que são o objeto deste procedimento;

(ix) uma eventual intervenção nesse mercado deveria ser feita pelo Poder Legislativo, por meio de alterações legais.

---

[5] Conforme se discutirá posteriormente, as Representadas alegam que os direitos de propriedade industrial possuem eficácia *erga omnes*, sendo oponíveis contra todos e em todos os mercados, não havendo que se falar que seus registros de desenho industriais não valeriam no mercado de reposição.

[6] Segundo a SDE: "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)." (fl. 2410)

CADE / MJ
Fls. 3.835
m

6. Ao final, portanto, sugeriu a Secretaria o arquivamento da Averiguação Preliminar e o envio de cópia integral dos autos ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, bem como ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

7. A ProCADE, às fls. 2777/2810 (e aditamento às fls. 2811/2813), entendeu que o direito de propriedade industrial em questão aplicar-se-ia tanto ao segmento primário de venda veículos, quanto ao secundário, de reposição de autopeças, e pugnou pelo arquivamento do feito, manifestando-se, contudo, contra o encaminhamento dos autos ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual. Contudo, entendeu que o CADE poderia atuar sobre a questão por meio de advocacia da concorrência, caso assim tivesse como apropriado

8. O parecer do Ministério Público (fls. 3232/3242), por sua vez, manifestou-se contrariamente ao posicionamento da SDE e da ProCADE, pleiteando a instauração de processo administrativo, por entender que, em razão do monopólio temporário conferido às montadoras sobre as autopeças, seria factível que tais agentes exercessem abusos no mercado secundário de peças de reposição, independentemente da competição travada no mercado primário de veículos. Argumentou-se, ainda, que não foi verificado, nos autos, se os lucros obtidos pelas montadoras no mercado primário já não seriam suficientes para compensar os investimentos em P&D das respectivas empresas. Por fim, destacou o MPF que, independentemente de não haver previsão legal de licenciamento compulsório de desenhos industriais, estes não estariam imunes à tutela antitruste.

9. É essa a breve síntese da controvérsia objeto deste procedimento.[7]

2. Preliminares

10. No decorrer da presente Averiguação Preliminar foram levantadas, pelas Representadas, duas preliminares (além da incompetência do CADE, tópico que será apreciado juntamente com o mérito, por com ele, no caso, se confundir), a saber: (i) a ilegitimidade ativa da ANFAPE e (ii) a impossibilidade intervenção de terceiros interessados.

2.1 Da argüição ilegitimidade ativa da ANFAPE

11. No que diz respeito à primeira preliminar, cabe reforçar que esta foi alegada, primeiramente, em razão de a ANFAPE, supostamente, não estar devidamente constituída no momento da Representação, em 04.04.2007, pois o registro da Representante somente teria ocorrido em 14.06.2007, conforme documento juntado à fl. 1336. Desse modo, a ANFAPE não teria legitimidade ativa para exercer a Representação. Sustentou-se, também, que a ANFAPE não representaria uma parcela substancial dos FIAPs.

[7] Para uma descrição mais detalhada do processo, reportar-se ao Relatório que antecede o presente Voto.

CADE
Fls. 3.876

12. Deve-se esclarecer, quanto ao primeiro ponto, que embora não fosse registrada no momento da Representação, a ANFAPE, anteriormente à instauração da Averiguação Preliminar, em 15.06.2007, efetuou o seu registro, regularizando sua situação. Destaca-se, outrossim, que a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) não exige carência temporal alguma para que entidades associativas tenham legitimidade para representar seus filiados, seja na esfera judicial, seja na administrativa.

13. Independentemente disso, deve-se atentar, principalmente, para os princípios da oficialidade e do interesse público, pilares do Processo Administrativo. Em conformidade com tais princípios, a Administração tem o poder-dever de inaugurar e impulsionar o processo até sua conclusão, caso o interesse público assim demande. Logo, trazido o fato ao conhecimento da Administração, esta pode e deve atuar de ofício, caso seja necessário, conduzindo o processo até seu desfecho, independentemente de existir, ou não, legitimidade ativada do Representante.

14. Diante disso, resta afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, conforme também entenderam a SDE, a ProCADE e o MPF.

2.2 Dos terceiros interessados

15. Durante a Averiguação Preliminar, a Força Sindical (associação de entidades sindicais de trabalhadores no âmbito nacional); o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região; a Associação do Mercado de Autopeças do Rio de Janeiro; Orgus Indústria e Comércio Ltda.; Sivespes; Sincopeças-GO; Sincopeças-RS; Sindiauto; e Sincopeças-PR pediram o ingresso no litígio como terceiros interessados.

16. Ante tais pedidos, as Representadas sustentaram, em suma, que: (i) a Lei de Processo Administrativo não prevê a participação de terceiros interessados em Procedimento Administrativo e em Averiguação Preliminar, mas somente em Processos Administrativos; (ii) os supracitados pedidos se revestiriam de um viés particular, já que foram fundamentados no possível impacto reflexo de uma decisão desfavorável aos FIAPs; e (iii) é necessário haver, na admissão dos terceiros como interessados, uma utilidade prática voltada à obtenção de novas provas, o que não haveria.

17. A SDE e a ProCade divergiram quanto a esse ponto. A SDE sugeriu o indeferimento dos pedidos, por supostamente não haver interesse jurídico das mencionadas associações no ingresso do litígio. Por seu turno, a ProCade entendeu pelo deferimento dos pedidos, na medida em que o art. 8º, III, da Constituição Federal assegura ampla participação e legitimação aos sindicatos para defenderem os interesses coletivos ou difusos de seus associados, bem como pela crescente tendência de os tribunais admitirem a maior amplitude do debate.

18. Entendo que os pedidos preenchem condições que os tornam aptos a serem admitidos. Vale ressaltar a esse respeito, primeiramente, a redação do art. 9º da Lei nº 9.784/99 e do art. 13 da Portaria MJ nº 04/2006, que assim versam, respectivamente:

CADE / MJ
Fls. 3-837

> "Art. 9º. São legitimados como interessados no processo administrativo: (...)
>
> II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;
>
> III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; (...)"
>
> "Art. 13. São legitimados como interessados no processo administrativo qualquer pessoa física capaz ou jurídica, inclusive organizações e associações, que poderão figurar no processo administrativo nas seguintes qualidades: (...)
>
> VI - terceiro interessado, aquele que, sem ser representante, representado, requerente ou impugnante, tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada, tais como concorrentes, associação de consumidores, dentre outros."

19. No que toca ao interesse jurídico, é possível compreender que a decisão a ser tomada pelo CADE afeta, mesmo que indireta e reflexamente, os interesses das referidas entidades associativas, visto que implicará reconhecer ou não a legalidade de atuação parcial dos FIAPs, o que poderá causar efeitos sobre os associados das entidades. Além disso, os possíveis impactos econômicos da decisão têm o condão de afetar o mercado de autopeças como um todo, todos os agentes nele atuantes e os consumidores, o que demonstra seus efeitos sobre terceiros, ainda que indiretamente.

20. A admissão das entidades associativas como terceiros interessados pode, a critério das autoridades instrutoras e do CADE, eventualmente contribuir com o desenvolvimento da presente Averiguação Preliminar, sendo possível a apresentação de novos dados e informações relevantes em momento ulterior, caso assim entenda oportuno o SBDC.

21. No mais, a Lei 9.784/99, ao se referir a "processo administrativo", o faz em sentido amplo, abrangendo procedimentos administrativos, averiguações preliminares e processos administrativos em sentido estrito. Assim a previsão de se acolher terceiros interessados se aplica a todos esses ritos.[8]

22. Cabe esclarecer, contudo, que conforme Parecer nº 294/2010 da ProCADE, proferido nos autos do Ato de Concentração nº 08012.005889/2010-74, as práticas de atos processuais por terceiros interessados, nos termos do art. 36 do Regimento Interno do CADE, serão excepcionais e limitadas por juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Conselho. Assim, a participação das associações neste feito deverá ser limitada por esse juízo discricionário.

23. Em razão disso, e ainda nos termos do mencionado parecer da ProCADE, aos terceiros interessados não é necessário conferir os mesmo direitos que são dados às partes, devendo eventuais diligências e outros atos envolvendo os terceiros se submeter ao

[8] No Parecer nº 294/2010 da ProCADE, proferido nos autos do Ato de Concentração nº 08012.005889/2010-74, por exemplo, a Procuradoria entendeu que tanto o art. 9º, da Lei 9.784/99, quanto o art. 13, VI, da Portaria MJ nº 04/2006 permitem o ingresso de terceiros interessados no processo administrativo *latu sensu*.

CADE / MJ Fls. 3-838

crivo de conveniência da Administração, inclusive no que tange à necessidade de intimação dos terceiros sobre eventuais atos processuais, até porque, como dito, o objeto do presente feito não lhes confere ou lhes onera com qualquer obrigação ou sanção *direta*. Os efeitos da decisão, e portanto o interesse desses terceiros na controvérsia, são meramente reflexos.[9]

24. Dito isso, e feitas essas ressalvas, manifesto-me pelo ingresso das mencionadas associações no feito, como terceiros interessados, e desde que, é claro, estejam regularmente constituídas. Passo, agora, à análise do mérito.

3. Direitos de propriedade intelectual e concorrência

3.1 Direitos de propriedade industrial (e os desenhos industriais)

25. De forma bastante simples, o direito de propriedade intelectual contempla as regras que regem a propriedade dos bens incorpóreos, como obras artísticas e científicas, invenções, descobertas e outros.[10] A propriedade industrial, por sua vez, constitui um ramo específico dentro da propriedade intelectual, que trata "da proteção jurídica dos bens incorpóreos aplicáveis tecnicamente, de forma prática, nos diversos segmentos das indústrias".[11]

26. No Brasil, a proteção à propriedade industrial está prevista no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal[12], e na regulamentação dada pela Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), que, em seu artigo 2º,[13] prevê que tal proteção será efetuada

---

[9] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 209-211.

[10] Conforme definição de Gabriel di Blasi: "A propriedade dos bens incorpóreos é regida por regras específicas constituindo o direito de propriedade intelectual." (DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial**. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 28). Já de acordo com definição dada pela Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI: "[A propriedade intelectual é] a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico." (In: BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 08).

[11] DI BLASI, op. cit., p. 29-30.

[12] "Art. 5º (....)
XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País."

[13] "Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
II - concessão de registro de desenho industrial;
III - concessão de registro de marca;
IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
V - repressão à concorrência desleal."

AGT

CADE / MJ
Fls. 3.839

mediante: (i) concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;[14] (ii) concessão de registro de desenho industrial; (iii) concessão de registro de marca;[15] (iv) repressão às falsas indicações geográficas;[16] e (v) repressão à concorrência desleal.

27. Conforme esclarecido anteriormente, as autopeças objeto do presente feito estão protegidas, no âmbito da Lei de Propriedade Industrial, por registros de desenho industrial, que se diferem de outros direitos de propriedade industrial, como as patentes e as marcas, muito embora também tenham por objeto proteger a propriedade de um bem incorpóreo detida por seu titular.

28. Nos termos do artigo 95 da Lei de Propriedade Industrial, que trata dos desenhos industriais:

> "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."

29. O desenho industrial, portanto, protege a concepção ornamental de um produto, suscetível de reprodução industrial. Visa-se utilizar seu design, sua configuração externa, para incorporar-lhe valor comercial, torná-lo mais apelativo e potencializar sua inserção no mercado.[17]

30. Tal como uma patente, o registro de desenho industrial, na esfera da Lei de Propriedade Industrial, confere ao seu titular a exclusividade na exploração do produto,

---

[14] Conforme os artigos 8º e 9º da Lei de Propriedade Industrial, que tratam das patentes de invenções e modelos de utilidade:
"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."

[15] Nos termos da Lei de Propriedade Industrial:
"Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais."
A marca, portanto, é um sinal representado visualmente, com o propósito de distinguir a origem de produtos e serviços. (BARBOSA, op. cit., p. 624).

[16] Segundo a Lei de Propriedade Industrial:
"Art. 176. Constitui indicação geográfica a indicação de procedência ou a denominação de origem.
Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.
Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.
Art. 179. A proteção estender-se-á à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja indicação geográfica."

[17] BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Evocati, 2007, p. 393-394; e FARIA, Adriana Xavier de. **O desenho industrial e os direitos de propriedade intelectual**. Revista da ABPI, n. 87, mar/abr 2007, p. 20.

CADE / MJ
Fls. 3.840
m

com o poder de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar o produto objeto do registro durante a vigência do período de proteção,[18] muito embora tal direito não seja absoluto, conforme se verá adiante, e como em regra também não são os demais direitos. Tal proteção tem o objetivo de assegurar ao autor a garantia do seu direito como legítimo criador, propiciando o retorno financeiro do investimento empregado na criação, assim incentivando os esforços inventivos de pesquisa e desenvolvimento.[19]

3.2 Direitos de propriedade industrial e condutas anticompetitivas

31. Na medida em que identificam o autor ao produto de sua criação, propiciam diferenciação entre os produtos de diversos concorrentes e incentivam a inovação no mercado, os direitos de propriedade industrial são, nitidamente, complementares ao direito da concorrência. O direito antitruste reconhece o papel da diferenciação e da inovação como fortes componentes competitivos, assim como tem as inovações como benefícios extremamente relevantes aos consumidores. Assim, não há dúvida de que os direitos de propriedade industrial são aliados extremamente importantes na manutenção e fomento da concorrência. Por outro lado, preservar os incentivos à pesquisa e ao desenvolvimento de novos produtos e serviços em um mercado é uma meta fundamental das políticas de concorrência, que nesse sentido também contribuem fortemente para que os agentes de um mercado compitam por inovações.[20] Tais como outros, porém, tais direitos, por vezes, podem colidir.

---

[18] Artigos 42 e 109, parágrafo único, da Lei de Propriedade Industrial.

[19] LOBO, Thomaz Thedim. **Introducão à nova de lei de propriedade industrial**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 72. No mesmo sentido, porém sob uma perspectiva econômica, Massimo Motta pondera que:
"(...) firmas dificilmente fazem investimentos a não ser que elas esperem se apropriar deles. Isso implica que a expectativa de poder de mercado tem um papel importante na medida em que dá as firmas incentivos para P&D. (...) Leis de patentes (e de outros direitos de propriedade intelectual) são um meio de os governos se comprometerem a não expropriar uma firma inovadora *ex post*. Uma firma sabe que por um certo período de tempo ela será capaz de explorar completamente seus resultados de P&D." (MOTTA, Massimo. **Competition Policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 55-56, tradução livre).

[20] O papel complementar do direito de propriedade industrial e do direito antitruste é amplamente aceito. Nesse sentido: "As leis de propriedade intelectual e as leis antitruste dividem o propósito comum de promover a inovação e aumentar o bem-estar do consumidor." (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ); FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. April, 1995, p. 3, tradução livre). "Agências de concorrência e de patentes têm papéis complementares no sentido de promover inovação. (...) (...) não parece haver conflito relevante entre inovação e políticas de concorrência direcionadas à competição em mercados de produtos e não parece haver falhas fundamentais em políticas de concorrência. Políticas de concorrência, ao defender a competição e mercados abertos, em geral terão um impacto positivo tanto em eficiências dinâmicas como estáticas." (Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Competition Committee. **Competition, Patents and Innovation II**. Policy Roundtables, Paris, June 2009, p. 8 e 154, tradução livre). "[O] direito da concorrência é tão importante quanto o direito de propriedade intelectual no sentido de promover pesquisa e desenvolvimento e incentivar inovações". (WISH, Richard. **Competition Law**. 4th Edition, Bath, UK: Butterworths, 2001, p. 734, tradução livre). Finalmente, o próprio CADE já se manifestou claramente nesse sentido, como nos autos da AP nº 08012.001315/2007-21 (Representantes: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A. e Gradiente

32. Em termos práticos, os direitos de propriedade industrial, ao conceder a um agente a exploração exclusiva de um produto, por determinado período, podem diluir, ou mesmo afastar completamente, a possibilidade de os rivais desse agente competirem nesse mercado. Nesse sentido, direitos de propriedade intelectual, à primeira vista, podem, de fato, em alguns casos, obstar ou enfraquecer a concorrência em um dado mercado.[21]

33. Por ter consciência do papel vital da diferenciação e da inovação sobre o desenvolvimento econômico e o bem-estar da sociedade e dos consumidores, o direito antitruste dispõe-se a aceitar essa aparente e temporária restrição à concorrência do ponto de vista *estático*, que a curto prazo pode até mesmo causar diminuições da oferta, aumentos de preços e exclusão de consumidores, em favor de uma eficiência *dinâmica*, que a longo prazo aumentará a competição por inovações e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, em favor do desenvolvimento econômico e dos consumidores.[22]

34. A propriedade industrial, porém, não é absoluta, nem imune à legislação antitruste. Assim como os direitos de propriedade industrial estão protegidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, o direito à concorrência também está (arts. 170, IV, e 173, § 4º, da CF, e Lei nº 8.884/94),[23] e embora seja verdade que esses dois grupos de direitos normalmente se complementam, algumas vezes o exercício de um direito de propriedade industrial pode ferir o direito à concorrência de modo ilegítimo, e tais direitos podem se chocar. Nesse sentido, embora seja certo que o exercício de direitos de propriedade industrial não constitua, de modo algum, uma conduta anticompetitiva *per se*, e que muitas vezes sequer confira qualquer poder de mercado ao seu detentor,[24] não raro

---

Eletrônica S.A.; Representados: Koninklijke Philips Electronics N.V. e Philips do Brasil Ltda.; Conselheiro-Relator: Olavo Zago Chinaglia; j. 13.05.2009).

[21] WISH, op. cit., p. 734.

[22] "Embora haja uma relação inversa entre poder de mercado e bem-estar sob uma análise estática, não é claro que a mesma relação inequívoca exista quando ineficiências produtivas e dinâmicas são consideradas. (...) De fato, a perspectiva de gozar de algum poder de mercado (e lucros) é o principal incentivo para que as firmas invistam e inovem. Se as firmas não fossem capazes de se apropriar dos resultados dos seus investimentos – sejam despesas de publicidade, de capacidade, gastos de P&D ou outros – elas não investiriam de modo algum, com o resultado de que consumidores não se beneficiariam de custos menores, produtos de maior qualidade, novas variedades de produtos e assim por diante. (...) (...) [A eficiência dinâmica] refere-se ao grau que uma firma introduz *novos* produtos ou processos de produção. (...) (...) firmas dificilmente fazem investimentos a não ser que elas esperem se apropriar deles. Isso implica que a expectativa de poder de mercado tem um papel importante na medida em que dá as firmas incentivos para P&D". (MOTTA, op. cit., p. 39 e 55)

[23] Como se sabe, o princípio instrumental da unidade da Constituição não permite que, quando mais de uma norma constitucional incide sobre um conjunto de fatos, o operador do direito despreze um dos dispositivos, aplicando exclusivamente o outro, como se houvesse uma hierarquia entre eles. (Ver: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional – tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20-21).

[24] Segundo HOVENKAMP: "Direitos de propriedade intelectual são um fato corriqueiro em mercados modernos, onde cada firma busca diferenciação de produtos aos olhos do consumidor. Torradeiras, câmeras, pequenos computadores, lâmpadas e detergentes são todos protegidos por direitos de patentes, mas são todos vendidos em mercados que variam de moderados a robustamente competitivos. Semelhantemente, restaurantes de *fast food*, mercearias, lojas de roupas e bancos detêm direitos autorais ou marcas protegendo seus diversos produtos, *slogans*, símbolos ou propagandas. Todos esses mercados são competitivos – alguns, como mercearias, são intensamente competitivos. (...) Colocando abruptamente, presumir poder de mercado

CADE / MJ
Fls. 3.842

esses direitos surtem efeitos anticompetitivos que, efetivamente, importam uma conduta anticompetitiva ilegal, passível de intervenção da autoridade antitruste[25], conforme demonstram diversos casos analisados por diferentes jurisdições.[26]

35. Os parágrafos abaixo compilam alguns dos principais tipos de condutas anticoncorrenciais advindas de direitos de propriedade intelectual, combatidas por autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Adotando uma classificação ampla, que será importante para o presente caso, percebe-se, de início, que essas condutas dividem-se em dois grandes grupos: (i) de um lado, condutas anticompetitivas advindas de *fraudes ou abusos no procedimento de registro* do direito de propriedade industrial; e (ii) de outro lado, condutas anticompetitivas advindas do *abuso do direito de propriedade industrial em si*, ou seja, do abuso do titular no *exercício* do direito por ele obtido. Os exemplos abaixo ilustrarão mais facilmente essa dicotomia.

---

sobre um produto simplesmente porque ele é protegido por propriedade intelectual é absurdo." (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. Third Edition: Thomson West, 2005, p. 142-143, tradução livre). Ver também, nesse sentido: WISH, op. cit., p. 734; e julgamento do CADE nos autos da AP nº 08012.001315/2007-21 (Representantes: Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A. e Gradiente Eletrônica S.A.; Representados: Koninklijke Philips Electronics N.V. e Philips do Brasil Ltda.; Conselheiro: Olavo Zago Chinaglia)

[25] Conforme asseverado pelo *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* americano: "**Como outros tipos de propriedade privada, certos tipos de condutas relativas à propriedade intelectual podem surtir efeitos anticompetitivos, os quais as leis antitruste podem combater e de fato combatem.** A propriedade intelectual, assim, não é particularmente livre de escrutínio sob as leis antitruste, nem tampouco particularmente suspeita sob elas" (DOJ; FTC, op. cit., p. 4, tradução livre, grifamos).

[26] A análise de casos, pelo CADE, envolvendo denúncias de condutas anticompetitivas derivadas de direitos de propriedade industrial não é vasta. Pode-se citar como exemplos, porém, a AP nº 08012.001315/2007-21, na qual discutiu-se suposto abuso do direito de patente da Philips relativo a *hardwares* de reprodução de DVDs (Conselheiro Olavo Zago Chinaglia); a AP nº 08012.005727/2006-50, na qual averiguou-se denúncia contra a Alcoa Alumínio por, supostamente, restringir a concorrência na oferta de perfis de alumínio, por meio de alegados pedidos fraudulentos de registros de desenho industrial e patentes de modelo de utilidade (Conselheiro César Costa Alves de Mattos) ; O PA nº 08012.008659/1998-09, que apurou denúncia de que a Monsanto estaria condicionando a venda de sementes de soja transgênica à venda, concomitante, de seu herbicida, bem como estaria impedindo o acesso de concorrentes às sementes de soja transgênica (Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos); a AP nº 08012.002034/2005-24, instaurada contra a Microsoft para apurar supostas práticas destinadas a impedir o desenvolvimento de softwares por concorrentes (Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú); e a AP nº 08012.004570/2000-50, instaurada também contra a Microsoft, entre outras condutas, de concessão de licenças de uso restrito e de venda casada de seu sistema operacional e navegador e de seus aplicativos (Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe). Embora tais casos não necessariamente tenham resultado em condenação, eles demonstram a possibilidade de jurídica de análise e intervenção do CADE em condutas anticompetitivas derivadas de direitos de propriedade industrial. Para comentários sobre alguns desses casos, ver: CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 16, n. 1, 2009. Ao longo do presente voto, casos julgados por autoridades de outras jurisdições serão discutidos.

CADE / MJ
Fls. 3.843

3.2.1 Condutas anticompetitivas advindas de fraudes ou abusos no procedimento de registro

36. O relatório e estudo da OCDE sobre as discussões do *Competition Committee* de junho de 2009, sobre "*Competition, Patents and Innovation*", colacionaram alguns dos problemas competitivos advindos de abusos de direitos de propriedade intelectual, mais especificamente no que diz respeito ao uso inadequado ou fraudulento do processo de registro e concessão de patentes. Grande parte das estratégias anticompetitivas utilizadas nesses casos envolve a manipulação, pela empresa infratora, de patentes "pendentes", decorrentes dos lapsos temporais na análise e deferimento dos pedidos de registro. Nesse sentido, as firmas podem adotar estratégias como, por exemplo:[27]

(i) *patent ambush*: normalmente ocorre contra "*standard setting organisations*" ("*SSOs*"), organizações destinadas a estabelecer padrões técnicos, no intuito de facilitar a interoperabilidade entre produtos e fomentar a competição.[28] A estratégia de *patent ambush* se dá quando uma empresa atuante naquele mercado esconde uma patente por ela registrada, já concedida ou ainda pendente, até que um padrão tenha sido estabelecido pela *SSO*. Uma vez que o padrão seja adotado pelo mercado, a empresa torna público o seu registro de patente e contesta judicialmente ou extrajudicialmente a *SSO* e os demais concorrentes no mercado. Tal estratégia gera custos de reversibilidade aos concorrentes, retira a interoperabilidade entre os produtos e pode conferir posição dominante à empresa que montou a "emboscada". Um detalhe relacionado a essa prática está no fato de que, na medida em que o padrão vai sendo desenhado pela *SSO*, a empresa vai adequando o seu pedido de patente pendente de modo que ele se encaixe aos termos do padrão final que estaria para emergir;

(ii) *patent flooding*: ocorre quando uma firma ingressa com vários pedidos de registro de patentes de baixa qualidade, que de algum modo se relacionam com o pedido de patente original de seu rival, com o objetivo de impedir seu concorrente de atingir plenamente a patente e ingressar no mercado ou de forçar esse rival a efetuar o licenciamento cruzado de sua patente, comumente em troca de royalties baixos ou mesmo sem qualquer remuneração. Até que tal rival consiga demonstrar a invalidade das patentes pendentes requeridas pelo concorrente infrator, recursos valiosos já terão sido gastos, sendo possível, ainda, que ao menos algumas das patentes pendentes sejam de fato deferidas;

(iii) modificação de patentes pendentes: uma firma pode manter em segredo um pedido de registro de patente, ainda pendente de decisão, e depois modificar esse pedido por meio de um aditivo, de modo que seu pedido de patente final descreva

[27] OECD, op. cit., p. 7-8.

[28] Como no caso de DVD, MP3 e GSM, por exemplo. A OCDE considera que, normalmente, *SSOs* ("*standard setting organisations*") são pró- competitivas, na medida em que reduzem custos das firmas e possibilitam aos consumidores ter mais escolhas, ao invés de fazê-los obrigatoriamente optar por uma única fonte de produto de uma única empresa e, conseqüentemente, toda a linha de subprodutos destinada àquela fonte. (Ibid, p. 8)

CADE / MJ Fls. 3849

exatamente o novo produto de um concorrente. Feito isso, a firma pode litigar com esse rival, alegando que é ela a detentora original da patente.

37. Por óbvio, os exemplos acima identificados pelo estudo da OCDE não são taxativos, sendo inúmeras as possíveis hipóteses de abusos nos procedimentos de registro de direitos de propriedade intelectual. A situação descrita abaixo também deve ser considerada como potencial abuso, mas desta vez na manutenção indevida do direito:

> (iv) pedidos indevidos de proteção adicional para direitos previamente registrados, por meio, por exemplo, de certificados complementares de proteção, estendendo indevidamente o período de proteção, de modo a manter a exclusividade na comercialização do produto[29].

38. Sem prejuízo de outras práticas possíveis, percebe-se que, em todos esses casos, os agentes de algum modo manipulam, fraudam ou se utilizam abusivamente do *procedimento de registro* do direito de propriedade intelectual para produzir algum resultado danoso sobre seus concorrentes, ganhando vantagens sobre eles de maneira desleal, e não por meio de maior eficiência.

3.2.2 Condutas anticompetitivas advindas de abuso no exercício do direito de propriedade industrial

39. A doutrina e jurisprudência internacionais, por outro lado, também colacionam uma série de condutas anticompetitivas que não advêm necessariamente de manipulações dos procedimentos de registro. Trata-se de efeitos anticoncorrenciais derivados de um abuso no exercício do direito de propriedade intelectual em si, sem relação necessária com a validade ou não validade procedimental do registro do direito.

40. Nesse âmbito, condutas anticoncorrenciais podem surgir, por exemplo, de acordos envolvendo direitos de propriedade intelectual. A esse respeito, o "*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*"[30] americano discorre sobre uma série de possíveis efeitos anticompetitivos advindos de acordos de licenciamento, de *pools* ou de aquisição de direitos de propriedade intelectual.[31] Tem-se, por exemplo:

> (i) restrições horizontais: acordos de licenciamento entre partes horizontalmente relacionadas podem gerar eficiências, mas em certos casos também podem conter restrições competitivas, como fixação de preços, divisão de mercados, acordos de redução de oferta e boicotes a agentes do mercado.

---

[29] Discussões a esse respeito foram travadas na CE, no âmbito do caso Astra Zeneca (Proc. Comp/A.37.507/F3).

[30] U.S. DOJ; FTC. Op. cit., p. 23-36.

[31] A esse respeito, ver, também: WISH, op. cit., p. 735-757; HOVENKAMP, op. cit., p. 241-253; e HOVENKAMP, Herbert *et al.* **IP and antitrust: an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law**. New York: Aspen Publishers, 2005.

CADE / MJ
Fls. 3845

(ii) fixação de preço de revenda: acordos de licenciamento nos quais o detentor da propriedade intelectual impõe ao licenciado um preço de revenda. São considerados pelo Guia americano como condutas anticompetitivas ilegais.

(iii) venda casada: em determinadas circunstâncias, podem surgir efeitos anticompetitivos quando o licenciamento de um direito de propriedade intelectual a um determinado agente for condicionado à aquisição, por esse agente, de uma outra licença ou de outros produtos e serviços.

(iv) exclusividade: ocorre quando o licenciador proíbe o licenciado de sub-licenciar ou vender a tecnologia, ou vice-versa. Tais acordos podem gerar efeitos anticompetitivos, dependendo do risco de fechamento do mercado, da duração do acordo e de outras características mercadológicas.

(v) licenciamento cruzado e *pools*: licenciamentos cruzados e *pools* ocorrem quando dois ou mais detentores de direitos de propriedade intelectual acordam em licenciar seus direitos entre si ou para terceiros. Tais acordos podem ser pró-competitivos, na medida em que, por exemplo, integrem tecnologias complementares, reduzam custos de transação ou liberem o acesso a tecnologias. Sob certas circunstâncias, porém, esses acordos podem gerar efeitos anticompetitivos, caso, por exemplo, fixem preços coletivos, estabeleçam restrições de oferta, dividam mercados ou excluam agentes.

(vi) *grantbacks*: são acordos pelos quais o licenciado se compromete a estender ao licenciador da propriedade intelectual o direito de utilizar eventuais melhorias que o licenciado efetuar na tecnologia em questão. *Grantbacks*, normalmente, são tomados como pró-competitivos, especialmente na ausência de cláusulas de exclusividade. A concorrência pode ser afetada, contudo, se os incentivos do licenciado em se engajar em projetos de inovação forem substancialmente reduzidos, limitando a rivalidade no mercado.

41. Também é possível que condutas anticompetitivas advindas de direitos de propriedade intelectual sejam efetivadas por outros meios, fora do âmbito de acordos, simplesmente a partir do abuso de posição dominante por parte de uma firma detentora de um registro de patente ou de outros direitos de propriedade intelectual.[32]

42. Nesse sentido, práticas como venda casada, por exemplo, podem ser unilateralmente impostas, mesmo fora do âmbito de acordos de licenciamento, quando uma firma condiciona a venda de um produto patenteado, por exemplo, à compra, pelo adquirente, de outros produtos ou serviços.[33]

---

[32] Ver, a esse respeito, WISH, op. cit., p. 757-764; HOVENKAMP, op. cit., p. 242 e p. 327; e HOVENKAMP *et al*, op. cit..

[33] HOVENKAMP, op. cit., p. 327. O autor cita como exemplo o caso Eastman Kodak Co. v. Image Technologies Services, Inc., julgado pela Suprema Corte americana em 1992. No caso, a Kodak, produtora de copiadoras com registro de propriedade intelectual, passou a recusar-se a vender partes de reposição de seus produtos aos usuários, a não ser que os mesmos contratassem os serviços de manutenção da própria Kodak também (p. 94). Também vale lembrar que, recentemente (2007), a Corte de Primeira Instância européia,

CADE / MJ Fls. 3846

43. Também é descrita como uma conduta abusiva unilateral a recusa de licenciamento de um direito de propriedade intelectual, diante de determinadas circunstâncias.[34] **A jurisprudência internacional colaciona diversos casos nos quais a detenção de um direito de propriedade intelectual por um agente de mercado, e sua recusa de flexibilizar esse direito, geraram problemas concorrenciais substanciais, a ponto de justificar a intervenção da autoridade antitruste.**[35]

3.3 Da aferição de ilicitude da prática

44. Com base nos exemplos descritos acima, nota-se, de início, uma falha importante no raciocínio adotado pela SDE em seu parecer, em compasso com a defesa das Representadas, que deve ser desde já dirimida. Trata-se do reconhecimento equivocado, pela Secretaria, de que a intervenção antitruste em direitos de propriedade industrial só se justificaria em situações nas quais houver fraude ou abuso nos *procedimentos de registro*

---

confirmando decisão da Comissão, condenou a Microsoft, entre outras condutas, por condicionar a venda do Windows Media Player ao sistema operacional do Windows (OECD, op. cit., p. 161-163)

[34] Como descrito em relatório da OCDE, "conforme decidido pela Corte de Justiça Européia, uma recusa de licenciar propriedade intelectual, diante de circunstâncias excepcionais, não é imune à intervenção antitruste". (OECD, op. cit., p. 161, tradução livre)

[35] Richard Wish cita como exemplos, entre outros, o caso envolvendo *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE* e o caso envolvendo *NDC Health/IMS Health*. No primeiro, a Magill desejava publicar um guia de TV semanal único com a programação de três emissoras de TV do Reino Unido e da Irlanda, algo até então inexistente no mercado. Tendo em vista que a lista de programação de cada emissora era protegida por direitos de propriedade intelectual, a Magill requereu o licenciamento às respectivas empresas, que lhe negaram o pedido. Tal recusa foi considerada pela Comissão Européia, e posteriormente pela Corte de Justiça Européia (em 1995), como um abuso de posição dominante por parte das emissoras de TV detentoras dos registros de propriedade intelectual. (WISH, op. cit., p. 759-760). No segundo caso, a IMS Health, líder mundial em coleta de dados sobre vendas e prescrições farmacêuticas, recusou-se a conceder, a seus concorrentes, uma licença de propriedade intelectual que lhes permitiria acesso a um formato registrado pela IMS de processamento de dados de vendas regionais (conhecido como "*brick structure*"). A Comissão Européia e a Corte de Justiça (2004) consideraram que a *brick structure* da IMS Health havia se tornado um padrão da indústria, do qual as empresas farmacêuticas dependiam, e considerou que a recusa de licenciamento aos concorrentes causaria danos substanciais ao mercado. Dentre outros fatores, o caso IMS Health diferiu do caso Magill por se tratar de uma disputa entre concorrentes atuantes no mesmo mercado horizontal, enquanto o caso Magill tratava de agentes em mercados verticalmente relacionados. (WISH, op. cit., p. 760-762; e julgamento da Corte de Justiça Européia, Case C-418/01, April 2004). Finalmente, embora não se trate propriamente de um caso de recusa de licenciar, já que não foi necessário o licenciamento compulsório do direito de propriedade intelectual (e sim a disponibilização de informações confidenciais), pode-se mencionar o caso *Microsoft*, recentemente julgado pela Comissão Européia e pela Corte de Primeira Instância (2007), que envolve discussão semelhante, já que diz respeito à flexibilização de um direito de propriedade intelectual de uma firma dominante, a fim de evitar danos concorrenciais ao mercado. No caso, a Microsoft foi condenada por abuso de posição dominante, em razão de se recusar a fornecer a seus concorrentes informações confidenciais que possibilitariam a interoperabilidade entre softwares de seus rivais e o sistema operacional da Microsoft. Semelhantemente ao presente feito, o caso Microsoft envolveu a análise de um mercado primário e de um mercado secundário relacionados. (Ver, a esse respeito: OECD, op. cit., p. 161-163; e CUEVA, op. cit., p. 129-130).

CADE Fls. 3847

desses direitos[36] (grupo de condutas descrito na seção 3.2.1 deste Voto). Adotando essa tese, a SDE deixou de lado o grupo de condutas anticompetitivas recém descritas na seção 3.2.2, advindas não necessariamente de abusos no procedimento de registro, mas sim de *abuso no exercício do direito de propriedade industrial* em si, pelo seu titular. Conforme demonstrado na seção anterior, vários são os casos em que foi reconhecida a abusividade do exercício de um direito de propriedade industrial, sem qualquer relação com eventual abusividade no procedimento de registro.[37]

45. O abuso de direito ocorre quando o mesmo é exercido pelo seu titular de modo tal que desvirtue a finalidade sócio-econômica que justifica a existência desse direito.[38] Os direitos de propriedade industrial, patrimoniais que são,[39] não fogem a essa possibilidade (de serem abusivos), não sendo, de maneira alguma, absolutos.[40]

46. A validade no procedimento de obtenção do registro do direito de propriedade industrial não afasta, de modo algum, a possibilidade de que, uma vez obtido o registro, o titular exerça de modo abusivo o direito por ele adquirido. Ao contrário, a atuação do agente inicialmente dentro de um escopo de juridicidade, o revestimento lícito do direito, a prerrogativa jurídica legítima de que aparentemente goza o titular, são características intrínsecas ao ato abusivo. O *abuso* do direito, naturalmente, pressupõe um direito a ser abusado. O agente, efetivamente, é titular de um direito, legalmente adquirido. É o exercício irregular desse direito que caracteriza a abusividade. A ilicitude da prática não está na detenção do direito, mas sim na extrapolação de seus limites segundo a

---

[36] Assim afirma a SDE, em seu parecer (a meu ver equivocadamente): "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)." (fl. 2410)

[37] Vide como exemplo as várias espécies de conduta descritas no *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* americano (U.S. DOJ; FTC. Op. cit.); o caso Eastman Kodak Co. v. Image Technologies Services, Inc., julgado pela Suprema Corte americana (v. nota 33); os casos de recusa de licenciamento, como o que envolveu *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE* e o que envolveu *NDC Health/IMS Health* (v. nota 34); o caso Microsoft (v. nota 35) e outros (v., p. ex., nota 126). No próprio CADE, aliás, já foram processados diversos casos envolvendo supostos abusos de propriedade industrial não necessariamente relacionados com abusos nos procedimentos de registros (v. nota 26).

[38] Segundo Francisco Amaral: "**Há abuso de direito sempre que o titular o exerce fora dos seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas**". (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed., rev., atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243, grifamos). Ou, segundo Sílvio Venosa: "Juridicamente, abuso de direito pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem." (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 10. ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 552)

[39] Conforme Francisco Amaral: "A categoria dos direitos patrimoniais compreende os direitos reais, os direitos de crédito ou obrigações e os **direitos intelectuais** (de autor e **da propriedade industrial**). (AMARAL, op. cit., p. 233).

[40] Conforme ressalta Sílvio Venosa, ao tratar do abuso de direito: "Deve ser afastada qualquer ideia de que exista direito absoluto." (VENOSA, op. cit., p. 553).

CADE
Fls. 3848

finalidade da norma que o ampara.[41] A doutrina cita como exemplo ilustrativo o proprietário de um terreno que, com o fim de defender seu legítimo direito de propriedade, eletrificou suas cercas, vindo, posteriormente, a causar a morte de uma criança em conseqüência (o que caracterizou abuso de seu direito de defesa da propriedade).[42]

47. A mera obtenção do registro de desenho industrial pelas Representadas, portanto, ainda que obtido sem fraude e dentro do procedimento estabelecido pela Lei de Propriedade Industrial, com o aval do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, não afasta de plano a possibilidade de que esse direito seja exercido de modo abusivo e, portanto, ilícito.[43] Uma etapa independe da outra. Ainda que, *ad argumentandum*, se assuma que os registros de desenho industrial das peças das Representadas em questão obedeceram aos ritos procedimentais e aos requisitos de novidade, aplicabilidade industrial e outros exigidos pela Lei de Propriedade Industrial, constituindo registros legalmente válidos de início, isso não significa que o exercício impróprio desse direito não possa configurar uma conduta anti-jurídica.

48. Tanto é assim que a própria Lei, em seu art. 68[44], prevê a possibilidade de licenciamento compulsório de patente no caso do titular "exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico". Embora o presente caso não envolva patentes (e sim desenhos industriais), nem implique, necessariamente, intervenção por meio de licenciamento compulsório (o que será visto na seção 6.3), tal previsão reforça os argumentos no sentido de que a própria legislação de propriedade industrial reconhece a possibilidade de abuso dos direitos.

49. A SDE, de modo equivocado, a meu ver, adota de pronto o argumento das Representadas de que o exercício dos direitos de propriedade industrial em questão não seria abusivo pois, de acordo com o art. 188, I, do Código Civil, não constituem atos ilícitos "os praticados em legítima defesa ou no *exercício regular de um direito reconhecido*". A SDE não levou em consideração, contudo, que justamente em razão da redação desse dispositivo, é considerado lícito somente o exercício *regular* do direito. O exercício

---

[41] Segundo Sílvio Venosa: "**Ocorre abuso quando se atua aparentemente dentro da esfera jurídica**, daí ser seu conteúdo aplicável em qualquer esfera jurídica, ainda que isso no direito público possa ter diferente rotulação. (...) No abuso de direito, pois, **sob a máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito**. (...) Conclui-se, portanto, que **o titular de prerrogativa jurídica**, de direito subjetivo, **que atua de modo tal que sua conduta contraria** a boa-fé, a moral, os bons costumes, **os fins econômicos e sociais da norma, incorre no *ato abusivo***." (VENOSA, op. cit., p. 552-554, grifamos)

[42] VENOSA, op. cit., p. 556.

[43] "(...) em nosso direito ficou consagrado que o exercício "irregular" de um direito constitui ato ilícito. O abuso de direito, como acenamos, é tratado como ato ilícito. Suas conseqüências são as mesmas do ato ilícito." (VENOSA, op. cit., p. 557). Vale frisar, contudo, que embora o instituto do abuso de direito seja normalmente tratado no âmbito do direito civil (em especial, arts. 160, I, 186 e 187 do Código Civil), ele, segundo Venosa, "transcende os limites da responsabilidade civil" [p. 558], sendo "seu conteúdo aplicável em qualquer esfera jurídica" [p. 552]. Afirma o autor que é "na Teoria Geral do Direito, que deve ser colocada a teoria ora estudada [p. 553]."

[44] "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."

CADE / MJ
Fls. 3849

irregular desse mesmo direito, ou seja, o exercício fora dos limites da norma, de acordo com seus fins econômicos e sociais, constitui a abusividade e, assim, a ilicitude da conduta.[45] É justamente a aferição da regularidade ou irregularidade no exercício dos direitos de propriedade industrial em questão, pelas Representadas, que está em pauta no presente caso, a fim de determinar a sua licitude ou ilicitude. Como, porém, determinar isso?

50. Primeiramente, cabe delimitar a suposta conduta ilícita denunciada nestes autos. Conforme relatado, o presente caso analisa a imposição, por parte de montadoras atuantes no mercado primário de veículos e no mercado secundário de peças de reposição, de seus direitos de propriedade industrial sobre determinadas autopeças, de maneira a impedir que fabricantes independentes atuantes no mercado secundário produzam peças substitutas às suas. Segundo alegado na representação, tal conduta produziria danos substanciais à concorrência (na medida em que impediria a atuação dos FIAPs no mercado).

51. Com base nas condutas descritas na subseção anterior, pode-se chegar a uma conclusão preliminar quanto ao enquadramento da prática. Verifica-se que a representação não contesta, diretamente, vícios no *procedimento de registro* dos desenhos industriais objeto do feito. A conduta relatada pela Representante não diz respeito, em tese, a práticas de manipulação de registros pendentes ou fraudulentos. Conforme será analisado à frente, pelo contrário, o registro dos desenhos industriais em questão obtido pelas montadoras Representadas pode, a princípio, ser legitimamente justificado com ao menos um propósito específico, qual seja, impedir que outras montadoras, concorrentes no mercado primário de produção de veículos, utilizem os desenhos industriais de suas rivais.

52. Note-se que a representação que deu origem a este processo **não questiona a validade dos registros em questão enquanto impostos a montadoras concorrentes no mercado primário; o que se questiona é a imposição desses registros aos FIAPs, atuantes no mercado secundário**. Tanto é assim que a Representante não requer, diretamente, o licenciamento compulsório dos desenhos industriais das Representadas, mas sim, simplesmente, que seja declarada a impossibilidade de imposição do registro contra os FIAPs. Logo, a prática ora investigada, conforme noticiada, não diz respeito propriamente a uma conduta anticompetitiva advinda de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial (subseção 3.2.1), mas sim a uma alegada conduta anticompetitiva advinda de *abuso no exercício do direito em si* (subseção 3.2.2). Alega-se que o exercício, pelas Representadas, de seus direitos de propriedade industrial contra os FIAPs constituiria uma extrapolação dos limites desses direitos, consubstanciando um abuso.

[45] Sílvio Venosa cita justamente esse dispositivo normativo (idêntico ao art. 160, I, do Código Civil de 1916) para explicitar que: "**Portanto, em nosso direito ficou consagrado que o exercício 'irregular' de um direito constitui ato ilícito**. O abuso de direito, como acenamos, é tratado como ato ilícito. Suas conseqüências são as mesmas do ato ilícito." Juntamente com o art. 187, tal dispositivo embasa a condenação ao abuso de direito pelo ordenamento brasileiro. (VENOSA, op. cit., p. 557-558, grifamos).

CADE
Fls. 3850

53. A pergunta, então, é, mais uma vez: como verificar se, de fato, essa conduta, no caso, é ou não efetivamente abusiva, e portanto ilícita? A resposta a essa questão demandará dois tipos de análise, que ao final se complementam: uma de cunho econômico-concorrencial, e outra de cunho jurídico-constitucional.

54. Do ponto de vista econômico-concorrencial, verifica-se, com base nas condutas descritas na subseção 3.2.2, que a prática representada decorre de uma suposta conduta unilateral exclusionária. Mais especificamente, no contexto legal, trata-se de alegado abuso de posição dominante destinado a limitar, criar dificuldades ou impedir a atuação de concorrentes no mercado. No caso, tal abuso se daria por meio do exercício (abusivo) de um direito de propriedade industrial.[46] As montadoras, valendo-se da imposição de registros de desenho industrial sobre determinados bens, estariam dificultando ou impedindo a atuação de concorrentes nesse mercado, em prejuízo ao ambiente concorrencial.[47] Na Lei de Defesa da Concorrência, a conduta, se configurada, poderia ser enquadrada no art. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V.[48]

55. Conforme reconhecido na seção 3.2, a análise econômico-concorrencial a ser empreendida deverá levar em consideração os fins econômicos e sociais dos direitos de propriedade industrial em questão, essencialmente como instrumentos de incentivo à diferenciação e a inovações no mercado. Também serão examinadas as justificativas

---

[46] Cuja imposição foi levada a cabo por meio de medidas tanto judiciais quanto extrajudiciais (notificações), conforme relatado (vide notas n. 3 e 4)

[47] Em comparação com a jurisprudência internacional, mais especificamente, o formato da controvérsia ora analisada parece se aproximar de casos de recusa de licenciamento, muito embora não haja dúvida de que o feito possui características singulares, que de muitas maneiras o diferenciam de outros casos, até mesmo porque o pedido da Representante e a solução a ser adotada nos autos não necessariamente contemplam o licenciamento do direito de propriedade industrial das Representadas, conforme será visto na seção 6 (assim como o caso Microsoft, julgado pela Corte de Primeira Instância Européia em 2007, que também não contemplou o licenciamento compulsório, conforme descrito em nota anterior). Desse modo, embora precedentes de cortes européias e americanas envolvendo recusas de licenciamento contenham vários elementos úteis para o exame do presente feito, a análise aqui empreendida respeitará as particularidades do caso, que o diferenciam dos demais. A título de ilustração, não obstante, vale observar que Richard Wish, por exemplo, enquadra no capítulo de "licenças compulsórias" a descrição dos casos *Maxicar v. Renault* e *Volvo v. Erik Veng*, julgados pela Corte de Justiça Européia em 1990 e 1989, respectivamente. Embora possuam circunstâncias que os diferenciem deste feito, o objeto desses casos se assemelha bastante ao do presente, já que tratavam de pedidos de fabricantes independentes que desejavam obter o licenciamento de direitos de propriedade intelectual de montadoras, para que pudessem produzir peças de reposição para os veículos dessas empresas. (WISH, op. cit., p. 758-759).

[48] "Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...)
IV – exercer de forma abusiva posição dominante. (...)
Art. 21 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)
IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)"

CADE/MF Fls. 3851

utilizadas pelas montadoras para impor os registros de desenho industrial diante dos FIAPs, como recuperar custos de P&D e permitir a identificação e apropriação do produto ao seu autor (as montadoras). Em contraposição, deverá se averiguar em que grau a concorrência no mercado de autopeças de reposição é efetivamente afetada pela imposição dos registros de desenho industrial das montadoras diante dos FIAPs, a fim de se aferir se, de fato, essa medida está gerando ou pode gerar uma restrição relevante ao bem-estar dos consumidores.

56. Trata-se de uma análise de acordo com a *regra da razão*[49], que contemple e pondere os efeitos positivos e negativos de se manter a imposição dos desenhos industriais diante dos FIAPs *vis-à-vis* liberar a utilização dos desenhos por esses agentes. Como dito, as eficiências dinâmicas advindas da propriedade industrial podem suplantar as ineficiências estáticas decorrentes desse exercício. Por isso condutas pretensamente anticompetitivas envolvendo direitos de propriedade industrial geralmente não são condenáveis *per se* (ver seção 3.2). Deve-se, contudo, verificar, no caso concreto, se de fato a manutenção dos desenhos industriais em questão diante dos FIAPs está a gerar mais benefícios do que malefícios ao bem-estar da economia e dos consumidores. Esse balanço não é tarefa trivial, e é motivo de constante debate,[50] mas de fato se faz necessário em determinadas situações concretas[51], como ocorre nos presentes autos. Parte dessa análise

[49] Segundo Hovenkamp:
"A regra *per se* afirma que uma vez que nós saibamos uma certa quantidade sobre uma prática, nós podemos passar ao julgamento de sua legalidade sem maior investigação. A diferença entre o parâmetro da "regra per se" e da "regra da razão" está no quanto nós precisamos saber antes de podermos tomar aquela decisão. (...) No mínimo, nós queremos ouvir a justificativa do acusado para a sua restrição. (HOVENKAMP, op. cit., p. 255 e 265, tradução livre).

[50] "Porque direitos de propriedade intelectual conferem exclusividade aos seus detentores, enquanto o direito da concorrência esforça-se para manter os mercados abertos, pode haver um conflito entre essas duas áreas do direito, embora isso não deva ser enfatizado em demasia: o direito da concorrência é tão importante quanto o direito de propriedade intelectual no sentido de promover pesquisa e desenvolvimento e incentivar inovações. É uma questão complexa determinar como balancear a quantidade de proteção que precisa ser conferida aos inventores, criadores ou artistas para encorajá-los em seus empreendimentos, de um lado, contra o desejo de manter um mercado aberto e competitivo, de outro." (WISH, op. cit., p. 734-735, tradução livre).
"O *trade-off* entre eficiência *ex ante* (quer-se preservar os incentivos da firma para inovar) e eficiência *ex post* (uma vez que as firmas tenham inovado, seria melhor se todas as firmas na economia tivessem acesso à inovação) está no núcleo de políticas públicas direcionadas a investimentos e inovações." (MOTTA, op. cit., p. 65, tradução livre).

[51] O caso Microsoft, recentemente julgado pela Comissão Européia e pela Corte de Primeira Instância (2007), embora trate de um mercado diferente, e possua características particulares que o diferenciem do presente, traz elementos importantes que podem ser aqui aproveitados. No caso, a Microsoft foi condenada por abuso de posição dominante, por se recusar a fornecer a seus concorrentes informações confidenciais que possibilitariam a interoperabilidade entre softwares de seus rivais e o sistema operacional da Microsoft. Trata-se de discussão semelhante à presente na medida em que envolve, tal como aqui, um mercado primário (sistema operacional) e um mercado secundário (de softwares – "work group server operating system"), e discussões sobre se a firma detentora dos direitos de propriedade intelectual (a Microsoft) seria ou não obrigada a flexibilizar esses direitos, a fim de permitir a atuação de concorrentes no mercado secundário. Na ocasião, a Corte entendeu que sim. Segundo consignado no julgamento, a exclusividade fornecida por um direito de propriedade intelectual deve ser flexibilizada, diante de circunstâncias excepcionais, quais sejam: (i) o produto ou serviço objeto do direito deve ser indispensável para a atividade dos agentes no mercado; (ii) a recusa de flexibilizar o direito de propriedade intelectual tem o efeito de excluir qualquer concorrência efetiva no mercado; (iii) a recusa impede o surgimento de novos produtos, para os quais há demanda potencial

CADE / MJ
Fls. 3852

implica, inclusive, aferir se os objetivos visados pelos direitos de propriedade industrial em questão não poderiam ser igualmente atingidos de modos que gerem menos efeitos negativos ao mercado.

57. As conclusões extraídas desse exame econômico-concorrencial servirão de base para a etapa jurídico-constitucional da análise. Trata-se de verificar, juridicamente, se a conduta das Representadas relatada nos presentes autos constitui ou não abuso de seus direitos de propriedade industrial e, concomitantemente, de equacionar a relação, no caso concreto, entre, de um lado, o art. 5º, XXIX, da Constituição Federal e a Lei nº 9.279/96 (que asseguram aos detentores de propriedade industrial o privilégio temporário de sua utilização, mas que, em si, já prevêem a possibilidade de abuso [caso da Lei]), e, de outro, os arts. 170, IV, e 173, § 4º, da Carta Constitucional e a Lei nº 8.884/94 (que asseguram a livre concorrência), ressalvando-se, novamente, que tal relação não necessariamente implica um conflito.

58. Com relação à aferição de abusividade, deve-se ter em mente, como dito, que o exercício de um direito será abusivo toda vez que seu titular o exercer "fora dos seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas".[52] A base essencial para a mensuração da abusividade, portanto, são os fins econômicos e sociais que amparam a previsão daquele direito. Deve-se ter como parâmetro a razão legítima para a inclusão de tal direito no ordenamento. Uma vez que o exercício do direito desvirtue os fins que justificam a sua existência legítima, estará caracterizada a abusividade, conforme reconhece a doutrina jurídica.[53]

(sobre esse ponto, a Corte enfatizou, contudo, que o surgimento de novos produtos não é o único parâmetro de medição; se o exercício do direito de PI causar outros danos ao mercado, manifestados de outras formas, a infração será igualmente configurada); (iv) a recusa não é objetivamente justificada. Também de modo semelhante ao presente feito, a solução pleiteada para o problema não necessariamente envolvia o licenciamento compulsório do direito de propriedade intelectual (ver seção 6.3). A simples abertura das informações de interoperabilidade foi suficiente. (Sobre uma análise do caso Microsoft, ver: OECD, op. cit., p. 161-162; e CUEVA, op. cit., p. 146).

[52] AMARAL, op. cit., p. 243.

[53] Segundo Sílvio Venosa: "É inafastável, por outro lado, que a noção de abuso de direito se insira no conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo. (...) O exercício de um direito não pode afastar-se da finalidade para a qual esse direito foi criado. (...) Conclui-se, portanto, que **o titular de prerrogativa jurídica**, de direito subjetivo, **que atua de modo tal que sua conduta contraria** a boa-fé, a moral, os bons costumes, **os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo**. (...) Melhor concluir, aderindo a parte da doutrina, que **o critério mais eficaz é o finalístico adotado pelo direito pátrio**. O exercício abusivo de um direito não se restringe aos casos de intenção de prejudicar. **Será abusivo o exercício do direito fora dos limites da satisfação de interesse lícito, fora dos fins sociais pretendidos pela lei, fora, enfim, da normalidade.**" (VENOSA, op. cit., p. 552-558, grifamos). Semelhantemente, assim afirma Francisco Amaral: "Fundamento da teoria de Josserand é a idéia de que **todos os direitos têm uma finalidade social, pelo que o direito não pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com essa finalidade. Qualquer outro uso é abusivo.** (...) Deve-se entender como fim econômico ou social a função instrumental própria de cada direito subjetivo, a qual justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício." (AMARAL, op. cit., p. 245-246, grifamos)

CADE
Fls. 3853

59. Note-se, a esse respeito, que os direitos de propriedade industrial, por expressa previsão constitucional (art. 5º, XXIX)[54] e legal (Lei nº 9.279/96, art. 2º)[55], têm como fim "**o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**". Não se trata, assim, de uma simples aplicação lateral da função social da propriedade ou algo do gênero. Os próprios dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que instituem a proteção da propriedade industrial prevêem que o privilégio temporário sobre os inventos deverá ter em vista, preponderantemente, o interesse social e econômico. Assim como o direito à livre concorrência,[56] portanto, os direitos de propriedade industrial são instrumentais, na medida em que têm como beneficiário final o interesse coletivo. É claro que, ao conceder exclusividade temporária ao autor do invento, o direito de propriedade industrial visa a permitir que o titular privado se aproprie de sua criação e compense os esforços e riscos por ele empreendidos. Essa apropriação, contudo, é um instrumento privado de alcance, ao final, de um objetivo de interesse coletivo. O benefício privado concedido tem como fim incentivar a inovação, em prol da coletividade. Esse é o fim precípuo dos direitos de propriedade industrial, que, se desvirtuado, caracteriza a sua abusividade.[57] Não por outro motivo, a própria Lei de Propriedade Industrial, como dito, prevê a possibilidade de licenciamento compulsório do direito de propriedade industrial no caso de "abuso de poder econômico" (art. 68).

60. Significa dizer que, se a análise econômico-concorrencial constatar que a imposição dos registros de desenho industrial das montadoras diante dos FIAPs estiver gerando mais malefícios do que benefícios ao bem-estar econômico e social, estará caracterizado o exercício abusivo do direito, e portanto a sua ilicitude. Tal se dará porque ficará demonstrado que a aplicação dos direitos de propriedade industrial pelas Representadas, ao menos desse modo (contra os FIAPs), não estará atendendo às necessidades sociais de inovação e desenvolvimento, mas sim, meramente, funcionando como meio de alavancar o poder econômico das montadoras, em prejuízo dos consumidores e do bem-estar da economia. Se, por outro lado, a análise econômico-concorrencial demonstrar que a imposição dos desenhos industriais, no caso, é um meio necessário e legítimo para manter os incentivos de inovação nesse mercado ou outros interesses coletivos, a ponto de justificar até mesmo certas ineficiências concorrenciais estáticas, estará descartada a abusividade no exercício do direito.

61. Cabe ressaltar, outrossim, que essa análise de abusividade não requer a demonstração jurídica de culpa ou dolo, mesmo no direito civil. Embora o dolo ou a culpa

---

[54] "Art. 5º (...)
XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;"

[55] "Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: (...)"

[56] Conforme consta do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/94:
"Art. 1º (...)
Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei."

[57] Ver, a esse respeito, MARQUES, J.P. Remédio. **Propriedade intelectual e interesse público**. BFD, n. 79, 2003, p. 293-354.

CADE / ASJ Fls. 3854

possam, porventura, estar presentes em uma conduta abusiva, a sua verificação não é necessária para configurar o abuso.[58] Tal noção acaba por ir ao encontro da Lei de Defesa da Concorrência, que também não requer a demonstração de culpa para caracterizar uma conduta anticompetitiva, conforme se depreende do art. 20, *caput*, da Lei.

62. A análise econômico-concorrencial e o exame de abusividade acabam por equacionar, ao final, a incidência, no caso, das normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem os direitos de propriedade industrial e as que protegem a livre concorrência. Como mencionado na seção 3.2, e conforme será aprofundado na seção 5, esses dois grupos de direitos convivem sem relação de hierarquia.[59] Mais do que isso, são complementares, mais do que conflitantes, como já ressalvado.

63. A partir do momento que se verifica que o exercício de um direito de propriedade industrial não está servindo para atender aos interesses sociais de incentivo à inovação e desenvolvimento tecnológico, e ao mesmo tempo produz efeitos anticompetitivos deletérios à sociedade, tem-se, mais do que um cenário econômico-concorrencial ineficiente e negativo, também um cenário jurídico-constitucional desproporcional. De um lado, na medida em que deixa de atender ao interesse econômico e social, o exercício do direito de propriedade industrial também cessa de ser acobertado pelas próprias normas constitucionais (art. 5º, XXIX) e infraconstitucionais (Lei de Propriedade Industrial) específicas que o amparavam (tornando-se abusivo). De outro lado, e pela mesma razão, o direito da concorrência também deixa de dar espaço ao direito de propriedade industrial que macula a concorrência sem contrapartidas em termos de benefícios sociais. Os arts. 170, IV, e 173, § 4º, da Constituição, assim como os arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, então, se fazem valer, e a conduta passa a ser considerada um ilícito concorrencial. Trata-se de uma análise jurídica de proporcionalidade, que pondera custos e benefícios, e que também será efetuada nestes autos.

64. Para tanto, como dito, será feita, na seção 4, uma análise econômico-concorrencial do caso concreto, e a partir disso, na seção 5, um exame jurídico-constitucional.

---

[58] Sílvio Venosa é enfático nesse sentido: "Contudo, como no campo da responsabilidade civil há quase sempre a noção de culpa, no abuso de direito, essa noção, se bem que possa integrar a natureza do ato, deve ser afastada. (...) Assim, o abuso de direito não se circunscreve às noções de dolo e culpa, como pretendem alguns. Se isso fosse de se admitir, a teoria nada mais seria do que um capítulo da responsabilidade civil, ficando em âmbito mais restrito. (...) Portanto, se, de um lado, a culpa e o dolo podem integrar a noção, tal não é essencial para a configuração do abuso, uma vez que o proposto é o exame, em cada caso, do desvio finalístico do exercício do direito. Daí sustentarmos que a transgressão de um dever legal preexistente, no abuso de direito, é acidental, e não essencial para configurá-lo. Essa também parece ser a conclusão de Clóvis Beviláqua (1916, v. 1:473): *O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral.*" (AMARAL, op. cit., p. 551 e 558).

[59] O princípio instrumental da unidade da Constituição não permite que, quando mais de uma norma constitucional incide sobre um conjunto de fatos, o operador do direito despreze um dos dispositivos, aplicando exclusivamente o outro, como se houvesse uma hierarquia entre eles. (BARROSO, op. cit., p. 20-21).

CADE / MJ
Fls. 3855

4. Análise econômico-concorrencial

4.1 Do mercado relevante

65. Antes de se passar à definição mais exata do mercado relevante objeto do presente feito, cabe informar que, ao longo do desenvolvimento do processo, foi utilizada repetidamente, tanto pela SDE quanto pela Representante e Representadas, uma classificação que facilita a compreensão da análise que será aqui empreendida: de modo geral, pode-se dizer que a indústria ora analisada envolve **(i)** à montante, um mercado primário (*foremarket*), de fabricação e venda de veículos novos, no qual as montadoras concorrem entre si; e **(ii)** à jusante, um mercado secundário (*aftermarket*), de fabricação e venda de autopeças de reposição, no qual atuam as montadoras, fabricantes independentes de autopeças (FIAPs) e fabricantes terceirizados/autorizados de autopeças [60] [61].

66. A esse respeito, a Ford, em parecer de fls. 1722/1750, aventa a possibilidade de que, no presente caso, o *foremarket* e o *aftermarket* constituam um único mercado relevante. Tal assertiva parte do entendimento da Representada de que, ao optar por um veículo (no *foremarket*), o consumidor levaria fortemente em consideração os preços e condições de manutenção e reposição de peças do automóvel (*aftermarket*). Nesse sentido, o consumidor estaria, na verdade, adquirindo um "pacote", considerando não apenas as condições de venda do veículo, mas também as condições de manutenção do mesmo. Esse suposto "elevado" grau de interdependência entre os dois segmentos causaria, segundo a Ford, uma definição de mercado relevante único.

67. Noto que essa linha de argumentação pode levar a dois caminhos. Um, que considera essa interdependência entre o mercado primário e o secundário de tal modo extrema, que leve, como quer a Ford, a um entendimento que os dois segmentos constituem um mercado relevante único. O outro, que também considera importante analisar os efeitos dessa interdependência, mas que o faz dentro de uma análise de mérito sobre efeitos concorrenciais da relação entre o segmento primário e o secundário, não sendo necessário incluí-los dentro de um mesmo mercado relevante para que se proceda a esse exame.

68. Por tudo quanto aqui exposto, e conforme se concluirá com mais precisão quando da análise do mérito do caso, entendo que o segundo caminho é o mais correto. O exame da relação e do grau de interdependência entre as condições concorrenciais no *foremarket* e no *aftermarket* terá impacto importante na análise do *mérito* do presente caso. Será relevante averiguar em que medida a concorrência no mercado primário afeta (ou não

---

[60] Conforme apurado pela SDE, as montadoras comumente terceirizam a produção de autopeças a fornecedores independentes, sendo habitual, nesse mercado, que montadoras e fornecedores de autopeças trabalhem em conjunto no desenvolvimento do projeto das peças, ou que os fornecedores assumam o projeto sozinhos, por delegação da montadora, ou mesmo que a montadora repasse a um fornecedor determinadas especificações técnicas, para que este desenvolva o projeto. Muitas vezes fabricantes terceirizados/autorizados também atuam como fabricantes independentes.

[61] A noção de *foremarkets* e *aftermarkets* foi abordada no caso Eastman Kodak Co v. Image Technical Services, Inc. (U.S. Supreme Court, N. 90-1029, June 1992). No caso, a controvérsia se deu entre a Kodak, produtora de máquinas de fotocópia e micrografia e de peças de reposição para esses produtos, e prestadores independentes de serviços de manutenção.

CADE / SEE Fls. 3856

afeta) as condições de concorrência no mercado secundário, podendo-se até mesmo concluir, eventualmente, que a competitividade do mercado primário influi de tal maneira no mercado secundário que problemas concorrenciais sejam claramente afastados (ou que não). Tal análise de interdependência, contudo, eminentemente de mérito, não é suficiente para que, no presente caso, se insira o *foremarket* e o *aftermarket* em um único mercado relevante. Trata-se, de fato, de mercados distintos, conforme a análise de mérito confirmará e conforme entenderam a SDE e a própria Volkswagen.[62]

69. No caso, o mercado relevante envolvido é ainda mais segmentado que isso. Com base na jurisprudência do CADE[63], a SDE considerou que a indústria automobilística contempla: (i) o mercado de fabricantes de veículos novos, de dimensão nacional, do qual participam as montadoras instaladas no país, entre elas as Representadas; (ii) o mercado varejista de veículos novos, de dimensão regional, no qual concorrem as concessionárias, empresas importadoras e revendedoras multimarcas de veículos novos e usados; (iii) o mercado atacadista de autopeças de reposição, de escopo nacional, no qual atuam as fabricantes de autopeças e, eventualmente, as montadoras, na condição de fabricantes de autopeças; e (iv) o mercado varejista de autopeças de reposição, ou simplesmente "mercado de reposição", de dimensão geográfica local, do qual participam as concessionárias e as lojas independentes de autopeças.

70. O mercado (iv), de reposição de autopeças, foi considerado pela SDE como o mercado relevante a ser analisado no presente caso, e englobaria os seguintes tipos de autopeças, de acordo com um critério de origem:[64]

> " 'cativas', que são fabricadas pelas próprias montadoras ou com exclusividade por terceiros;
>
> 'certificadas', fabricadas para a montadora, com selo de qualidade, mas sem exclusividade de fornecimento;
>
> 'homologadas', que são idênticas às peças fornecidas para a montadora, mas comercializadas pelo fabricante da autopeça;[65]

---

[62] Embora tanto a SDE quanto a Volkswagen tenham defendido haver uma interdependência importante entre os mercados primário e secundário no presente caso, capaz de afetar a sua análise de mérito a respeito da controvérsia, ambas reconheceram que são mercados relevantes separados. Segundo asseverado pela Volkswagen: "conforme concluído pela SDE, esses mercados são sim distintos entre si, mas guardam uma relação de interdependência (...). (...) embora sem dúvida se trate de mercados relevantes distintos, mas verticalmente relacionados, o objetivo dessa formulação é enfatizar a interdependência entre eles (...)". (fl. 3413)

[63] Em especial, a AP nº 08012.000487/2000-40, de relatoria do Conselheiro Thompson Almeida Andrade, que teve como Representante a FENABRAVE, e como Representadas a Volkswagen, a General Motors, a Fiat e a Ford.

[64] Tal diferenciação foi descrita pelo Conselheiro Thompson Andrade, nos autos da AP nº 08012.000487/2000-40.

[65] Segundo explanado pela ANFAPE em parecer juntado aos autos: "As peças cativas se destinam exclusivamente às montadoras que as aplicam no processo produtivo dos veículos novos. As certificadas são comercializadas pelas redes de concessionárias de cada marca, enquanto as homologadas são comercializadas pelos fabricantes de autopeças junto a revendas independentes de autopeças." (fl. 2840)

CADE
Fls. 3857

'piratas', apresentam características semelhantes às homologadas, mas não possuem as especificações técnicas exigidas pelas montadoras e, são, portanto, mais baratas e de qualidade inferior."

71. Note-se que, conforme apurado pela SDE, as montadoras comumente terceirizam a produção de autopeças a fornecedores independentes, sendo habitual, nesse mercado, que montadoras e fornecedores de autopeças trabalhem em conjunto no desenvolvimento do projeto das peças, ou que os fornecedores assumam o projeto sozinhos, por delegação da montadora, ou mesmo que a montadora repasse a um fornecedor determinadas especificações técnicas, para que este desenvolva o projeto.

72. A ANFAPE, em parecer de fls. 2825/2900 juntado aos autos, faz algumas observações a respeito da definição de mercado adotada pela SDE. Primeiramente, a Representante contesta a utilização do termo "pirata" para designar os FIAPs, em razão do caráter pejorativo da expressão, que indica, a seu ver erroneamente, que tais fabricantes seriam falsificadores, atuando de modo informal.[66] Segundo a ANFAPE, esses FIAPs oferecem um produto "genérico" ou "similar". Seus produtos são "peças de reposição", cuja fabricação se dá de forma independente, nisso se distinguindo das "peças de reposição *originais*", que compreendem os produtos fabricados pelas montadoras ou sob sua autorização.

73. Por outro lado, a ANFAPE ressaltou que os fabricantes de autopeças não se confundem com revendedores de autopeças. Fabricantes de autopeças são, sim, fornecedores de concessionárias e de lojas independentes de autopeças. Nesse sentido, os associados da ANFAPE estariam mais bem enquadrados no mercado (iii) definido pela SDE, qual seja, o mercado atacadista de autopeças de reposição, e não no mercado (iv) (mercado varejista de autopeças de reposição), que foi considerado pela SDE como o mercado relevante no presente caso. É no mercado (iii) que os fabricantes independentes de "peças de reposição" (FIAPs) concorrem com os fabricantes de "peças de reposição originais" (montadoras e fabricantes terceirizados/autorizados).[67]

74. Dito isso, existem, ainda, no presente caso, mercados específicos dentro do mercado de autopeças de reposição. Vale ressaltar que o feito em apreço trata de peças *must-match*, ou seja, autopeças de reposição que devem reproduzir exatamente o desenho da peça original para restituir ao automóvel a sua aparência original ou mesmo para que se encaixem de maneira adequada no veículo.[68] São, assim, peças normalmente fabricadas para um veículo de uma marca específica, de uma montadora específica.

75. Assim, se um consumidor adquire, por exemplo, um veículo Ford Fusion, ele não poderá comprar, para aplicar em seu carro, uma peça de reposição de um Fiat Uno. Ele

---

[66] Do mesmo modo, a Representante contesta a presunção de que esses fabricantes produzem peças de qualidade inferior (fls. 2840/2848).

[67] Muito embora se deva ressaltar que, muitas vezes, um fabricante de autopeças terceirizado/autorizado também pode atuar como um fabricante independente. (fl. 2852)

[68] A esse respeito, ver descrição de autopeças *must match* conforme consta da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE, relativa à protecção legal de desenhos e modelos", de 2004 (fl. 446).

CADE / MJ Fls 3858

deverá comprar as peças específicas produzidas para veículos Ford Fusion. Por outro lado, se esse consumidor precisar trocar uma lanterna esquerda, ele não poderá comprar um pára-choque ou um capô. Ele, necessariamente, precisará comprar uma lanterna esquerda do veículo Ford Fusion.

76. Vê-se, portanto, que a substituibilidade pelo lado da demanda entre diferentes peças de reposição e entre diferentes montadoras e marcas **não existe**. O mercado relevante de lanternas esquerdas de Ford Fusion será um, enquanto o mercado relevante de capôs de Fiat Uno será outro, e assim por diante. Eventualmente, veículos de uma mesma linha de uma mesma montadora poderão ter peças de utilização comum (um farol de um Fiat do modelo X é o mesmo farol fabricado para o veículo Fiat do modelo Y). Nesses casos, é claro, haverá substituibilidade completa da demanda, constituindo-se um mesmo mercado relevante.

77. Em se tratando da substituibilidade pelo lado da oferta, o argumento das montadoras entra em contradição com o objeto deste processo. A Volkswagen, por exemplo, alega haver "notável substituibilidade pelo lado da oferta", o que tornaria "incabível uma segmentação de mercado relevante para cada autopeça, de cada modelo de automóvel" (fl. 3412). Tal assertiva não se sustenta, porém, diante de uma conclusão lógica: o objeto do presente procedimento é justamente decidir se os FIAPs têm o direito de produzir peças de reposição que substituem as peças de reposição originais registradas pelas montadoras. Ora, se a conclusão for que os FIAPs não podem assim atuar, como defendem as Representadas, então não haverá, por conseqüência, qualquer substituibilidade pelo lado da oferta, já que simplesmente não haverá outros ofertantes além da própria montadora (ou terceiros por ela autorizados). As montadoras não podem afirmar que há substituibilidade na oferta de suas peças de reposição se requerem, ao mesmo tempo, a eliminação dos únicos ofertantes substitutos dessas peças.

78. Diante disso, e da evidente ausência de substituibilidade pelo lado da demanda, só se pode concluir que, de fato, **cada tipo de peça de reposição de cada tipo de veículo constitui, em regra, um mercado relevante distinto, dentro do mercado de fabricação de peças de reposição**. É na aquisição de cada uma dessas peças de reposição que o consumidor sente os potenciais e efetivos efeitos da conduta analisada. Embora essa especificação possa não ter sido necessária em casos anteriores julgados pelo CADE, o objeto do presente feito torna essa segmentação importante, haja vista que, conforme se verá a seguir, na discussão do mérito, ela servirá para averiguar o real poder de mercado das montadoras sobre o mercado de peças de reposição.

4.2 Dos efeitos anticompetitivos da prática

4.2.1 Da monopolização do mercado (e do efeito lock-in)

79. Conforme recém ressaltado, uma porta ou uma embreagem, obviamente, não podem substituir um pára-choque ou uma lanterna. Se o proprietário de um veículo danificar o seu capô, e precisar trocá-lo, ele deverá, necessariamente, adquirir um outro capô. Mais do que isso, ressaltou-se que a controvérsia narrada nestes autos diz respeito a

CADE / MJ
Fls. 3859

autopeças *must-match*, ou seja, peças de reposição que devem reproduzir exatamente o desenho da peça original para restituir ao automóvel a sua aparência original ou mesmo para que se encaixem de maneira adequada no veículo.[69] Assim, se o consumidor possuir um Fiat, e danificar a lanterna de seu automóvel, ele deverá necessariamente trocá-la por uma lanterna cujo desenho corresponda exatamente à do seu Fiat.

80. A Representada Ford e, posteriormente, a SDE[70], buscaram relativizar essa afirmação, argumentando que um FIAP poderia produzir peças não autênticas, com desenho distinto da peça original, e tentar convencer o consumidor a comprá-la (modo de atuação que corresponderia à prática de *tunning*). Conforme ressaltado em parecer juntado aos autos pela ANFAPE, porém:

> "Peças *tunning* são aquelas que têm como característica fundamental a diferenciação com relação à peça original do carro. Dessa maneira, o consumidor interessado em peças *tunning* tem por objetivo personalizar o carro com alterações nas lanternas, pára-choques, rodas, pneus, retrovisores, e diversas outras peças do carro. (...)
> (...) não há, pois, substitutibilidade entre peças de reposição e peças *tunning*, pois os dois tipos de peças atendem a interesses e expectativas diversos dos consumidores. Sob a ótica da oferta, o investimento em ferramental para a produção de peças de reposição depende do giro das vendas para se viabilizar economicamente. Para alcançar esse volume de vendas, é necessário que o produto seja esteticamente idêntico, pois a grande maioria dos consumidores, ao buscar uma peça, pretende manter a identidade visual do veículo como original, e não promover sua individualização. (...)
> Nesse contexto, a produção de peças *tunning* adquire um caráter mais artesanal e artístico, podendo envolver, não raramente, custos muito superiores aos das próprias peças originais." (fl. 2863)

81. Semelhante posicionamento adota 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" – projeto de lei apresentado pela Comissão Européia e pelo Parlamento Europeu em 2004, que teve por objeto liberar a atuação de FIAPs na Europa, vedando a imposição dos registros de desenho industrial a esses agentes, para que possam fabricar autopeças substitutas às das montadoras.[71] No âmbito da Proposta de Directiva,

---

[69] A esse respeito, ver descrição de autopeças *must match* conforme consta da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE, relativa à protecção legal de desenhos e modelos", de 2004 (fl. 446).

[70] Fl. 42 de seu parecer.

[71] A Proposta que altera a Directiva 98/71/CE (fls. 444 e seguintes dos autos) foi apresentada ao Parlamento pela Comissão Européia em 2004. Teve pareceres favoráveis da Comissão dos Assuntos Jurídicos, da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários e da Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores. Em 12.12.2007, foi aprovada em primeira leitura pelo Parlamento Europeu, com alterações. (Disponível em:< http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0609+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 28.07.2010). Segundo informado em parecer juntado pela Ford (fls. 3746 e SS.), a proposta estaria "dormente" desde então, ainda não tendo entrado em vigor. Às fls. 3746 e ss., Ford junta petição e parecer argumentando no sentido de que a Proposta em questão teria encontrado "oposição significativa", que não representaria a "posição atual da EU (de um ponto de vista legal)", que "a

CADE/MJ Fls. 3860

tanto a Comissão quanto órgãos pareceristas do Parlamento deixam claro que as peças automotivas *must match*, com registro de desenho industrial e objeto tanto da Proposta quanto deste feito, são aquelas cujo desenho é essencial para devolver ao produto a sua aparência original, só "podendo ser substituídos por uma peça sobressalente idêntica à peça original" (fl. 446).

82. Posteriormente, nos autos, a própria Ford, em parecer juntado às fls. 3481/3543, reconhece que "de fato, não consideramos este argumento [do *tunning*] robusto para defender os interesses de qualquer uma das partes ou do consumidor", já que "as peças *tunning* não são produzidas em escala suficiente para a prática de preços competitivos" e que "produtos com diferenciação generalizada em relação aos produtos das montadoras podem não encontrar demanda".

83. Parece razoavelmente claro, assim, que as autopeças com registro de desenho industrial objeto desta Averiguação Preliminar não podem, efetivamente, ser facilmente substituídas por peças distintas, não sendo a prática de *tunning* uma alternativa a ser considerada no caso.

84. Tais ponderações, condizentes com a definição de mercado relevante empregada no caso, implicam o seguinte: em vigorando plenamente os registros de desenho industrial das montadoras sobre as autopeças de reposição em questão, de modo a vedar a atuação de FIAPs relativamente à produção dessas peças, **toda vez que o proprietário de um veículo da marca Fiat, Ford ou Volkswagen tiver que trocar uma autopeça desse**

Proposta foi bloqueada no processo legislativo pelo Conselho de Ministros da União Européia", que estaria "dormente desde 2007", "não entrou em vigor no ordenamento jurídico da EU ou dos seus Estados Membros" e que "as Autoridades de Defesa da Concorrência da EU não utilizam a aplicação de regras de direito da concorrência para reduzir o âmbito legal dos direitos de propriedade intelectual e só intervêm em casos excepcionais envolvendo abuso de posição dominante". Inicialmente, cabe destacar que as evidências levantadas no presente Voto contradizem a afirmação de que autoridades antitruste européias não aplicariam regras de direito da concorrência diante de direitos de propriedade intelectual. Os inúmeros casos europeus citados ao longo deste Voto (especialmente em notas – ver, e.g., notas 35 e 126) demonstram o contrário. *Ad argumentandum*, porém, há fortes evidências, conforme se demonstrará ao longo deste Voto, de que este seja justamente um dos casos "excepcionais envolvendo abuso de posição dominante" citados pelo parecerista. Dito isso, **cabe fazer uma observação, que se aplicará todas as vezes que este Voto citar a Proposta que altera a Directiva 98/71/CE: o fato dessa Proposta já ter ou não legalmente entrado em vigor e o fato de ter ou não opositores (o que é normal, dado o complexo contexto do presente assunto) não impossibilita que este Relator considere úteis alguns dos dados e argumentos contidos na Proposta e nos pareceres e estudos que a seguiram**. O que se aproveitou, parcialmente, na presente análise, foram os argumentos e dados, e não a aprovação ou não aprovação da Proposta. Mesmo uma reprovação da mesma não impossibilitaria que o Relator, valendo-se de seu livre convencimento, colhesse do documento dados que considerasse relevantes. O contrário também é verdadeiro. Nada impediria que, mesmo diante de uma aprovação da Proposta, o Relator considerasse que alguns de seus dados (ou mesmo todos eles) não fossem aproveitáveis para a análise. Adicionalmente, o fato desses argumentos e dados terem sido apresentados no âmbito de uma decisão legislativa não invalida a sua utilização no âmbito deste procedimento (a interação com o Legislativo será tratada na seção 6.3.3). Dados da realidade são dados da realidade, independentemente do veículo utilizado para divulgá-los. Dito isso, cabe frisar que o presente exame tem consciência, e, portanto, considerou, que os dados apresentados referem-se à Europa. **Tal fato foi ponderado no convencimento deste Relator. Não obstante, vários dos argumentos e dados são plenamente aproveitáveis para o presente caso.**

CADE / MJ Fls. 3861

veículo, ele precisará, necessariamente, adquirir essa peça, respectivamente, da Fiat, da Ford ou da Volkswagen. Em outras palavras, essas montadoras terão o **monopólio** do fornecimento das autopeças de reposição de seus veículos.[72] Tal monopólio, vale lembrar, poderá viger por até 25 anos, nos termos da Lei de Propriedade Industrial,[73] tempo esse maior que a vida média do próprio veículo.[74]

85. Tal constatação implica algumas conclusões a respeito de alegações das Representadas nos autos, algumas delas abraçadas pela SDE. Afirma a Fiat que, de um universo de 2500 a 3000 peças por ela fabricadas, somente 11 seriam protegidas por direitos de propriedade industrial, perfazendo somente 20% de seu faturamento no mercado secundário, e correspondendo a apenas 1,2% do faturamento total do mercado brasileiro de autopeças. Semelhantemente, a Ford afirma que, das cerca de 4000 peças que fabrica, apenas 64 possuiriam registro de desenho industrial, representando menos de 1% de seu faturamento total no Brasil. Com base nesses dados, argumenta-se que o impacto da exclusividade decorrente de seus registros de desenho industrial sobre a concorrência e os consumidores seria baixo.

86. Como ressaltado acima, porém, o proprietário de um veículo que tem sua lanterna danificada não pode trocá-la por um filtro de óleo. Assim, pouco importa se apenas 11 das 3000 autopeças de um veículo possuem registros de desenho industrial. Se o consumidor precisar trocar uma dessas 11 peças registradas, ele não poderá substituí-la por uma das 2989 peças não registradas. Ao adquirir o produto, ele permanecerá sendo obrigado a recorrer ao monopolista que oferta essa exata peça de que ele necessita, pagando o preço de monopólio cobrado em relação a essa peça, independentemente das vendas da mesma perfazerem 1% ou 100% do faturamento da montadora.

87. Afirma-se, também, que cerca de 61,5% do faturamento dos FIAPs advêm de vendas de autopeças às próprias montadoras, que terceirizam parte de sua produção. As vendas diretas dos FIAPs no mercado secundário de reposição de autopeças

---

[72] "O único objectivo da protecção de desenhos ou modelos é conceder direitos exclusivos sobre a aparência de um produto, mas não um monopólio relativo ao produto em si; **a protecção de desenhos ou modelos em relação aos quais não haja alternativa prática conduz a uma situação de monopólio de facto**; se se conceder a terceiros autorização para fabricar e distribuir peças sobressalentes, a concorrência se mantém;". (Posição do Parlamento Europeu relativamente à Proposta que altera a Directiva 98/71/CE , aprovada em primeira leitura em 12.12.2007, p. 2, grifamos. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0609+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 28.07.2010)

[73] "Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada."

[74] Estudos indicam que a vida média de um veículo seria de até 15 (quinze) anos. Nesse sentido: IBEDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDO E DEFESA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. **Cartilha do Consumidor – Edição Especial Veículos**. Jun/2008. Disponível em: <http://www.ibedec.org.br/cons_ver_cartilha.asp?id=3>. Acesso em: 05.08.2010; e MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA (MG). Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes (Aílton Borges). **Tarifa simplificada metodologia de Uberlândia-MG: dados técnicos do CTA estatísticas**. 2009, p. 10. Disponível em: <http://www3.uberlandia.mg.gov.br/midia/documentos/transporte/metodol_plan_onibus.pdf>. Acesso em: 05.08.2010.

CADE/MJ Fls. 3862

corresponderiam a apenas 12% de seu faturamento.[75] Com isso, poder-se-ia argumentar que a exclusividade das montadoras sobre a produção das autopeças não comprometeria significativamente o faturamento e a operação dos FIAPs.

88. Mais uma vez, esse fato, aos olhos do consumidor, é irrelevante. Independentemente de os FIAPs serem capazes de permanecer operantes, por meio de fornecimento cativo às montadoras ou por meio da produção de peças de reposição não registradas por essas empresas, importa o fato de que esses agentes não ofertarão as peças de reposição com registros de desenho industrial, por poucas que sejam. Mais uma vez, todas as vezes que o proprietário de um veículo precisar trocar uma peça registrada, como um capô, um pára-choque ou outros, ele terá como única opção recorrer à montadora fabricante de seu automóvel. O fato de os FIAPs continuarem existindo não elimina ou atenua ou monopólio das montadoras sobre o fornecimento desse capô e desse pára-choque.

89. Como grande parte dos monopólios não regulados, **o monopólio exercido pelas montadoras relativamente às autopeças de reposição tem, do ponto de vista estático, a potencialidade de gerar efeitos perversos sobre os consumidores e o bem-estar da economia**. Os proprietários de automóveis, uma vez adquirido o veículo, terão apenas uma opção de fornecedor de peças, sendo obrigados a se submeter às opções, aos preços[76] e às condições impostas pela montadora.

90. A Exposição de Motivos da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE" revela uma análise efetuada no mercado europeu, que conferiu amostras de preços de 11 peças de reposição de 20 modelos de veículos, em nove Estados-Membros e na Noruega, dos quais seis contemplam a proteção de desenhos industriais de autopeças e quatro não. A pesquisa demonstrou que os preços de dez dessas peças são "significativamente mais altos nos Estados-Membros com proteção de desenhos ou modelos do que nos outros Estados-Membros". Quanto a outras autopeças registradas, os preços são entre 6,4% e 10,3% mais elevados nos Estados-Membros que concedem a proteção[77]. [78]

---

[75] Parecer da SDE, fls. 38-39.

[76] A ANFAPE juntou aos presentes autos uma série de documentos buscando demonstrar os efeitos da conduta ora investigada sobre os preços das autopeças (fls. 3584 e ss., p. ex.). As Representadas contestaram a correição desses dados (ex: Ford, fls. 3748 e ss.; Volkswagen, fls. 3695 e ss.). Ressalvo que os dados da ANFAPE a esse respeito não foram utilizados para o convencimento do Relator no presente Voto. Na verdade, é desnecessária, no presente momento, a análise de tais dados. A eventual conclusão no sentido de que a conduta anticompetitiva ocorreu já faria presumir uma pressão sobre os preços (é uma conseqüência clássica de um monopólio). Não obstante, caso instaurado o Processo Administrativo, esse pode ser um ponto a ser investigado pela SDE, caso assim entenda oportuno.

[77] Fl. 445.

[78] No Brasil, a ANFAPE (parecer, fl. 2886-2887), de modo ilustrativo, comparou: (i) o preço cobrado pelas concessionárias pelo capô de um GOL G3, que **não possui** registro de desenho industrial; (ii) o preço cobrado pelas concessionárias pelo capô de um Ford Fiesta, que **possui** registro de desenho industrial (e é de categoria semelhante ao GOL); e (iii) o preço do capô desses veículos cobrados por um FIAP. No caso, o capô do GOL, que não possui registro de desenho industrial, é 81% mais caro em uma concessionária, em comparação com o preço cobrado pelo FIAP. Já o capô do Fiesta, que possui registro de desenho industrial, é 266% mais caro

CADE / MJ
3863
Fls.

91. Segundo colocado na Exposição de Motivos, "estes resultados revelam que os fabricantes de veículos, enquanto titulares de direitos, exercem uma pressão considerável sobre o mercado nestes Estados-Membros, em detrimento dos consumidores".[79] Semelhantemente, o parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários do Parlamento Europeu sobre a Proposta de Directiva ressalta que "em mercados com proteção de desenhos, um sistema de preços monopolista pode criar sobre-preços nas peças sobressalentes. Um mercado liberalizado oferece maior escolha e maior probabilidade de preços mais baixos"[80]. Vê-se, assim, que os efeitos negativos desse monopólio sobre o consumidor são, ou podem ser, significativos.

92. Um dos fatores que permite, e agrava, a geração de efeitos anticompetitivos no mercado de reposição de autopeças é o chamado efeito "*lock-in*". Note-se que, diferentemente de outros mercados que envolvam um segmento primário (no qual é produzido o bem principal) e um segmento secundário (no qual são fornecidas peças e serviços de reposição para o bem principal), o mercado de automóveis não comporta de maneira apropriada a opção de o consumidor simplesmente trocar seu veículo inteiro por outro de outra marca ou de outra montadora toda vez que o proprietário se deparar com a necessidade de trocar uma autopeça que seja demasiadamente cara.

93. Tome-se como exemplo ilustrativo o mercado de lâminas de barbear. Nesse mercado, o consumidor adquire um aparelho do fabricante X no qual se encaixa uma lâmina de barbear (segmento primário); após efetuada a compra, esse consumidor, periodicamente, terá de adquirir novas lâminas de barbear do mesmo fabricante X para substituir as antigas (segmento secundário). Em tese[81], nesse mercado, caso o consumidor se depare com lâminas de reposição do fabricante X demasiadamente caras, ou que não lhe agradem, ele poderá simplesmente comprar um novo aparelho de barbear completo do fabricante Y, sem grandes custos de substituição.[82]

94. O mesmo não ocorre, porém, na indústria de automóveis. Veículos são bens duráveis, normalmente vendidos a valores consideráveis, e comportam custos de substituição não triviais. Não seria racional admitir que, diante da necessidade de repor uma peça defeituosa, o consumidor pudesse, facilmente, simplesmente revender o seu veículo e

---

na concessionária, relativamente ao preço do produto oferecido pelo FIAP. A mesma comparação foi feita com um pára-lama, que é 80% mais caro no caso do GOL e 172% mais caro no caso do Fiesta.
Tais dados **não serão aqui utilizados como base de análise**, tendo em vista sua pouca significância estatística, mas servem para ilustrar os argumentos lançados nesta seção.

[79] Fl. 445.

[80] Parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários, p. 2, tradução livre. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2007-0453&language=EN>. Acesso em: 28.07.2010.

[81] Frisa-se que se trata de um exame "em tese", somente para título ilustrativo, porque, por óbvio, o mercado de lâminas de barbear não foi nem será aqui analisado, podendo-se chegar a conclusões diferentes no eventual exame *in concreto* de um caso envolvendo tal mercado.

[82] Note-se, também, que, já no momento da compra do produto principal, o consumidor tem claro e fácil acesso aos preços e demais características de venda das lâminas de reposição, podendo fazer sua opção pelo produto principal ciente das condições do mercado secundário, o que não ocorre no mercado de automóveis, conforme se verá adiante.

CADE/M Fls. 3864

comprar outro de um outro fabricante. Ainda que assim fizesse, é certo que esse consumidor teria que arcar com a perda do valor de revenda do seu automóvel ou que, no mínimo, o problema simplesmente fosse repassado ao próximo consumidor que adquirisse esse carro defeituoso. Parece claro, portanto, desse ponto de vista, o efeito *lock-in* no qual se encontrará o consumidor, uma vez adquirido o automóvel, conforme admite, aliás, a própria Ford[83].[84]

4.2.2 Da relação entre o mercado primário e o secundário

95. Cabe averiguar aqui, contudo, o argumento das Representadas, acolhido pela SDE, que defende uma interdependência elevada entre as condições de concorrência no mercado secundário de reposição de autopeças e as condições concorrenciais e escolhas do consumidor no mercado primário de automóveis. Conforme adiantado quando da discussão do mercado relevante (seção 4.1), argumentam as Representadas que, no momento da compra do veículo, o consumidor observaria e levaria em forte consideração os preços e condições de manutenção e de reposição de peças oferecidas pelo fabricante do veículo. Em verificando que esses custos de manutenção são demasiadamente altos, o consumidor deixaria de adquirir aquele automóvel, e procuraria um outro fabricante, que oferecesse melhores condições de manutenção e de venda de peças de reposição. O consumidor adquiriria, assim, um pacote, englobando o custo do veículo e o custo de manutenção desse veículo.

96. Nesse sentido, as montadoras que tentassem aumentar os preços ou descuidar das condições de venda de suas peças de reposição no mercado secundário, perderiam vendas e mercado no segmento primário de veículos. Dada a existência de alegada concorrência "intensa" entre as montadoras no mercado principal de automóveis, elas não teriam incentivos para exercer seu poder de mercado no segmento secundário de reposição de peças, pois isso lhes custaria perder consumidores de seu produto principal. Assim, segundo as Representadas, a concorrência no mercado primário afastaria

[83] Embora argumente que a existência de *lock-in*, por si só, não signifique poder de mercado, parecer juntado aos autos pela Ford admite que: "No caso da indústria automobilística, no entanto, os custos de substituição parecem ser altos. Segue-se, portanto, que a possibilidade de '*lock in*' não pode ser descartada." (fl. 1736)

[84] Segundo Hovenkamp, haverá *lock-in*: (i) se o produto secundário for adquirido em um momento no tempo significativamente distante à aquisição do produto primário; se o consumidor adquire o produto primário e o produto secundário ao mesmo tempo, não pode se falar em efeito *lock-in*, já que o comprador toma conhecimento dos preços e condições de venda do produto secundário imediatamente no momento da compra do produto principal; (ii) se o preço do produto secundário for um no momento da compra do produto primário, e aumentar em um momento posterior, afetando o consumidor relativamente às expectativas que detinha quando da aquisição do produto principal; e (iii) se não há outras empresas concorrentes oferecendo peças de reposição substitutas. (HOVENKAMP, op. cit., p. 98-99). De fato, esses três elementos parecem se fazer presentes no mercado de automóveis e seu respectivo mercado de reposição de peças. As autopeças de reposição, certamente, não são adquiridas conjuntamente, ou em curto período de tempo após a compra do automóvel (ainda mais em se tratando das peças objeto deste processo); é possível que o preço da autopeça seja um no momento em que o consumidor adquirir o veículo, e ter aumentado quando o mesmo necessitar efetuar uma reposição; e, como já aqui exposto claramente, na vigência completa dos registros de desenho industrial das montadoras, não poderão haver empresas concorrentes ofertando peças de reposição substitutas.

CADE / MJ Fls. 3865

preocupações concorrenciais no mercado secundário, mesmo diante da exclusividade das montadoras na oferta de peças de reposição.[85]

97. Note-se, primeiramente, que deve ser enfatizada uma diferenciação de fato que impacta de forma relevante a análise dessa tese. O presente caso trata, conforme exposto ao longo da análise, de um grupo de autopeças específicas, destinadas, em particular, a conferir o aspecto externo do veículo. Citou-se, como exemplo, calotas, faróis, portas, pára-choques, capôs, retrovisores e outros. É importante notar que tais peças, em regra (e conforme se verá de modo mais concreto adiante), não são propriamente objeto de um desgaste natural pré-programado, requerendo manutenção constante e periódica. Trata-se, ao que parece, de peças que só tendem a ser substituídas em caso de acidentes ou desgaste prolongado intenso. São, portanto, peças que requerem, eventual e esporadicamente, uma *reposição* (não é à toa que comumente são chamadas de "*crash-parts*"), e não uma *manutenção*, previsível e periódica. Discute-se aqui, portanto, o mercado de *reposição* de determinadas autopeças *específicas*, e não o mercado de *manutenção* do veículo.

98. Tal diferenciação é importante, pois tem impacto sobre a análise de duas condições *necessárias* para a validação do raciocínio das Representadas. Para que a tese apresentada, no sentido de que a concorrência no mercado primário afasta abusos no mercado secundário, seja válida, deve-se assumir ao menos duas premissas: (i) primeiro, deve-se presumir que, já no momento da compra do veículo, o consumidor possui um grau significativo de informação sobre as condições do mercado de *reposição* de peças desse veículo (em particular, das peças objeto deste processo em específico); (ii) segundo, deve-se aceitar que, de fato, o consumidor realmente leva em consideração, como fator crucial, no momento da compra, os preços futuros de reposição, ao invés de priorizar simplesmente o preço de venda do veículo.

(i) Das assimetrias de informação

99. Por óbvio, para que as condições de preço e qualidade do mercado secundário de *reposição* de peças sejam fatores de decisão de tal modo importantes para o consumidor, a ponto de lhe impedir de adquirir um automóvel no mercado primário, é preciso que não haja assimetrias de informação relevantes para esse consumidor no momento da compra.

100. Não basta dizer, como faz parecer juntado pela Ford, por exemplo, que "ainda que o consumidor não tenha informação perfeita quanto aos custos da manutenção do carro, ele sabe que incorrerá em alguma despesa" (fl. 3499). O comprador precisa ter uma boa idéia de quanto efetivamente será essa despesa, para que possa, de modo informado, optar pelo veículo de uma montadora ou outra, ao invés de simplesmente optar pelo veículo de menor preço em si.

[85] Ford – fls. 1736 e seguintes; Volkswagen – fls. 3414 e seguintes.

CADE / MJ
Fls. 3866

101. Defendem as Representadas que essas assimetrias de informação não são significativas. Segundo parecer juntado pela Ford, "não há indícios de que os consumidores sejam irracionais no momento de aquisição de veículos novos e de que existam assimetrias de informações significativas no que tange aos custos de reparação de veículos" (fl. 1725). Também conforme a Volkswagen:

> "A publicidade dos diferentes modelos de veículos comumente procura destacar os baixos custos de manutenção como uma vantagem competitiva do produto. O mesmo é feito por revistas especializadas, como a Quatro Rodas e a Auto Esporte, que realizam testes comparativos entre modelos para destacar aqueles que apresentam menores custos de manutenção. Assim, pode-se concluir que os consumidores consideram em sua opção de compra de um veículo as condições do mercado de reposição (...)". (fl. 3416)

102. Entendo, porém, que essa *ausência* de assimetria de informações por parte do consumidor no momento da compra não é tão patente, especialmente no que diz respeito às *peças de reposição objeto deste processo*, quais sejam, calotas, faróis, grades de radiador, lanternas, pára-choques, retrovisores, rodas, capôs, pára-lamas, portas, tampas traseiras e outras, relacionadas ao aspecto externo do veículo. Ao contrário, **não me parece em nada evidente que, ao adquirir um automóvel, o consumidor tenha claro conhecimento dos preços e condições de venda dessas peças de reposição, e que leve isso em grande consideração ao decidir pela compra do veículo.**

103. Verifica-se que o erro de premissa incorrido pelas Representadas, ao não se ater à demonstração de acesso do consumidor a informações sobre a *reposição das peças específicas objeto deste feito*, concentrando-se, ao contrário, em tentar demonstrar que o consumidor tem acesso a informações sobre *manutenção* do veículo, contribui para invalidar o seu argumento. Conforme se denota de uma simples busca no site das Representadas ou de suas concessionárias na internet, **as autopeças objeto deste feito não fazem parte dos planos de *manutenção e revisão* comumente disponibilizados pelas montadoras**. Isso faz sentido, tendo em vista que não se trata, ao que parece, de peças que precisam ser trocadas com freqüência, e que portanto despertem com antecedência a atenção do consumidor. Ao contrário, são peças que, a princípio, precisam ser repostas apenas em caso de acidente ou desgaste muito prolongado. Assim, a publicidade das montadoras que diz respeito às suas ofertas de revisão e trocas de peças comuns não parecem se aplicar de modo adequado às autopeças analisadas nestes autos.[86]

[86] O Plano de Manutenção da Volkswagen determina que a cada 10.000 Km, ou 6 meses, o automóvel passe pela revisão. Os serviços a serem periodicamente feitos no veículo são diversos, como troca de óleo, substituição do filtro de ar, verificação do filtro de combustível, regulagem de rodas, verificação da correia dentada, verificação de freios, substituição de velas e outros. Nenhum dos serviços citados dizem respeito à manutenção ou substituição de peças objeto do presente processo. (Ver, por exemplo: http://www.diautonet.com.br/html/revisao.html; http://www.originaldovale.com.br/servicos_revisoes.asp; http://www.grandebelem.com.br/compos.php?m=site.pagina&pag=48&idioma=br). O Plano de Manutenção Programada de um Fiat Palio, por exemplo, inclui, periodicamente, controle das pastilhas de freio, restabelecimento de líquidos do veículo, controle do sistema de ignição, substituição da correia dentada, substituição do óleo e dos filtros de combustível, ar e óleo e outros. Mais uma vez, nenhum dos serviços

CADE / SDE
Fls. 3867

104. Ainda nesse sentido, um exame de revistas especializadas, como as mencionadas pela Volkswagen (fl. 3416), demonstra, igualmente, não haver informações constantes, individualizadas e em volume relevante sobre os preços e condições de venda das *autopeças de reposição objeto deste processo*.[87]

105. Desse modo, além do simples fato de não parecer factível que um consumidor, no momento da compra do veículo, efetivamente pesquise as condições de venda de um pára-choque ou de uma porta no mercado de reposição, não parece evidente que haja grande disponibilidade de informações ao consumidor a respeito das condições de reposição dessas peças.

106. Insistem as Representadas que, ainda que haja uma assimetria de informações relevante aos consumidores, "o modelo que descreve a relação entre montadoras e consumidores pode ser construído a partir de um **jogo repetido**, onde o permanente comportamento oportunista leva a montadora a perdas de longo prazo na competição com os demais *players*" (fl. 3503). Alega-se, assim, que, a longo prazo, "enganar" os consumidores praticando preços competitivos no mercado primário e preços monopolistas no mercado secundário acabaria, eventualmente, fazendo com que os consumidores passassem a optar por outras fabricantes.

107. Entendo, porém, que se as assimetrias de informação forem realmente relevantes, e tendo em vista que elas existem para os consumidores de **todas** as montadoras, o exercício de poder de mercado no segmento secundário pode perfeitamente se prolongar indefinidamente, ainda mais considerando que, na vigência dos registros de desenho industrial das montadoras sobre os FIAPs, não haverá qualquer possibilidade de entrada de concorrentes (ao se deparar, na prática, com uma situação de reposição demasiadamente custosa, o consumidor que tentasse buscar outra fabricante encontraria, novamente, mais assimetrias de informação e mais um efeito *lock-in* no qual ficaria preso).

108. Evidentemente, o nível de assimetria de informações nesse mercado pode ser um ponto relevante a ser aferido factualmente pela SDE caso o CADE entenda pelo não arquivamento desta Averiguação Preliminar. Pelas informações já constantes dos presentes

---

citados dizem respeito à manutenção ou substituição de peças objeto do presente processo. (Ver: http://www.fiat.com.br/upload/ja-tenho-um-fiat/busca-manual/Palio_2009.pdf). Finalmente, as revisões periódicas da Ford contemplam fluidos, pneus, freios, filtros, velas, suspensão, sistema elétrico, mangueiras, sistema de arrefecimento, equipamentos de segurança, ar-condicionado, direção hidráulica, travas, alarmes e outros. Novamente, não há menção às peças objeto do processo. (Ver: http://www.ford.com.br/servico_cliente_revisao_preco_fixo.asp).

[87] O exame de alguns exemplares da revista mensal "Quatro Rodas", por exemplo, revela, de modo geral, que: (i) as tabelas de preços de veículos, presentes em todas as edições, não contemplam a mensuração dos preços de autopeças; (ii) em certas edições, há reportagens comparando modelos de diferentes veículos. Tal comparação, contudo, contempla apenas algumas poucas marcas de automóveis, das centenas disponíveis no mercado, que são escolhidas pela revista uma vez por mês, não tendo o consumidor um amplo acesso à comparação de diversas marcas e fabricantes disponíveis. Além disso, as comparações de automóveis realizadas pela revista nem sempre contemplam comparações de preços de peças; e quando o fazem, mencionam apenas um número reduzido das peças que são efetivamente objeto deste processo (por exemplo, pára-choque dianteiro, farol completo e retrovisor). Foram pesquisadas as edições da revista "Quatro Rodas" (Editora Abril) de julho/2009, maio/2009, dezembro/2008 e outubro/2008.

CADE / M
Fls. 3868

autos, contudo, não se pode presumir com suficiente grau de clareza que os consumidores, ao adquirir um automóvel, tomem plena ciência das condições do mercado de reposição das autopeças aqui listadas, a ponto de pautar sua decisão de compra, de modo relevante, nesse fator. Dessa feita, não se pode considerar, sob essa ótica, e por ora, que as condições de concorrência no mercado primário de automóveis garantem de modo suficiente as condições concorrenciais no mercado secundário de reposição de peças.

(ii) Do super-otimismo dos consumidores

109. Um grau relevante de assimetria de informações ao consumidor, por si só, já seria suficiente para concluir pela impossibilidade de se considerar que a rivalidade no mercado primário garante um mercado secundário saudável. Soma-se a essa impossibilidade, contudo, um outro fator. Trata-se de não se poder dizer, com razoável grau de consistência, que o consumidor, ao adquirir um veículo, efetivamente toma como fator de decisão relevante os preços futuros de reposição de peças, ao menos no que diz respeito àquelas que são objeto deste processo, ao invés de simplesmente privilegiar o preço de venda do automóvel em si.

110. Como dito, as peças que dizem respeito à presente controvérsia (faróis, pára-choques, retrovisores, portas etc), de modo geral, não são, nem precisam ser, em regra, objeto de revisão periódica. A literatura econômica comportamental que investiga a racionalidade das escolhas dos agentes, aproveitando-se de diversos modelos, cada vez mais reconhece que os agentes econômicos (no caso, os consumidores) tendem a ser demasiadamente otimistas quanto à chance de sucesso de suas escolhas. Estudos têm demonstrado que, quando enfrentados com diferentes opções, os agentes tendem a escolher aquela cujas chances de sucesso eles superestimaram (opostamente àquelas cujas chances de sucesso eles subestimaram). Os agentes econômicos tendem a superestimar a precisão de suas estimativas, a superestimar o controle que eles têm sobre os resultados de suas ações e, não por outro motivo, mais de 50% da população analisada pelos estudos acredita que fará melhor do que a média dos demais indivíduos.[88]

111. Trazendo essa discussão para o caso concreto, significa dizer que, ao adquirir um veículo, uma parcela relevante dos consumidores tende a ser demasiadamente otimista quanto às suas chances de ter que repor uma peça, em razão de um acidente ou de um uso demasiadamente intenso. A sua "capacidade" de manter seu veículo sem a necessidade de reposições desse gênero tende a ser superestimada. No momento da compra, portanto, o preço imediato do veículo (mais próximo, mais tangível e mais certo) tende a ser um fator de decisão extremamente mais relevante do que o preço de uma reposição futura e incerta, cujas chances de acontecerem são subestimadas pelo consumidor. Um

[88] Ver, a esse respeito: VAN DEN STEEN, Eric. **Rational Overoptimism (and Other Biases)**. Forthcoming in the American Economic Review, June 2004. Disponível em: <http://web.mit.edu/evds/www/research/pdf/VandenSteenEric_04_rational_overoptimism.pdf>. Acesso em: 01.12.2010. O autor também cita várias obras de objeto semelhante.

CADE/MJ Fls. 3869

exemplo que ilustra essa tendência está no fato de menos de 1/4 da frota nacional de veículos, aproximadamente, ser segurada pelos seus proprietários.[89]

112. Portanto, afora, provavelmente, não terem amplo acesso a informações sobre as condições de oferta do mercado secundário de reposição, também é bastante provável que os consumidores sequer levem em consideração, de modo relevante, eventuais preços menores ou melhores condições na reposição das autopeças objeto deste caso. Desse modo, também por esse motivo não se pode dizer com razoável grau de segurança que as condições de concorrência no mercado primário são suficientes para garantir boas condições no mercado secundário.

4.2.3 Conclusões preliminares sobre os efeitos anticompetitivos da prática

113. Por tudo quanto dito na presente seção, portanto, parece claro que: **(i)** a exclusividade conferida às montadoras pelos seus registros de desenho industrial lhes garante um monopólio na reposição das autopeças protegidas por esses registros, monopólio esse nos quais os consumidores estão presos, em razão do efeito *lock-in*; **(ii)** as condições de concorrência no mercado primário de venda de veículos não são suficientes para garantir preços, opções e condições de venda competitivas no mercado secundário de reposição de peças, uma vez que, no momento da compra do automóvel, o consumidor é confrontado com assimetrias de informação e/ou com escolhas enviesadamente otimistas, que o levam a não considerar como fator de decisão, ao menos de modo relevante, as condições do mercado de peças de reposição (ao menos das autopeças objeto deste processo); e **(iii) a conjugação desses fatores permite que as montadoras efetivamente exerçam poder de monopólio do mercado secundário, potencialmente causando conseqüências severas aos consumidores, como maiores preços, ausência de opções e piores condições de compra.**

114. Uma abertura desse mercado, que permitisse a concorrência dos FIAPs às montadoras, tenderia a atenuar significativamente esses efeitos deletérios. Conforme reiterado pela já mencionada "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE", que defendeu essa abertura:

> "Os consumidores beneficiam directamente com o aumento da concorrência e a conclusão do mercado interno. O sector da distribuição independente terá capacidade para oferecer maior variedade de peças, tanto as peças dos fornecedores de equipamento de origem como as peças habitualmente mais baratas dos produtores independentes. Esta situação conduzirá a uma maior variedade de

[89] Ver, por exemplo, dados retirados de: (i) ASSOCIAÇÃO PAULISTA DOS TÉCNICOS DE SEGURO. **Benchmark de vistoria prévia**. 01/12/2010. Disponível em: <http://www.brokeronline.com.br/apts/listar_texto.asp?Cd_Texto=204>. Acesso em: 01.12.2010; (ii) SEBASTIÃO, Marcelo. O Desafio do Crescimento. **XVI Congresso Brasileiro dos Corretores de Seguros**. Florianópolis, out/2009. Disponível em: <http://www.fenacor.com.br/xvicongresso/workshops/Automovel1-MarceloSebastiao-PORTOSEGURO.pdf>. Acesso em: 01.12.2010; (iii) GALIZA, Francisco. **Um estudo amostral dos seguros de automóveis no Brasil**. Disponível em: <http://www.ratingdeseguros.com.br/pdfs/artigo35.pdf>. Acesso em: 01.12.2010.

Fls. 3870

> fabrico de peças, dando maior escolha de peças *must match* aos reparadores e/ou às seguradoras, e em conseqüência ao consumidor final, a preços mais baixos. Os números da Comissão sugerem que os consumidores estão a pagar um prêmio de 6 a 10% pelas peças sobressalentes abrangidas pela proposta nos Estados-Membros que permitem a protecção de desenhos ou modelos. Actualmente, em alguns Estados-Membros, os consumidores pagam duas vezes pelo mesmo desenho ou modelo: a primeira, quando compram um automóvel novo, e a segunda, quando este carece de reparações. Uma regra de reparação harmonizada poria termo a esta situação." (fl. 451)

115. É razoavelmente evidente, portanto, que a imposição dos registros de desenho industrial das montadoras sobre os FIAPs gera efeitos nocivos à concorrência estática nesse mercado, em prejuízo dos consumidores, e que a abertura desse mercado aos FIAPs diminuiria ou mesmo estancaria por completo esses efeitos.

116. Contudo, conforme demonstrado na seção 3, o direito da concorrência, por vezes, e especialmente em se tratando de sua interação com os direitos de propriedade industrial, abre mão dessas eficiências estáticas, em favor da geração de eficiências dinâmicas, consubstanciadas em inovações e diferenciações que, a longo prazo, beneficiarão o consumidor e o bem-estar econômico. Portanto, **não basta constatar, como se fez na presente seção, que o exercício de um direito de propriedade industrial está a gerar efeitos deletérios estáticos ao consumidor, como aumentos de preços e outros. Deve-se averiguar se esses efeitos deletérios não são justificados, de modo plenamente aceitável, por outros fins, visados pelo direito de propriedade industrial e pelo próprio direito da concorrência, como a necessidade de recuperar custos de P&D, permitir a identificação e apropriação do produto pelo seu autor e incentivar inovações**. A análise dessas justificativas, bem como da necessidade e adequação dos registros de propriedade industrial das montadoras no sentido de alcançá-las, será feita a seguir.

4.3 Das justificativas para a manutenção da prática

117. As principais justificativas econômico-concorrenciais utilizadas pelas montadoras, para embasar sua defesa no sentido de manter a imposição de seus registros de desenho industrial de autopeças diante dos FIAPs, e a conseqüente exclusividade a ser por elas gozada nesse mercado, contemplam, em suma, a necessidade de: (i) recuperar custos de P&D; (ii) incentivar inovações; (iii) garantir a qualidade e segurança das autopeças; (iv) evitar que peças independentes sejam falsamente comercializadas como originais; e (v) impedir "*cream skimming*" por parte dos FIAPs.

4.3.1 Recuperação de custos de P&D

118. Uma das principais e mais evidentes justificativas para a concessão e manutenção de um direito de propriedade industrial é permitir que o autor recupere os investimentos empregados na consecução de sua invenção ou seu desenho, assim incentivando a continuidade dos esforços inventivos.

Fls. 3871

119. No caso dos presentes autos, argumenta-se que o período de exclusividade conferido às montadoras pelos registros de desenho industrial seria necessário para que as mesmas pudessem reaver os custos de P&D empregados em todo o processo de criação e confecção do design das autopeças. Segundo as Representadas, que foram acompanhadas pelo entendimento da SDE, esses custos seriam significativos, e a necessidade de recuperá-los justificaria a exclusividade e os preços mais altos de suas autopeças no mercado de reposição, em comparação com as autopeças ofertadas pelos FIAPs, que, ao contrário das montadoras, não teriam gastos de P&D para recuperar, sendo *free riders* dos investimentos das fabricantes originais.

120. Cabe averiguar, aqui, se esse argumento se sustenta, ou seja, se o período de exclusividade (no caso, um período de monopólio, como visto) conferido às montadoras pelos registros de desenho industrial é efetivamente necessário para que essas empresas se re-apropriem dos investimentos empregados no design das autopeças.

121. Friso, desde já, que, dadas as graves conseqüências concorrenciais advindas desse monopólio, não é possível simplesmente presumir, de antemão, que essa exclusividade, **ao menos diante dos FIAPs** (lembre-se que não está aqui se discutindo o direito de exclusividade com relação a outras montadoras), é, de fato, necessária, sem maiores investigações dos custos e das características desse mercado. Mais do que isso, é preciso isolar quais são os custos que dizem respeito à confecção, em específico, dos desenhos das autopeças objeto deste feito, sendo incorreto e por demais generalista simplesmente tomar os custos de P&D de um automóvel como um todo e aplicá-los às poucas peças que abarcam a presente controvérsia. Mais uma vez, tal isolamento não foi empreendido nestes autos. A necessidade de se empreender essa análise adicional, vale ressaltar, foi defendida pelo MPF como uma das justificativas para opinar pela continuidade da investigação.[90]

122. Afirma a Fiat que, no Brasil, "a indústria automotiva se coloca como uma das mais inovadoras" (fl. 1325), e apresenta tabela[91] (fl. 1326) que compara as taxas de inovação e os gastos de P&D da indústria automotiva com a indústria de transformação brasileira[92]. A título de exemplo, na indústria de transformação, a taxa de inovação[93] no triênio 2000/2003 foi de 33,5%, enquanto na indústria automotiva essa taxa foi de 51,5%; os gastos de P&D da indústria de transformação correspondem a 0,55% da receita líquida de vendas, enquanto os da indústria automotiva correspondem a 2,12%; a média, por

[90] "A justificativa de que é necessário garantir retorno para os investimentos em P&D, ainda que, em tese, correto, não leva em conta as especificidades do mercado. Assim, não ficou comprovado até que ponto os investimentos em design já seriam adequadamente remunerados no mercado primário (de venda de veículos) e, conseqüentemente, se a extensão indiscriminada de títulos de desenho industrial por parte das montadoras no mercado de peças de reposição e sua ulterior monopolização não redundará apenas em um sobrepreço arcado pelos consumidores." (fl. 3238)

[91] Tabela apresentada pela Fiat, que apresentou como fonte o IBGE e o PINTEC.

[92] Total da indústria menos a indústria extrativa.

[93] Segundo a Fiat, a taxa de inovação aponta a percentagem de empresas que realizaram ao menos uma inovação, de produto ou processo.

CADE / MJ
fls. 3872

empresa, de pessoal em atividades de P&D, é de 8 na indústria de transformação, e de 188 na indústria automotiva, havendo, ainda, outros indicadores.

123. Como dito, percebe-se que tais dados são agregados, ou seja, não indicam o grau de investimento em P&D de peças de design especificamente, e muito menos esclarecem o grau de dificuldade que uma montadora tem para recuperar esses custos.

124. A "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE" sana essa dúvida, esclarecendo que "em termos de retorno do investimento para os titulares de direitos relativos a desenhos ou modelos, os custos reais do desenvolvimento de um novo desenho ou modelo e a protecção de incentivos a montante para inovar representam apenas **50 a 60 euros por veículo**" (fl. 452, grifamos). É bastante provável que esse padrão se repita no Brasil, até porque as montadoras são multinacionais, presentes em vários países, e os investimentos de P&D no design de seus veículos é aproveitado e amortizado no mundo inteiro (em outras palavras, não faria sentido dizer que os investimentos em design para automóveis comercializados no Brasil são significativamente maiores do que os de automóveis comercializados na Europa).

125. Mais uma vez, esse pode ser um dado adicional a ser averiguado e aprofundado pela SDE caso se decida por dar continuidade à presente investigação. Contudo, a informação acima, levantada pela autoridade européia, aponta, de maneira extremamente relevante, para ao menos duas constatações essenciais sobre a presente controvérsia: primeiro, que os custos de P&D relacionados especificamente à confecção das peças de design objeto deste feito são bastante baixos; segundo, que esses custos são ou podem ser facilmente recuperados no mercado primário, sendo embutidos no preço do veículo.

126. Ora, isso significa que **os gastos de P&D das montadoras relativamente às autopeças em questão são recuperados já no momento da venda do automóvel, e que portanto todos ou boa parte dos lucros obtidos com a venda de peças no mercado secundário de reposição não guardam qualquer relação com a necessidade de reaver investimentos de pesquisa**, tratando-se apenas de um lucro extra auferido pelas montadoras – lucro esse, aliás, obtido em um regime de monopólio, às custas do consumidor e sob uma justificativa que parece não se sustentar. Significa dizer que a mera vigência dos registros de desenho industrial em questão diante de outras montadoras, no mercado primário de venda de veículos, já parece ser suficiente para garantir a recuperação dos custos de P&D das montadoras, não sendo esse, especificamente, um argumento que sirva para justificar a vigência dos registros também diante dos FIAPs, no mercado secundário de reposição.

127. Poder-se-ia argumentar que uma eventual abertura do mercado de reposição, que permitisse a atuação dos FIAPs, poderia ter apenas um efeito de repasse de preços para o mercado primário. Ou seja, perdendo o seu monopólio no mercado de reposição de autopeças, e sendo obrigadas a baixar seus preços nesses segmentos, as montadoras poderiam simplesmente embutir essas perdas no preço do automóvel, o que causaria um aumento de preços no mercado primário, não obstante a queda de preços no mercado secundário.

CADE / SDE
Fls. 3893

128. Tendo em vista o provável fato, recém mencionado, de que os custos das montadoras com o design das peças já são recuperados no mercado primário, não me parece tão evidente que esse repasse de preços do mercado secundário para o primário efetivamente ocorreria. **Ainda, porém, que isso ocorresse, tem-se um cenário potencialmente mais favorável, já que o segmento primário de venda de veículos apresenta um grau de concorrência significativamente maior que o segmento secundário de reposição de peças**, onde a concorrência é, diante da vigência de exclusividade, inexistente. Assim, os preços repassados do mercado secundário, monopolista, para o mercado primário, onde há concorrência, necessariamente sofreriam uma pressão competitiva antes inexistente, causando, assim, sua diminuição.

129. Não obstante a provável conclusão a que aqui se chegou, de que os custos de P&D das montadoras são relativamente baixos e que provavelmente podem ser recuperados com relativa facilidade no momento da venda do veículo, deve-se mencionar que, ainda assim, não é necessariamente provável que as montadoras percam grande participação de mercado no segmento secundário, mesmo diante de uma abertura do mercado de reposição de peças que permita a participação dos FIAPs.

130. As montadoras continuariam sendo agentes extremamente relevantes no mercado de reposição, contando, inclusive, com diversas vantagens sobre os FIAPs, tendo em vista que são as fornecedoras originais, que possuem contatos com os clientes desde o momento da venda do veículo, por meio de uma ampla rede de concessionárias, que oferecem serviços especializados e que, segundo as próprias Representadas defendem, à exaustão, nos autos, seus produtos apresentam elevado grau de qualidade e garantia em relação aos produtos independentes. As montadoras, portanto, têm total condição de permanecerem lucrando consideravelmente no mercado secundário de reposição, ainda que este seja aberto à concorrência dos FIAPs.[94]

131. Tal fato também é evidenciado pelas discussões travadas no âmbito da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE". Conforme consta do parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários do Parlamento e da Exposição de Motivos da Proposta, respectivamente:

> "Mesmo em mercados liberalizados, a participação de mercado de fabricantes de veículos/fornecedores de equipamentos originais permanece alta; e.g., nos EUA,

[94] Vale mencionar, aqui, que a Fiat enumera uma série de custos que devem ser arcados pelas montadoras, que dizem respeito à comercialização de peças de reposição. Segundo a Representada, são custos que não podem ser remunerados "apenas no mercado de veículos novos" (fl. 1331). Noto, contudo, que todos, ou grande parte dos custos listados também são arcados pelos FIAPs na condução de seus negócios, não se tratando de gastos adicionais arcados pelas montadoras relativamente aos FIAPs. Trata-se, segundo mencionado, de custos de estoques, treinamento de recursos humanos, marketing, custos financeiros, custos de gestão, custos de ferramental e outros, todos relacionados ao negócio comum de qualquer empresa. Eventuais custos específicos das montadoras não arcados pelos FIAPS, que dariam a estes, supostamente, vantagens competitivas, serão tratados na subseção 4.3.5.

CADE / SDE Fls. 3814

painéis de carroçaria independentes atingiram apenas 15% de participação de mercado".[95]

"É conveniente assinalar que mesmo nos mercados liberalizados, como o do Reino Unido, os fabricantes de veículos conseguiram manter, até agora, cerca de 95% do mercado-chave de painéis de carroçaria". (fl. 452)

132. Finalmente, cabe lançar, ainda a respeito da controvérsia ora debatida, uma questão crucial, que parece enfraquecer ainda mais o argumento de que a exclusividade das montadoras diante dos FIAPs no fornecimento de peças de reposição é necessária para que se recupere adequadamente os gastos de P&D com o design de peças. Por que outras fabricantes de veículos instaladas no Brasil, como a General Motors, Honda e Toyota, por exemplo, não têm se valido dessa imposição de exclusividade na reposição de suas autopeças para recuperar os seus custos de P&D?[96] Essa questão pode, eventualmente, ter diferentes respostas, mas uma delas, que não pode ser aqui descartada, sem dúvida é a que aponta para a conclusão de que, de fato, tal exclusividade não é necessária no sentido de reaver esses custos.

133. Tem-se, portanto, diante dos dados ora verificados: (i) que os custos de P&D das montadoras dirigidos, especificamente, às peças de design do veículo, parecem ser surpreendentemente baixos em relação ao preço total do automóvel; (ii) que tais custos podem ser, e muito provavelmente são, recuperados pelas montadoras imediatamente no momento da venda do veículo (o que também evidencia que a finalidade sócio-econômica precípua dos registros em questão é garantir o retorno dos investimentos das montadoras no mercado primário, e não no secundário, onde atuam os FIAPs); (iii) que, mesmo diante de uma abertura do mercado de reposição de peças a concorrentes, as montadoras ainda poderão auferir lucros significativos nesse mercado; e (iv) que outras fabricantes de veículos, concorrentes das Representadas, que também investem em P&D, são capazes de recuperar esses investimentos sem se valerem de imposição de exclusividade diante dos FIAPs no fornecimento de suas autopeças. Ante esses indícios, conclui-se que a necessidade de recuperar custos de P&D não é uma justificativa válida para a manutenção da exclusividade das montadoras no fornecimento das autopeças em questão relativamente aos FIAPS, em específico.

4.3.2 Incentivo a inovações

134. Argumentam as Representadas, e a SDE, que o fim do direito de exclusividade das montadoras no fornecimento de suas autopeças de reposição diante dos FIAPs diminuiria os incentivos à inovação nesse mercado. Tal constatação parte da premissa de que, com a abertura do mercado de reposição de autopeças aos FIAPs, as

[95] Parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários, p. 3, tradução livre. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2007-0453&language=EN>. Acesso em: 28.07.2010.

[96] Está se presumindo que, se essas concorrentes o fizessem, de modo relevante, estariam elas também no pólo passivo da presente Averiguação Preliminar.

CADE / SDE Fls. 3845

montadoras não seriam capazes de recuperar seus gastos de P&D com o design das peças da mesma maneira.

135. Com base no que acaba de ser discutido na subseção anterior, vê-se, desde logo, que tal argumento não se sustenta com propriedade suficiente. Conforme acaba de se demonstrar, parece razoavelmente claro que um direito de exclusividade por parte das montadoras no mercado secundário, relativamente aos FIAPs, não é necessário para que as fabricantes de veículos mais do que recuperem os seus custos de P&D com o desenvolvimento de peças de design. Assim, os seus incentivos para permanecerem inovando são plenamente mantidos.

136. Além do já mencionado fato de que **as montadoras podem recuperar seus investimentos de P&D com a própria venda de veículos no mercado primário**, há razoáveis indícios de que as inovações de design das fabricantes são absoluta e prioritariamente voltadas às suas vendas de veículos, e não às vendas de peças separadas no mercado secundário de reposição. Os próprios argumentos das Representadas nestes autos a respeito da grande importância do design dos veículos demonstram que as montadoras pesquisam e investem em inovações de design para garantir sua competitividade no mercado principal de venda de automóveis, atraindo consumidores para comprarem seus veículos, e não para comprarem peças de reposição isoladas. A elucidação desse ponto é de extrema importância para a presente análise, pois contribui para demonstrar, cabalmente, que, tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico-constitucional, **a finalidade dos direitos de propriedade industrial em questão é dirigida ao mercado de venda de veículos, e não ao mercado de reposição de peças. Os registros de desenho industrial ora debatidos têm como razão de existir a proteção dos incentivos inventivos das montadoras no mercado primário**, pois esses próprios inventos se destinam, justamente, ao mercado primário, onde as montadoras buscam diferenciação, inovação e a própria recuperação de seus investimentos.

137. Como já dito aqui, uma vez que o consumidor tenha adquirido o veículo, ele não pode pesquisar dentre várias opções de peças para repor uma parte de seu automóvel que tenha se danificado, nem pode ele, em razão dos significativos custos envolvidos, simplesmente trocar seu veículo inteiro por um de outra fabricante (efeito *lock-in*). Só há uma opção: repor aquela peça específica que corresponde à marca do seu veículo. E **essa marca de veículo é escolhida pelo consumidor no ato da compra do automóvel**. É nesse momento que o futuro proprietário atenta para o design do produto que está comprando e decide se gosta ou não dele. **É no mercado primário, portanto, que o design importa, e não no secundário.**

138. Desse modo, **a abertura, aos FIAPs, do mercado de fornecimento de autopeças de reposição em nada afetaria, a princípio, os incentivos das montadoras para permanecerem inovando no design das peças de seus veículos**, já que esse processo inventivo é voltado às suas vendas no mercado de automóveis, e não no mercado de reposição de peças. Cabe lembrar, mais uma vez, que a manutenção dos registros de desenho industrial diante dos concorrentes no mercado primário de veículos não é aqui questionada, e permanece valendo.

CADE / MJ Fls. 3876

139. Novamente, também vale ressaltar que a inexistência de exclusividade sobre o design das autopeças de reposição não parece ter afetado as inovações de outras fabricantes de veículos, concorrentes das Representadas.

140. Foi essa exata conclusão a que chegou a Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários no âmbito da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE":

> "A liberalização não afeta a inovação negativamente. Inovações são criadas por meio da concorrência no mercado primário. O principal propósito de se criar o design de um carro é garantir a singularidade de uma marca de carro, para defender a posição de mercado de uma marca. O design de um novo carro é crucial para a decisão de compra do consumidor e é a base para uma venda bem sucedida, mas o design não afeta o comportamento do consumidor no *aftermarket*."[97]

141. Vê-se, portanto, que a recuperação de investimentos de P&D e os incentivos de inovação das montadoras muito provavelmente não seriam afetados, mesmo que os registros de desenho industrial das Representadas deixassem de ser impostos contra os FIAPs, permitindo a atuação desses agentes no mercado de reposição de autopeças.

4.3.3 Qualidade e segurança das peças

142. Alegam as Representadas que o design das autopeças "interfere na segurança e no desempenho do automóvel" (Fiat, fl. 1329), e que a exclusividade no fornecimento das peças por parte das montadoras, proibindo a atuação dos FIAPs, seria necessária para garantir a qualidade do produto, assim como a segurança dos consumidores.[98] Mais uma vez, tal argumento também foi aceito pela SDE. Entendo, porém, que alguns fatores relevantes desqualificam essa alegação como uma justificativa razoável para impedir a atuação dos FIAPs, por meio da imposição dos registros de desenho industrial.

143. Segundo trazido aos autos pela ANFAPE, muitos FIAPs operam no Brasil desde antes que várias montadoras e fabricantes de peças autorizadas. Mais especificamente, dados coletados pela Andap/Sindipeças, apresentados pela Representante, demonstram que **cerca de 70% dos fabricantes independentes atuam no mercado desde antes da década de 80**, e que compõem mais de 2.000 empresas. **Somente recentemente, contudo, algumas montadoras, como as Representadas, passaram a tentar impedir a atuação dos FIAPs**, não tendo, até então, reclamado de maneira relevante (ao menos que conste dos autos) da qualidade das peças oferecidas por esses agentes independentes.

144. Conforme bem ressaltado pelo parecer do MPF, "em princípio, é pouco crível que um segmento consolidado, com tanto tempo de atividade e disseminado por todo o país, tenha a sua produção sujeita aos defeitos de qualidade que o parecer da SDE sugere"

---

[97] Parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários, p. 3, tradução livre. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2007-0453&language=EN>. Acesso em: 28.07.2010.

[98] No mesmo sentido, manifestação da Ford (fls. 1730-1731).

CADE / SG Fls. 3847

(fl. 3239). De fato, **não está de modo algum claro nos autos que os produtos fabricados pelos FIAPs, de modo geral, apresentem grau de qualidade tamanhamente inferior**, a ponto de comprometer a segurança dos consumidores[99] e, de um momento para outro, despertarem a preocupação das montadoras Representadas, que passaram décadas sem questionar isso.[100]

145. A bem da verdade, vale lembrar que as montadoras brasileiras, em 2010, bateram o seu recorde, de 2009, de número de *recalls* de veículos. Mais de 1 milhão de automóveis no país já foram alvo de *recalls* esse ano, para reparação de falhas de diferentes gêneros.[101] Qualidade e segurança, portanto, é algo com que as próprias Representadas também têm de lidar, não sendo um problema exclusivo de FIAPs. Cabe ressaltar, a esse respeito, que **os FIAPs também são empresas juridicamente constituídas** (conforme se verá na subseção seguinte), de modo que **eventuais danos decorrentes de seus produtos seriam passíveis de reparação e/ou indenização de sua parte exclusiva**, e não das montadoras. Não é ônus das Representadas atuarem como bastiões da segurança dos consumidores com relação a produtos que não são seus. Para isso existe o Estado, editor e protetor do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, plenamente aplicáveis aos FIAPs.

146. Um segundo fato fortemente enfatizado pelas Representadas nestes autos também depõe contra seus argumentos de segurança aqui descritos. Conforme mencionado anteriormente, de um universo de 2500 a 3000 peças fabricadas pela Fiat, por exemplo, somente 11 seriam protegidas por direitos de propriedade industrial. Segundo a Representada, "há um número incomensurável delas que não está protegido por registros de desenho industrial e, como tal, podem ser fabricadas e comercializadas livremente". Como visto, o mesmo padrão (poucas peças registradas) se aplica à Ford e à Volskswagen.

147. Ora, se garantir qualidade e segurança é uma razão essencial para que se proteja uma peça com um registro de propriedade industrial, então seria presumível que as montadoras protegessem o máximo de peças possíveis, seja com registro de patentes, desenhos industriais ou outros, e não apenas umas poucas peças. Efetivamente, nota-se que diversas outras peças do automóvel, que inclusive parecem ter influência ainda maior na segurança do veículo, não são objeto de qualquer registro, segundo se denota das afirmações das próprias Representadas. Assim, **justificativas de manutenção de qualidade e segurança não parecem ser o real objetivo das montadoras quando registram o desenho industrial de uma peça.**

---

[99] Contra essa suposição, argumenta a ANFAPE que os produtos independentes não são de qualidade inferior, e que diversos FIAPs possuem certificação ISO de seus produtos (ao menos 9 associados). (fl. 2843)

[100] A Ford junta aos autos um laudo que supostamente comprova a baixa qualidade de um farol produzido por uma das empresas associadas à ANFAPE (fl. 3544-3553). Entendo, porém, que a análise de 1(um) produto, de 1(uma) única empresa, dentre as milhares existentes, não possui relevância estatística.

[101] Número de recalls de veículos bate recorde em 2010. **Gazeta do Povo**, Economia, 14/10/2010. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=1057244&tit=-Numero-de-recalls-de-veiculos-bate-recorde-em-2010>. Acesso em: 01.12.2010.

CADE/INPI Fls. 3878

148. A bem da verdade, a principal razão pela qual argumentos de qualidade e segurança não servem para justificar a manutenção da exclusividade fornecida pelos registros de desenho industrial é essa: **registros de desenho industrial simplesmente não têm por objetivo garantir a qualidade e a segurança do produto**. Tais fins são absolutamente divorciados do propósito de um direito de propriedade industrial sobre designs. A Exposição de Motivos da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE" e a manifestação da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários do Parlamento são enfáticas nesse sentido:

> "A questão da segurança, qualidade e integridade estrutural das peças sobressalentes tem sido levantada com regularidade. Estes aspectos são essenciais para os consumidores. No entanto, **a protecção de desenhos ou modelos destina-se a recompensar o esforço intelectual dos seus criadores e a proteger a aparência do produto, mas não as suas funções técnicas ou qualidade** (que podem ser protegidas mediante patentes ou marcas, respectivamente). **O facto de um desenho ou modelo de um pára-choques não ser protegido por não observar o requisito da novidade não significa necessariamente que seja menos seguro que outro pára-choques protegido.**
> (...) **os direitos relativos a desenhos ou modelos, que protegem a aparência e a estética de um produto, têm um impacto neutro no que se refere à segurança ou à protecção dos peões e não incluem garantias de segurança, disponíveis através de outros mecanismos disponíveis.**" (fl. 453, grifamos)
>
> "**Segurança não é uma questão de proteção de design. Não existem testes de segurança para conceder proteção de design.**"[102]

149. A própria Fiat reconheceu nos autos que "**o critério adotado pela FIAT para a escolha das peças a serem protegidas tem relação** com o grau de representatividade destas peças na composição externa e, algumas vezes, interna do veículo, ou seja, **com o design do automóvel**" (fl. 3569, destacamos).

150. **Registros de desenho industrial, portanto, não garantem qualidade e segurança, nem servem para tanto. Há outros meios significativamente mais adequados para garantir a segurança das peças automotivas.** No âmbito da "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE", por exemplo, reconhece-se que a segurança das autopeças é um tópico importante, mas que deve ser regulado normativamente, em leis ou regulamentos próprios e específicos.[103] Nos

---

[102] Parecer da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários, p. 3, tradução livre, grifamos. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2007-0453&language=EN>. Acesso em: 28.07.2010.

[103] Relatório da Comissão de Assuntos Jurídicos, p. 2. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A6-2007-0453&language=EN>. Acesso em: 28.07.2010).
Também de acordo com a Exposição de Motivos da Proposta: "A segurança e a qualidade dos produtos, incluindo as peças sobressalentes, são protegidas por outra legislação comunitária e nacional, nas quais se estabelecem as normas necessárias em matéria de segurança dos produtos e acesso a informação técnica. Mais especificamente no sector de automóvel, estão em vigor mais de 90 directivas, que regulam a construção e o funcionamento dos veículos a motor." (fl. 453)

CADE / MJ Fls. 3879

EUA, segundo a ANFAPE, foi criada, em 1987, uma entidade "encarregada de certificar a qualidade dos produtos fabricados pelos FIAPs": a *Certified Automotive Parts Association (CAPA)* (fl. 28).

151. Assim, a garantia da qualidade e segurança das autopeças de reposição pode ser buscada por normas do Poder Público e órgãos da Administração, ou por eventuais associações privadas que tenham esse propósito. Registros de desenho industrial, contudo, não servem a esse fim, não podendo questões de qualidade e segurança ser invocadas pelas Representadas para justificar a imposição dos registros diante dos FIAPs.

4.3.4 Peças independentes falsamente comercializadas como originais

152. Outro argumento utilizado para justificar a manutenção da exclusividade das montadoras, com a exclusão dos FIAPs do mercado de reposição das autopeças objeto deste feito, seria evitar que o consumidor confundisse os produtos independentes com os produtos originais fabricados ou autorizados pelas montadoras. Alega-se que isso poderia prejudicar o consumidor (que estaria comprando uma coisa pensando estar adquirindo outra), bem como a imagem das montadoras, já que eventuais defeitos no produto seriam creditados a ela, e não ao fabricante independente que o produziu.[104]

153. É relevante relembrar, a título de esclarecimento, que o mercado de autopeças de reposição, hoje, é abastecido não só por peças originais fabricadas diretamente pelas montadoras e por peças independentes fabricadas por FIAPs, mas também por peças de fabricantes autorizados pelas montadoras. Assim, o consumidor pode se deparar, e de fato se depara, com produtos com a estampa ou marca de uma firma autorizada, e não da montadora. Semelhantemente, conforme esclarecido pela Representante, fabricantes independentes também têm, gravadas no produto e/ou na embalagem, suas próprias marcas (fl. 2854).

154. Entendo que, de fato, não se poderia aqui defender que fabricantes independentes de autopeças possam falsamente publicizar ao consumidor que estariam a oferecer produtos originais (fabricados pelas montadoras ou autorizados), quando na verdade estariam vendendo produtos "similares" ou genéricos" (fabricados por produtores independentes), enganando o consumidor acerca da proveniência daquela autopeça.

155. Vale mencionar que o Parlamento Europeu, ao delinear sua posição sobre a "Proposta de Directiva que altera a Directiva 98/71/CE", teve a preocupação de transmitir esse entendimento, ao dizer que:

> "devem ser tomadas medidas para assegurar que os consumidores sejam devidamente informados acerca da proveniência das peças sobressalentes, nomeadamente informação relativa a marcas ou logótipos colocados nas peças em questão. (...)
>
> (...) os consumidores [devem ser] devidamente informados acerca da origem do produto usado para fins de reparação, através da utilização de uma marcação, tal

[104] Ver, por exemplo, manifestação da Ford, fls. 1730-1731.

CADE / MJ
Fls. 3880

como uma marca ou uma designação comercial, ou de outra forma adequada, de modo a poderem escolher de forma esclarecida entre produtos concorrentes propostos para efectuar a reparação."[105]

156. **Não é objeto dos presentes autos, contudo, que os FIAPs** possam fazer isso, ou seja, que **possam oferecer produtos independentes falsamente vendendo-os tal como se fossem originais.** Ainda que o mercado secundário eventualmente seja aberto para a atuação dos FIAPs, isso não significa que eles poderão adotar essa conduta. Os fabricantes independentes poderiam perfeitamente oferecer seus produtos estampando neles a sua origem, logotipo, marca ou outra designação, seja na peça, na embalagem ou por qualquer meio idôneo que garanta que o consumidor saiba efetivamente *de quem* está adquirindo aquela peça e qual é a sua proveniência.

157. Note-se que, não sendo atendido esse requisito por um FIAP, poderá ele estar cometendo uma infração. Tal infração específica, contudo, não necessariamente diz respeito diretamente a uma violação do registro de desenho industrial da montadora. Ora, se uma firma fabrica um produto próprio e o vende como se esse produto tivesse sido fabricado por uma outra empresa, enganando o consumidor, estará aquela firma cometendo um ilícito ainda que sobre o produto em questão não recaia qualquer registro de patente ou de desenho industrial. Em outras palavras, ainda que as peças das montadoras não tivessem registro de desenho industrial, um FIAP que vendesse produto próprio falsamente afirmando que tal produto é produzido/autorizado por uma montadora cometeria o ilícito ainda assim, por inobservância, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Propriedade Industrial e do Código Penal.[106]

---

[105] (Posição do Parlamento Europeu relativamente à Proposta que altera a Directiva 98/71/CE , aprovada em primeira leitura em 12.12.2007, p. 2. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0609+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 28.07.2010)

[106] O Código de Defesa do Consumidor assim preceitua:

"Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;"

"Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores."

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...)

§ 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (...)

§ 3° Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço."

"Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

CADE
Fls. 3881

158. Significa dizer que, caso um FIAP eventualmente engane o consumidor, vendendo um produto seu sem esclarecer de modo adequado a sua origem, e se passando por uma montadora, esse FIAP poderá ser acionado, seja pela montadora, pelo consumidor ou pelos órgãos de defesa do consumidor, por estar cometendo essa infração específica. Trata-se de uma conduta ilícita que não guarda relação com a violação de registros de desenho industrial.

159. Vale notar que a própria Ford junta aos autos uma reportagem de jornal que esclarece, de certa maneira, o ponto aqui discutido:

> "É importante não confundir as peças falsificadas com aquelas do 'mercado independente'. As falsas são de dois tipos: as que levam a marca dos fabricantes originais, inclusive na caixa; e as usadas, que tomam um banho de limpeza e são vendidas como novas. Já as autopeças de marcas menos conhecidas, que não são da linha original que vai para as fábricas, não podem ser consideradas piratas.[107]
> Segundo Geraldo Luiz, (...) 'São peças que duram menos, mas que são usadas por mecânicos há anos e não são causadoras de acidentes, como as falsificadas. É uma

---

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:
Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.
§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.
§ 2º Se o crime é culposo;
Pena Detenção de um a seis meses ou multa.
Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:
Pena Detenção de três meses a um ano e multa."
A Lei de Propriedade Industrial, por sua vez, assim prevê como infrações:
"Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente, não ressalvando a verdadeira procedência do produto.
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa."
Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:
I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
Finalmente, o Código Penal assim prescreve:
"Fraude no comércio
Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:
I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
II - entregando uma mercadoria por outra:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa."

[107] Não estamos nos atendo, aqui, à nomenclatura de "piratas" ou "não piratas" das peças independentes. O que se está a defender é que peças fabricadas por FIAPs e por eles comercializadas em seu próprio nome não devem ser confundidas com peças produzidas por fabricantes independentes que sejam por eles comercializadas como se fossem das montadoras.

CADE
Fls. 3-882

> relação custo-benefício que o dono do veículo decide', afirma." (Correio Braziliense, 18.09.2003, fl. 3556 dos autos)

160. Desse modo, a imposição do registro de desenho industrial das montadoras diante dos FIAPs a fim de impedir o falso uso de seu nome e imagem é inadequada e desnecessária, uma vez que **esse objetivo pode e deve ser alcançado de outras formas, sob o manto de outras normas.**

4.3.5 Cream skimming

161. Afirmam as Representadas que são legalmente obrigadas a manter o abastecimento de peças de reposição aos consumidores usuários de seus veículos. Tal abastecimento deve ser garantido mesmo depois de o automóvel sair de linha, e em escala nacional. Alegam as Representadas que os FIAPs, ao contrário delas, não estão legalmente compelidos por essa obrigação, podendo fabricar apenas aquelas peças que sejam mais lucrativas e descontinuar a produção quando, por motivos de escala ou outros, a oferta de determinadas peças não mais se mostrar economicamente viável ou vantajosa. Tal possibilidade de *cream skimming*, segundo as Representadas, proporcionaria aos FIAPs custos de operação menores relativamente aos custos das montadoras, o que daria aos fabricantes independentes vantagens competitivas, em prejuízo das fabricantes originais, caso fosse permitida a atuação dos FIAPs no mercado.[108]

162. Cabe ressaltar, primeiramente, que **muitos dos custos levantados pelas Representadas não parecem configurar custos *extras* arcados pelas montadoras relativamente aos custos dos FIAPs**. Vários dos custos mencionados pela Fiat, por exemplo, à fl. 1331, são custos comuns de qualquer empresa, seja ela uma montadora de automóveis, um fabricante independente de peças ou qualquer outra – estoques de peças, treinamento de recursos humanos "para bem atender aos consumidores", marketing, custos financeiros, custos de gestão de estrutura de suprimento, custos de ferramental para a produção de peças etc.

163. Custos como esses, comuns a montadoras e FIAPs, não dão a estes nenhuma vantagem competitiva. Caberia discutir, portanto, apenas aqueles eventuais custos "a mais" arcados pelas montadoras em relação aos FIAPs, em razão de uma imposição legal que as obrigaria a, por exemplo, manter um estoque de peças de veículos que já saíram de linha. A esse respeito, contudo, algumas ponderações são necessárias. Mais uma vez, não há, nos autos, nenhuma mensuração de quanto, efetivamente, significam esses custos *extras* arcados pelas montadoras, se é que de fato tais custos extras, na prática, existem.[109] **Não há qualquer dado demonstrando sequer que a manutenção de um estoque de peças de veículos descontinuados não seja lucrativa, ou que a paralisação da produção de autopeças fora de linha pelas montadoras não ocorra justamente no *break-even* (ou**

[108] Ver, por exemplo, manifestação da Ford à fl. 1726 e manifestação da Fiat às fls. 1330-1331.
[109] Mensurações de custos de estoque presentes nos autos, como as da Fiat, à fl. 3568, não são capazes de comparar tais custos com os custos de estoque dos próprios FIAPs, ou seja, não podem medir quais são os custos *extras* em relação aos FIAPs.

CADE / MJ
Fls 3883

seja, quando os custos passam a igualar os lucros).[110] Lembre-se que, pelo Código de Defesa do Consumidor, as fabricantes devem assegurar a oferta de peças de reposição, após a cessação da produção do bem principal, "por período razoável de tempo". [111] É bastante plausível imaginar que o "período razoável de tempo" de produção utilizado pelas montadoras seja justamente o *break-even*. Não há nada nos autos que demonstre o contrário.

164. Mais do isso, porém, seria necessário comparar os custos das montadoras com os custos dos FIAPs, já que **nada impede que, na prática, os custos de operação dos FIAPs sejam até mesmo maiores que o das montadoras**, mesmo se contabilizando os alegados gastos de manutenção *extras* das Representadas recém mencionados e outros. Não é irreal a hipótese de que grandes fabricantes como as montadoras possuam inúmeras vantagens de custos em relação aos fabricantes independentes, decorrentes de economias de escala, melhores tecnologias e outras, sem falar em outras possíveis vantagens competitivas significativas, haja vista que, por exemplo, são as fornecedoras originais, possuem grande contato com os clientes (por meio de uma ampla rede de concessionárias), oferecem serviços especializados e que, conforme alegam incisivamente, seus produtos supostamente apresentam elevado grau de qualidade e garantia em relação aos produtos independentes.

165. A bem da verdade, uma comparação de custos como essa seria extremamente difícil de se empreender, de uma maneira confiável. Contudo, **não é possível simplesmente presumir que as montadoras possuem custos e desvantagens competitivas maiores que os FIAPs, e com base nisso justificar a exclusão destes agentes do mercado**. A melhor maneira de equacionar essas diferenças de custos e vantagens é a livre concorrência.

166. Admitindo-se, contudo, apenas a título de argumentação, que as montadoras efetivamente tivessem alguns custos extras em relação aos FIAPs, mais uma vez nada impediria que esses eventuais custos fossem recuperados no mercado primário, embutindo-se os custos no preço dos veículos. Note-se, aqui, que não seriam repassados todos os custos relativos à operação das montadoras no mercado secundário, mas somente os custos *extras* em relação aos FIAPs (se é que há custos extras, como discutido).[112]

---

[110] Segundo informado pela Representada Fiat, **o prazo médio de manutenção de estoque de peças de reposição descontinuadas é de 10 anos** (fl. 3568). **Por outro lado, a vida média de um veículo é de 15 anos** (v. nota 74).

[111] De acordo com o Código de Defesa do Consumidor:
"Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.
Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei."

[112] Conforme discutido na seção 4.3.1, mesmo que ocorresse um repasse de preços do mercado secundário para o primário, tem-se um cenário potencialmente mais favorável, já que o segmento primário de venda de veículos apresenta um grau de concorrência significativamente maior que o segmento secundário de reposição de peças, onde a concorrência é, diante da vigência de exclusividade, inexistente. Assim, os preços repassados do mercado secundário, monopolista, para o mercado primário, onde há concorrência, necessariamente sofreriam uma pressão competitiva antes inexistente, causando, assim, sua diminuição.

CADE / MJ Fls. 3884

167. Assim, entendo que tampouco o argumento de evitar *cream skimming* pode ser utilizado, no caso, para justificar a exclusão dos FIAPs por meio da imposição do registro de desenho industrial das montadoras.

4.4 Resultado da análise econômico-concorrencial

168. Como visto nas seções anteriores, a proteção de um direito de propriedade industrial se justifica, do ponto de vista econômico e social, na medida em que mantenha os incentivos à produção de inovações no mercado, em prol da coletividade e do desenvolvimento[113]. É por isso que a teoria econômica, em geral, apóia a proteção da propriedade industrial (e é por isso que o Direito abarcou, juridicamente, essa proteção). Enquanto assume esse papel, a propriedade industrial vai amplamente ao encontro da concorrência, já que esta reconhece a crucial importância das eficiências dinâmicas (geração de inovações), ainda que em prejuízo momentâneo de eficiências estáticas (redução da oferta, aumento de preços, exclusão de consumidores etc).

169. Mas e se, em uma situação concreta, verificar-se que o exercício de um determinado direito de propriedade industrial (ainda que obtido na forma do procedimento previsto em lei), não está cumprindo esse papel de garantir inovações, ou, ao menos, que não está tendo qualquer influência sobre a manutenção dos incentivos à inovação, ao mesmo tempo que, de algum modo, esteja afetando severamente a livre concorrência? Em outras palavras, e se verificar-se que determinado modo de exercício de um direito de propriedade industrial não está tendo qualquer influência positiva sobre a geração de eficiências dinâmicas, ao mesmo tempo que está tendo uma influência extremamente prejudicial sobre a geração de eficiências estáticas? Do modo mais simples possível: e se o exercício de um registro de desenho industrial concedido a uma empresa estiver simplesmente excluindo concorrentes e gerando maiores preços e menos opções aos consumidores, sem causar qualquer efeito sobre os incentivos de inovação dessa firma?

170. Do ponto de vista econômico, **esse é um quadro de completa e total ineficiência: o bem-estar da economia e dos consumidores é severamente prejudicado, sem quaisquer benefícios em contrapartida**. Por tudo quanto exposto ao longo do presente voto, acredito ser provável que seja exatamente esse o cenário vislumbrado no caso concreto ora analisado, no que se refere à imposição dos registros de desenho industrial em questão diante dos FIAPs.

171. Conforme averiguado nesta seção, **há relevantes indícios de que a imposição dos registros de desenho industrial das montadoras sobre os FIAPs, impedindo a atuação desses agentes relativamente ao fornecimento das autopeças registradas, tende a gerar graves efeitos anticompetitivos**, com conseqüências severas sobre o bem-estar econômico e dos consumidores.[114] Por outro lado, demonstrou-se haver

[113] Como mencionado anteriormente, a sociedade, e não o particular, é o destinatário essencial dos direitos de propriedade industrial, nos termos do art. 5º, XXIX, da Constituição.

[114] Fazendo uma alusão aos requisitos de condenação traçados pela Corte de Primeira Instância européia no caso Microsoft (ver detalhamento na nota de rodapé n. 51), demonstrou-se que: (i) os produtos objeto do

Fls 3885

fortes indícios de que **a imposição dos registros de desenho industrial diante dos FIAPs**, proibindo a sua atuação relativamente à produção das peças em questão, **não se justifica** como instrumento de: **(i)** recuperação de custos de P&D; **(ii)** incentivo a inovação; **(iii)** garantidor de qualidade e segurança das peças; **(iv)** obstáculo à falsa comercialização de produtos independentes como originais; e **(v)** inibidor de *cream skimming*.[115]

172. Tem-se, de modo geral, fortes indicações de que a abertura do mercado de autopeças de reposição aos FIAPs, com a manutenção do exercício dos registros de desenho industrial apenas em relação aos agentes do mercado primário, evitaria significativamente os problemas anticompetitivos gerados pela imposição desses registros aos FIAPs, sem comprometer, de modo relevante, a recuperação dos investimentos das montadoras, os incentivos à inovação no mercado e outros fatores, como a qualidade e segurança das peças, competitividade das empresas e outras questões de interesse das fabricantes. Trata-se de um cenário de custo-benefício extremamente mais favorável que o cenário contraposto – todos os benefícios são mantidos (inovação etc), com menos custos (à livre concorrência e à sociedade).

5. Análise jurídico-constitucional

173. As conclusões da análise econômico-concorrencial recém empreendida impactam a formulação das conclusões jurídico-constitucionais sobre a controvérsia.

174. Conforme se esboçou na seção 3, os direitos de propriedade industrial, garantidos pela legislação infra-constitucional (Lei nº 9.279/96) e pela Constituição (art. 5º, XXIX[116]), são instrumentais. Assim se diz pois são instrumentos para a consecução de um fim específico. Tal fim, no caso, é de fácil visualização, já que está expressamente disposto na norma constitucional que institui a proteção à propriedade industrial. Tais direitos são constitucionalmente previstos "tendo em vista o **interesse social** e o **desenvolvimento tecnológico e econômico** do País".

175. Um direito de propriedade industrial, portanto, deve ser exercido de acordo com esses fins e, na medida em que convive, sem relação de hierarquia,[117] com outros

---

direito de propriedade industrial (as autopeças de reposição) são indispensáveis para a atividade dos agentes no mercado (os FIAPs), uma vez que as peças produzidas pelos FIAPs devem ter desenho idêntico às das montadoras, não sendo possível a substituição por outros produtos; (ii) a recusa de flexibilizar o direito de propriedade intelectual tem o efeito de excluir qualquer concorrência efetiva no mercado, pois, conforme demonstrado, a prática gera um monopólio das montadoras no fornecimento de suas peças; e (iii) a recusa tem o potencial de causar danos severos ao mercado e ao bem-estar dos consumidores.

[115] Novamente, em referência aos requisitos de condenação traçados pela Corte de Primeira Instância européia no caso Microsoft (ver notas de rodapé n. 51 e 114), verifica-se, a princípio, que não há justificativas objetivas para a recusa das montadoras de flexibilizar o seu direito de propriedade industrial (requisito (iv)).

[116] "Art. 5º (...)

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

[117] Por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, que não permite que uma norma constitucional se aplique de forma exclusiva, em detrimento completo de outra, como se fosse

CADE
Fls. 3886

direitos constitucionalmente previstos (tal como o direito à livre concorrência, os direitos dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico[118]), por vezes potencialmente conflitantes consigo, como aqui se viu, deve ser exercido de acordo com o princípio da proporcionalidade, que demanda: (i) que os meios adotados para a consecução do direito em questão sejam adequados no sentido de alcançar o fim por ele visado (*adequação*); (ii) que não haja meios menos custosos de atingir o fim almejado (*necessidade*); e (iii) que os benefícios atingidos sejam superiores aos custos gerados (*proporcionalidade stricto sensu*).[119]

176. A análise empreendida ao longo deste Voto demonstrou haver fortes indícios de que a imposição dos direitos de propriedade industrial das Representadas diante dos FIAPs é uma forma *inadequada* de exercício desses direitos, pois não se justifica como medida destinada a preservar "o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País". Conforme restou demonstrado, o exercício dos registros de desenho industrial diante dos FIAPs não se justifica como instrumento para recuperar custos de P&D, fomentar inovações, garantir qualidade e segurança de produtos, impedir fraudes ou manter a competitividade das empresas. Todos esses fins podem ser atingidos por outros meios mais idôneos, sem qualquer relação como a oponibilidade dos registros contra os FIAPs.

177. Embora essa constatação de *inadequação*, por si só, seja suficiente para caracterizar a desproporcionalidade desse modo de exercício dos direitos em questão, é igualmente patente a *desnecessidade* da imposição dos direitos de propriedade em questão sobre os FIAPs. Os fins sociais de desenvolvimento econômico e tecnológico visados por esses direitos, assim como aqueles justificados pelas montadoras (inovação, recuperação de investimentos, qualidade e segurança, proteção contra fraudes, competitividade e outros) podem ser perfeitamente alcançados sem que se gere os pesados prejuízos à livre concorrência e aos consumidores decorrentes do exercício dos registros em face dos FIAPs.

---

hierarquicamente superior, qualquer tipo de interpretação que coloque um direito de propriedade industrial, em qualquer situação e de forma absoluta, acima de outros direitos constitucionalmente protegidos, descartando-os, estaria equivocada. (Ver: BARROSO, op. cit., p. 20-21).

[118] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor; (...)"
Art. 173. (...)
§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

[119] Na aplicação do princípio da proporcionalidade, pondera-se os fins visados por cada direito, os meios utilizados para dar vigência a cada um e, na medida do possível, preserva-se o máximo de cada norma, criando uma situação de equilíbrio que gere o máximo de benefícios à sociedade, aos menores custos possíveis. Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade e sua utilização na ponderação de conflitos de normas, bens, interesses e valores, ver: BARROSO, op. cit; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

Fls. 3884

178. Enfim, precipuamente "tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", a imposição dos direitos de propriedade industrial em questão diante dos FIAPs, por parte das Representadas, afigura-se claramente desproporcional, segundo os indícios até o momento levantados, na medida em que gera prováveis custos severos ao direito da concorrência e aos direitos dos consumidores, não justificados em termos de outros benefícios coletivos, como inovações e desenvolvimento econômico e tecnológico.

179. Tais conclusões demonstram, outrossim, que, muito provavelmente, a imposição dos registros de desenho industrial em questão (especificamente enquanto no mercado secundário de reposição) implicam um exercício abusivo do direito de propriedade industrial das Representadas em si.

180. Ressalvo aqui, mais uma vez, um ponto importante, cuja desatenção acabou por pautar, erroneamente, vários dos principais argumentos das Representadas nestes autos (e da própria SDE). Falo, por exemplo, dos argumentos no sentido de que "não detém o CADE (...) o poder de declaração de nulidade de patentes e registros, ou de decretação de perda de direitos de propriedade industrial"[120] ou de que "o exercício *regular* desse direito de propriedade industrial nada tem de anticoncorrencial"[121]. Declarações desse gênero possuem, em suas premissas, ao menos dois equívocos, que contaminam toda a sua conclusão: **(i)** primeiro, **erram ao presumir que o presente caso trata da declaração de nulidade de um registro, ou perda de um direito**; **(ii)** segundo, presumem, também equivocadamente, que a mera obtenção do registro de propriedade industrial implica, necessariamente e em todos os casos, a partir daquele momento, o exercício *regular* do direito; ou seja, **confunde-se, erroneamente, a *obtenção regular* do direito com o posterior *exercício regular* do direito**; presume-se, de modo equivocado, que a obtenção do registro de propriedade industrial dá ao titular o direito de exercer esse registro de forma irrestrita, independentemente desse exercício macular ou não outros direitos, e independentemente desse exercício ultrapassar os próprios fins constitucionais e legais que amparam a existência daquele direito de propriedade industrial.

181. Remeto-me, aqui, à discussão já travada na seção 3.3 deste Voto. **Não é objeto do presente caso questionar a validade da obtenção do registro dos desenhos industriais** junto ao INPI. Ao contrário, por ausência de evidências em contrário, a presente análise presumiu que a obtenção dos registros ocorreu conforme os procedimentos específicos previstos na Lei de Propriedade Industrial, como atestou o INPI (essa competência do INPI será abordada na próxima seção), de forma regular. Mais até do que isso, ante à ausência de evidências ou argumentos em sentido contrário, **a presente análise presumiu a legítima detenção do direito de propriedade industrial das Representadas, e o seu legítimo exercício diante de outras montadoras no mercado fim desse direito – o de venda de veículos**. Em suma, **não está se questionando a validade do registro, a detenção do direito, nem tampouco se aventando a sua nulidade ou expropriação.**

[120] P. 12 de parecer de fls. 3807/3825, juntado aos autos pela Fiat e pela Ford.
[121] P. 12 de parecer de fls. 3807/3825, juntado aos autos pela Fiat e pela Ford.

Fls. 3888

182. **O que o presente processo aventa, sim, é que, a partir do momento em que esse direito legítimo e validamente obtido passa a ser exercido diante dos FIAPs, sendo imposto no mercado de reposição, ele, por tudo quanto aqui exposto, passa a extrapolar os fins sócio-econômicos pré-estabelecidos pela própria norma que o institui e, por isso, passa a ser exercido abusiva e, portanto, ilicitamente.**

183. Como estabelecido na seção 3.3, a abusividade não está na detenção do direito de propriedade industrial legal e legitimamente obtido pelas Representadas, nem tampouco em seu exercício regular, por exemplo contra outras montadoras no mercado primário. Ao contrário, o exercício abusivo do direito pressupõe a existência e detenção legal e legítima do mesmo. O que forma o abuso é o exercício descompassado com os fins do direito em questão. É quando ultrapassa esse ponto (sendo imposto contra os FIAPs no mercado secundário de reposição das autopeças objeto deste feito) que o exercício do direito torna-se *irregular*, muito embora a obtenção desse direito tenha sido *regular*. Lembro, mais uma vez (seção 3.3), que os direitos de propriedade industrial têm como fim "**o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**" (art. 5º, XXIX[122] e Lei nº 9.279/96, art. 2º[123]). Essa é a razão de existir desse direito. Ao ultrapassar esse objetivo e, ao contrário, passar a macular esse objetivo, o exercício do direito de propriedade industrial reveste-se de abusividade, conforme demonstrado na seção 3.3 deste Voto.

184. Pois bem, utilizando as evidências obtidas por meio da análise econômico-concorrencial, presume-se que, ao obter os registros de desenho industrial em questão junto ao INPI, o exercício do direito de propriedade industrial, a princípio, enquadrava-se nos fins da Lei e da Constituição, sendo regular e legítimo. Também se presume que, ao exercer esses registros no mercado-fim desse direito, o de venda de veículos, diante de outras montadoras, as Representadas também estavam no exercício regular e legítimo de seus direitos de propriedade industrial, pois tal exercício era, a princípio, necessário para que se alcançasse os fins sócio-econômicos da Lei e da Constituição (inovação, diferenciação – enfim, interesses "sociais" e de "desenvolvimento tecnológico e econômico do País").

185. Contudo, a análise econômica levantou evidências contundentes de que, a **partir do momento que esses direitos de propriedade industrial passaram a ser exercidos diante dos FIAPs, no mercado de reposição, eles também passaram a deixar de atender ao "interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País", fim maior previsto pelas normas que embasam esses direitos**. Conforme se demonstrou, **o exercício dos registros de desenho industrial em questão contra os FIAPs não é justificado pela necessidade de designar o invento ao seu autor, de manter a competitividade de seus titulares, de recuperar investimentos e de inovação (tudo isso é alcançado independentemente). Não obstante, há sérios indícios de que esse modo de**

[122] "Art. 5º (...)
XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;"

[123] "Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: (...)"

Fls 3889

exercício do direito, diante dos FIAPs, causa danos substanciais à livre concorrência, aos consumidores e ao bem-estar da sociedade e da economia em geral. Trata-se de um resultado líquido para a coletividade extremamente negativo. Em se confirmando esse cenário, trata-se, claramente, de uma forma abusiva, e portanto ilícita, do exercício desses direitos de propriedade industrial.[124]

186. A **partir do momento que se reconhece a abusividade e a desproporcionalidade no exercício do direito de propriedade industrial, segundo os fins sociais que almeja, e ao mesmo tempo se conclui que esse exercício gera danos severos ao ambiente concorrencial, em prejuízo dos consumidores e do bem-estar econômico, também fica claro que o direito da concorrência é ofendido** (como dito, em ofensa ao art. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94[125]).

187. Diante disso, e enfatizando que a decisão preliminar aqui adotada está em compasso com as tendências de diversos julgados e propostas de normatização ao redor do mundo,[126] não sendo de modo algum novel no contexto mundial de debate sobre a relação

---

[124] J.P. Remédio Marques é enfático nesse sentido: "Mas **se a criação dos direitos de exclusivo corresponde, assim** – pelo menos no que concerne aos exclusivos industriais –, **à satisfação de um interesse público precipuamente dirigido ao estímulo do progresso tecnológico**, pois constitui um incentivo à divulgação de inovações tecnológicas que, doutro modo, seriam mantidas em regime de segredo, e cujo conteúdo informacional seria transaccionado – e, como salientámos, também propicia uma racionalização das transacções de bens intelectuais ocorridas no mercado concorrencial –, **é bem de ver que o uso ou o exercício destes direitos, à luz dos interesses egoísticos do titular, pode conduzir à prática de actos abusivos e anti-concorrenciais.**" (MARQUES, J.P. Remédio, op. cit., p. 310, grifamos). Vale citar, por outro lado, conclusão idêntica a que chegou a Suprema Corte dos EUA, no julgamento do caso *Graham v. John Deere Co.* Na ocasião, a Corte ressaltou que: "O Congresso, no exercício do poder de patente, não pode ultrapassar as restrições impostas pelo propósito constitucional estabelecido. Nem pode ele alargar o monopólio patentário sem se ater à inovação, ao avanço ou ao benefício social alcançado por esse meio." (383 US 1966, tradução livre). A respeito, ver: SOUZA, Daniel Adensohn de. A propriedade industrial e o direito concorrencial: a questão da proteção aos desenhos industriais no mercado de reposição. In: **Revista da ABPI**, n. 96, set/out 2008, p. 52-68.

[125] "Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...)
IV – exercer de forma abusiva posição dominante. (...)
Art. 21 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)
IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)"

[126] Por se tratar de um caso particular, não se utilizou na presente análise, como base direta e ponto de referência, outros casos e situações semelhantes à presente para se chegar às conclusões aqui expostas. Todavia, entendo relevante fazer algumas observações sobre julgados e normas (ou projetos) que oferecem subsídios importantes a este feito. Como já mencionado neste voto, o Parlamento Europeu, em 12.12.2007, aprovou em primeira leitura, com alterações, 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". Tal medida, como dito, teve por objeto justamente liberar a atuação de fabricantes independentes no mercado de reposição de autopeças com registro de desenho industrial das montadoras, medida essa idêntica à que se está cogitando no

CADE
Fls. 3890

entre direitos de propriedade industrial e antitruste, faz-se, de fato, necessária a instauração de Processo Administrativo em face das Representadas.

188. Em face dessa conclusão, cabe, então, analisar alguns dos argumentos das Representadas, que pretensamente afastariam a possibilidade de continuação do presente feito. Trata-se de alegações que questionam se o CADE seria competente para examinar e intervir na matéria, se seria a via de intervenção mais adequada, se, ao intervir, não estaria afrontando decisões judiciais anteriores e, finalmente, se de fato existe uma medida de intervenção possível, se assim for o caso. É o que se discutirá nas seções seguintes.

6. Da competência do CADE e da efetivação da eventual medida de intervenção

189. O presente caso envolve, sem dúvida, discussões a respeito das eventuais medidas de intervenção possíveis, caso confirmada uma decisão nesse sentido em sede de

---

presente feito. A análise da Comissão Européia e das Comissões do Parlamento Europeu chegaram a conclusões bastante parecidas com as constatações preliminares a que aqui se chegou, ou seja, que a concorrência no mercado em questão seria incrementada significativamente, em patente benefício dos consumidores e do desenvolvimento econômico, sem que prejuízos relevantes fossem causados às montadoras de veículos e aos incentivos a inovação nessa indústria. (A respeito do andamento dessa proposição, ainda pendente, segundo informado pelas Representadas, ver nota 71). Projeto de Lei com objeto similar (além de outros pontos distintos) também se encontra sob a análise do Congresso americano desde 2003, ainda não havendo, contudo, uma decisão legislativa definitiva a respeito (trata-se do *Motor Vehicle Owner's Right to Repair Act*, mencionado pela Representante à fl. 46 dos autos). Não obstante, a atuação dos FIAPs nos EUA parece ser intensa. Conforme informado pela Representante: "Nos Estados Unidos da América, foi formada a AAIA [*Automotive Aftermarket Industry Association*], com sede em Bethesda, Maryland. Seus mais de 8.000 membros e afiliados prestam serviços, manufaturam, distribuem e vendem peças de veículos automotores, acessórios, ferramentas, equipamentos, materiais e estoques. Por meio de sua sociedade, a AAIA representa mais de 100.000 (cem mil) oficinas de reparo, lojas de peças e pontos de distribuição." (fl. 37) Além dessas iniciativas legislativas, deve-se mencionar diversas decisões judiciais de Cortes européias que analisaram, em concreto, as mesmas ou semelhantes controvérsias que a aqui examinada (para uma explanação sumarizada de alguns desses casos, ver: THE EUROPEAN CAMPAIGN FOR THE FREEDOM OF THE AUTOMOTIVE PARTS AND REPAIR MARKET (ECAR). **Comments of ECAR on DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionay abuses**. 29th March 2006. No caso *BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik* (ECJ Case C-63/97, 1999), a montadora BMW promoveu ação contra uma revendedora independente de autopeças, a Deenik, em razão de anúncios publicitários dessa empresa nos quais oferecia seus serviços "especializados em BMWs", o que, segundo a montadora, violaria os direitos de propriedade industrial da BMW sobre sua marca. A Corte Européia de Justiça, contudo, julgou a ação improcedente, entendendo que a Deenik tinha o direito de usar a marca BMW pois, sem isso, a concorrência no mercado secundário de reparação poderia ser afetada substancialmente, já que os serviços de reparação de BMWs seria concentrado apenas nas mãos de concessionárias autorizadas pela montadora. No caso *Fiat v. ISAM* (N. 144/00, 2000, II Diritto Industriale, n. 4/2000), julgado pela *Corte di Cassazione* italiana, uma fabricante independente de autopeças de reposição, a ISAM, foi acionada pela Fiat por oferecer, no mercado, grades de radiador para veículos Fiat Uno. As peças eram idênticas às produzidas pela Fiat, e inclusive traziam a figura da marca Fiat colada à grade, já que a mesma fazia parte do desenho da peça original. A Corte italiana entendeu que a conduta da ISAM era legal, pois, do contrário, a venda de grades de radiador de fabricantes independentes no mercado secundário seria obstada, o que levaria a Fiat à posição de monopolista. Discussões semelhantes ao presente caso, embora não relativas ao mercado de automóveis ou autopeças de reposição, também foram citadas diversas vezes ao longo deste Voto e servem para embasá-lo (p. ex.: caso *Microsoft* – notas 35 e 51; e casos *Magill TV Guide/ITP* e *NDC Health/IMS Health* – nota 35).

CADE / MC 3891

Processo Administrativo. Tais discussões também perpassam por questões de competência levantadas nestes autos. Tal análise foi, propositadamente, deixada para o fim, haja vista que as análises empreendidas ao longo do Voto auxiliam significativamente a elucidação a respeito da competência do CADE para analisar esta controvérsia.

190. Cabe enfrentar ao menos dois argumentos referentes à questão da competência: (i) o primeiro diz respeito às atribuições do CADE *vis-à-vis* as atribuições do INPI para lidar com a presente matéria; e (ii) a segunda se relaciona à alegação das Requerentes, com a qual concordou a SDE, de que o SBDC não seria competente para apreciar questões concorrenciais relacionadas a registros de desenho industrial, em específico.

6.1 Da competência do CADE x INPI

191. Há, nos autos, manifestações das Representadas[127] no sentido de que a única autoridade competente para intervir, de qualquer modo, em direitos de propriedade industrial e no seu exercício, independentemente de seus efeitos, seria o INPI, órgão responsável por avaliar e conceder os pedidos de registro desses direitos, tais como patentes, desenhos industriais e marcas.

192. Inicialmente, cabe destacar que tal entendimento ignora por completo o tipo de análise empreendida pelo INPI ao aprovar o registro de um desenho industrial, por exemplo. Conforme se denota dos termos da Lei de Propriedade Industrial, o INPI valida o registro de um direito de propriedade industrial, no caso um desenho industrial, pautando-se pelos critérios estabelecidos, obviamente, na legislação de propriedade industrial. Segundo se denota dos arts. 95 e seguintes da Lei nº 9.279/96, que regulam os desenhos industriais, os requisitos legais lá estabelecidos para a concessão do registro dizem respeito à aferição de "forma ornamental", "visual novo", "original", aplicabilidade "industrial" e outros do gênero. São esses os tipos de requisitos examinados pelo INPI. Se presentes, o registro é concedido, se ausentes, é indeferido.

193. Sobre esses aspectos, em específico, o CADE não é competente para se imiscuir. De fato, o órgão, ao contrário do INPI, não tem essa expertise, assim como não há permissão legal nesse sentido. Não por outro motivo, não foram levadas em consideração na análise feita por este Voto alegações nos autos de que os registros de desenho industrial sobre as autopeças das montadoras seriam inválidos ou que não deveriam se aplicar às peças em questão porque os produtos não preencheriam os requisitos da Lei de Propriedade Industrial. Os pareceres juntados aos autos com esse propósito de análise simplesmente não foram considerados. Não cabe ao CADE analisar requisitos de novidade, originalidade, aplicabilidade industrial e outros contidos na Lei nº 9.279/96. Esse exame é feito pelo INPI e, como autoridade administrativa competente para tanto, se a decisão desse órgão for no sentido de que, **sob os aspectos da Lei de Propriedade Industrial**, os registros de desenho industrial das autopeças em questão são válidos, cabe ao CADE acatar esse entendimento.

[127] Ex: Fiat, fls. 3711/3712.

CADE Fls. 3892

194. Dito isso, porém, cabe destacar o ponto que foi ignorado pelas Representadas e, em certa medida, pela SDE, nos presentes autos. Trata-se do fato de não fazer parte da análise do INPI qualquer exame de abuso de poder econômico ou de efeitos econômico-concorrenciais nocivos eventualmente decorrentes dos direitos de propriedade industrial concedidos. O órgão, corretamente, não leva em consideração esses aspectos, simplesmente porque eles não estão entre os requisitos de concessão que devem ser por ele observados com base na Lei de Propriedade Industrial. Há, nestes autos, manifestação do próprio INPI confirmando não ser de sua competência analisar abusos de poder econômico decorrentes do exercício de direitos de propriedade industrial. *In verbis*:

> "No que se refere às questões de propriedade industrial, de competência do INPI, há reconhecimento por parte da ANFAPE de tais direitos, apesar daquela entidade alegar **abuso de poder econômico advindo do exercício desses direitos, questão essa de atribuição do** SDI[128] e **CADE.**" (grifamos)[129]

195. Uma parte significativa da argumentação das Representadas simplesmente ignora esse fato. As montadoras defendem que, uma vez obtido o registro junto ao INPI, estaria automaticamente validado o exercício daquele direito, de modo irrestrito, pois a análise dos efeitos daquele registro já teria sido feita pelo órgão supostamente "competente". Evidencia-se, contudo, que **o INPI não faz essa análise de abusividade**. Conforme repetido à exaustão neste Voto, a concessão legal e legítima do registro de propriedade industrial, mesmo com a chancela do INPI e da Lei de Propriedade Industrial, não impede que o direito regularmente obtido seja exercido de forma abusiva. E se não é de competência do INPI avaliar os eventuais efeitos abusivos dos registros de propriedade industrial sobre a ordem econômico-concorrencial, de quem é, então, essa competência?

196. Se seguida a lógica defendida pelas Representadas, essa competência simplesmente não seria de ninguém (pois dizem elas que essa competência é exclusiva do INPI; ao mesmo tempo, porém, acaba-se de evidenciar que o INPI não faz essa análise; conclui-se, logo, que ninguém faria essa análise; e isso não pode ser). Não resta a menor dúvida que **a competência para avaliar eventuais efeitos abusivos desses direitos sobre a ordem econômico-concorrencial é do CADE**, órgão legalmente responsável pela tutela de "prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico" (art. 1ª da Lei nº 8.884/94), e dotado de **vantagens institucionais** significativas, relativamente ao INPI, para

---

[128] Secretaria Especial de Desenvolvimento Industrial, órgão do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior com competências de política industrial. Presume-se, pela manifestação do INPI, que as atribuições da SDI para intervir nos casos de abuso de poder econômico decorrentes de direitos de propriedade industrial se dariam por meio de políticas públicas e/ou mesmo de proposições normativas destinadas a sanar esse eventual problema, sob uma ótica de benefícios de política industrial, diferentemente do CADE, que age em casos concretos, a fim de sanar os abusos de poder econômico advindos de direitos de propriedade industrial quando consubstanciem infrações à ordem econômica.

[129] Nota Técnica DIRTEC/CGREG/Nº 003/08 do INPI, encaminhada à SDE por meio do Ofício nº 116/2008 PR/INPI e juntada aos autos às fls. 2502/2504.

CADE
Fls 3893

examinar esse tipo de controvérsia.[130] Mais uma vez, conforme acaba de se demonstrar, o próprio INPI atesta, nestes autos, essa competência do CADE,[131] assim como a doutrina especializada.[132]

197. Como órgão da Administração Pública designado para a defesa do princípio constitucional e da legislação de concorrência,[133] é de plena competência do CADE analisar eventuais infrações ao ambiente concorrencial, ainda que tais infrações decorram do exercício de direitos de propriedade industrial. Tal prerrogativa fica clara diante da ausência de qualquer previsão legal expressa em sentido contrário, de dispositivos da Lei nº 8.884/94 (que permitem ao CADE recomendar o licenciamento compulsório de patentes, por exemplo)[134] e das inúmeras decisões do órgão envolvendo direitos de propriedade industrial[135].

198. Note-se, a esse respeito, que o próprio art. 68 da Lei de Propriedade Industrial[136], que prevê a possibilidade de licenciamento compulsório de patente no caso do titular "exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar

---

[130] O INPI, em razão das competências legais que lhe são próprias, não possui, evidentemente, o aparato técnico para examinar questões relativas a abusos de poder econômico e efeitos de condutas sobre a ordem concorrencial e os consumidores. Essa não é sua função legal e, por isso, tais análises não fazem parte de seu dia a dia. O CADE, por outro lado, é legal e institucionalmente dotado dos técnicos e dos instrumentos para proceder a esse tipo de investigação. Todos os anos o colegiado que forma o CADE estuda e leva a julgamento centenas de atos de concentração entre empresas, assim como processos de investigação de infrações à ordem econômica. O trabalho primordial e diário do CADE é, justamente, avaliar o impacto de condutas empresariais e comerciais sobre a ordem econômica, a concorrência e os consumidores, nos mais diversos mercados (incluindo aqueles relacionados à indústria automotiva e suas ramificações). Os estudos elaborados no âmbito do CADE, sua jurisprudência, seu corpo técnico, sua Procuradoria-Geral (órgão de assessoramento jurídico do Conselho), seu Departamento de Estudos Econômicos (órgãos de assessoramento econômico do Conselho) etc são todos voltados a esse fim. No âmbito do estado brasileiro, não há outras *instituições* com esse perfil.

[131] "No que se refere às questões de propriedade industrial, de competência do INPI, há reconhecimento por parte da ANFAPE de tais direitos, apesar daquela entidade alegar **abuso de poder econômico advindo do exercício desses direitos, questão essa de atribuição do** SDI e **CADE.**" (Nota Técnica DIRTEC/CGREG/Nº 003/08 do INPI, encaminhada à SDE por meio do Ofício nº 116/2008 PR/INPI e juntada aos autos às fls. 2502/2504).

[132] Ver nota n. 137, a seguir.

[133] Conforme o art. 1º da Lei nº 8.884/94:

"Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei."

[134] "Art. 24. Sem prejuízo da 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."

[135] Por exemplo: AP nº 08012.0057/2006-50, AP nº 08012.001315/2007-21, PA nº 08012.008659/1998-09, AP nº 08012.002034/2005-24, AP nº 08012.004570/2000-50.

[136] "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."

3894

abuso de poder econômico", determina que tal abuso deve ser comprovado "por decisão *administrativa* ou judicial". Ao mesmo tempo, o art. 24, IV, "a", da Lei nº 8.884/94, permite ao CADE, por meio de decisão *administrativa*, recomendar o licenciamento compulsório de patente, exercendo sua competência para examinar abusos de poder econômico.[137]

199. Como aqui relatado, é certo que o presente caso não trata de patentes, e sim de desenhos industriais, assim como é certo que, como será verá na subseção 6.3, a solução para a presente controvérsia não necessariamente contempla o licenciamento compulsório do direito. Isso, contudo, não ilide o fato de que tanto a Lei de Propriedade Industrial quanto a Lei de Defesa da Concorrência (ao não prever exceções e conter previsões expressas nesse sentido) quiseram dar ao CADE a competência para avaliar abusos de poder econômico decorrentes de direito de propriedade industrial. Mais ainda, não se ilide o fato de que, se o CADE não for considerado a autoridade competente para tanto, ninguém será, e tal vácuo não se pode permitir, por tudo quanto exposto ao longo deste Voto, que demonstrou os eventuais efeitos nocivos do exercício abusivo dos direitos de propriedade industrial.

200. Desse modo, tem-se, em conclusão inequívoca, que a aferição de eventuais abusos no exercício de direitos de propriedade industrial, com reflexos sobre a ordem econômico-concorrencial, é de competência do CADE. Tal competência, como exposto ao longo da análise, pode se dar tanto em casos de efeitos anticompetitivos advindos de abusos no direito em si quanto de fraudes ou abusos no procedimento de registro (vale ressalvar que, no caso de fraudes ou abusos relacionados ao procedimento de registro, muito provavelmente a análise do CADE precisará averiguar e se imiscuir, mais profundamente, em questões atinentes à obtenção do registro, e não somente ao seu exercício).[138]

201. Verifica-se que as decisões judiciais juntadas aos presentes autos (fls. 1959 e ss.), que reconheceram a validade dos registros de desenho industrial das montadoras, foram levadas a erro pelos argumentos das Representadas justamente a respeito dessa

[137] Reconhecendo a competência do CADE para promover essa análise, Sbrissa e Dantas Filho assim afirmam: "Desta forma, embora diga o art. 73 ,§ 7º, do CPI: 'Instruído o processo, o INPI decidirá sobre sua concessão e condições da licença compulsória', **a inserção desta hipótese no controle assegurado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE é, atualmente, o melhor meio de trazer um ambiente estável àqueles que dependem das patentes e ao mercado brasileiro.** (...) os abusos não são incomuns no mundo capitalista, por isso a especialização e a certa autonomia adquiridas pelo CADE parecem ser essenciais para que a autarquia federal afaste as ingerências políticas." (SBRISSA, Leandro Benedetti; DANTAS FILHO, Ivan Arantes Junqueira. Considerações sobre o licenciamento compulsório de patentes: enfoque sobre a licença compulsória por necessidade pública. **Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Malheiros, n. 145, Ano XLVI, jan-mar/2007, p. 132. Ver, no mesmo sentido, DIAS, José Carlos Vaz. Licença compulsória de patentes e o direito antitruste. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 8, n. 4, 2001, p. 135-150.

[138] Vale frisar que o CADE já se manifestou nesse sentido, como, por exemplo, nos autos da AP nº 08012.005727/2006-50 (Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos): "Assim, independente dos efeitos que a obtenção dos registros possa provocar sobre a concorrência, uma vez que estão respaldados pela chancela da instância administrativa responsável, não cabe ao CADE entrar no mérito da legitimidade de sua concessão. O entendimento seria diverso se realmente os registros tivessem sido obtidos de forma abusiva, se valendo do procedimento célere (e eficiente) com ausência de exame de mérito pela entidade competente."

CADE/AL Fls 3895

diferença de competências entre o CADE e o INPI. A análise do Judiciário nesses casos pautou-se pelo entendimento, erroneamente apresentado pelas Representadas (ou ao menos não propriamente esclarecido), de que a análise do INPI abarcaria o exame de absolutamente todos os efeitos possíveis advindos dos registros de propriedade industrial concedidos. E isso, como se demonstrou ao longo do Voto, não é verdade.

202. A leitura das decisões judiciais evidencia que – muito provavelmente por não terem tido acesso ao amplo levantamento de dados, inclusive de cunho econômico, feito nestes autos à pena de longo período de análise e coleta de informações de sorte não apenas jurídica (trabalho esse compreensivamente difícil no âmbito do Judiciário) – tais decisões não empreenderam a análise de abusividade dos registros de desenho industrial em questão sob o ponto de vista de efeitos sobre a ordem econômico-concorrencial.[139]

6.2 Da competência do CADE para intervir em condutas anticompetitivas decorrentes de desenhos industriais

203. Ainda no que se refere às discussões sobre competência, alegaram as Representadas, e com elas concordou a SDE, que o SBDC não seria competente para apreciar questões concorrenciais relacionadas, especificamente, a registros de desenho industrial. Tal entendimento partiu do raciocínio de que os arts. 68[140] e seguintes da Lei de Propriedade Industrial prevêem – no caso de abuso do direito patentário, abuso de poder econômico ou em outras situações legalmente estabelecidas – a possibilidade de licenciamento compulsório do registro de *patente*. Não haveria, na Lei, contudo, previsão expressa para o licenciamento compulsório de registros de *desenho industrial*. Segundo a SDE, "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" (fl. 50 de seu parecer).

204. Ainda segundo o entendimento acatado pela SDE, o próprio artigo 24 da Lei nº 8.884/94, em seu inciso IV,[141] prevê que o CADE, em caso de decisão condenatória, poderá recomendar à autoridade competente que "seja concedida licença compulsória de *patentes* de titularidade do infrator". Mais uma vez, a Lei não faria menção expressa ao licenciamento de *desenhos industriais*. Uma vez que o presente caso trata de *desenhos industriais*, e não de *patentes*, seria o SBDC, segundo foi defendido, incompetente para determinar o licenciamento de registros de desenhos industriais.

---

[139] Verifica-se que grande parte das decisões juntadas às fls. 1959 e seguintes dos autos sequer mencionam o princípio da livre concorrência e que, quando o fazem, não o adentram de modo profundo.

[140] "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."

[141] "Art. 24. Sem prejuízo da 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."

CADE Fls. 3896

205. Tal entendimento, por implicar graves conseqüências, deve ser visto com muito cuidado. Cabe enfatizar, primeiramente, que **não há imunidade antitruste para registros de desenho industrial**. O presente caso é um exemplo direto de como o exercício de registros de desenho industriais pode gerar efeitos anticompetitivos severos, independentemente de serem *meramente* uma "forma plástica ornamental". E, em sendo gerados esses efeitos, deverá a autoridade antitruste permanecer inerte, não sendo sequer competente para investigar a conduta? **Obviamente, não**. Isso afrontaria diretamente a Lei nº 8.884/94, que em momento algum cria uma exceção para desenhos industriais e que, pelo contrário, aplica-se a todas as formas de violação à ordem econômica, assim como afrontaria as normas constitucionais que protegem a livre concorrência e os consumidores e condenam o abuso de poder econômico (art. 170 e 173, § 4º).

206. Interessante notar que as próprias Representadas (Ford e Fiat) juntaram aos autos parecer (fls. 3807/3825) que, embora no mérito discorde da tese aqui sustentada, afirma categoricamente que, apesar de não haver previsão legal para a licença compulsória de desenhos industriais, "os direitos decorrentes do registro de *desenho industrial*, como qualquer situação de poder no mercado, podem gerar abusos que devem ser coibidos pelo *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)*".

207. As peças de reposição, segundo consta dos autos, movimentam, no Brasil, um mercado de R$ 46 bilhões,[142] havendo milhares de consumidores proprietários de veículos, que adquirem autopeças com registro de desenho industrial todos os dias. É totalmente descabido imaginar que esses consumidores estarão desamparados, caso ocorram abusos relacionados a esse mercado.

208. Como visto neste Voto, por todas as razões já expostas, e conforme fazem as agências antitruste de todo o mundo, pode e deve o CADE intervir em casos desse tipo, caso necessário, conforme reconheceram nos presentes autos a ProCADE e o MPF. A título de exemplo, basta mencionar que comumente o CADE intervém em outros direitos de propriedade industrial sobre os quais não recai o instituto da licença compulsória, como, por exemplo, quando determina a alienação de marcas em atos de concentração.[143]

209. O fato de não haver previsão legal, na Lei de Propriedade Industrial, para o licenciamento compulsório de registros de desenho industrial, não significa que, em se fazendo necessário, o CADE não possa, de algum modo, intervir no sentido de obstar abusos resultantes desses registros. Pelo contrário, esse é o seu dever legal. É o que ocorre, possivelmente, no presente caso, ainda mais porque **não se faz necessário, na prática, determinar o licenciamento compulsório dos registros de desenho industrial das montadoras sobre as peças de reposição em questão**, o que por si só também já afastaria as alegações de incompetência recém descritas. A eventual intervenção pode, se for o caso, se dar por outros meios, sendo o CADE legalmente habilitado para adotar diferentes providências de intervenção, conforme demande o caso, nos termos dos arts. 23 e 24, V, da Lei nº 8.884/94.

---

[142] Conforme Representação (fls. 01/21) e documentos anexos.
[143] Por exemplo: AC nº 08012.001383/2007-91 (Requerentes: Recofarma e Leão Júnior).

CADE
Fls. 3897

6.3 Da possível medida de intervenção

6.3.1 Das providências necessárias para a eliminação dos eventuais efeitos nocivos à concorrência (e da desnecessidade de licenciamento compulsório)

210. A eventual medida de intervenção a ser adotada ao final do processo administrativo, se assim for o caso, não contempla, necessariamente, o licenciamento compulsório dos registros de desenho industrial das Representadas (estão equivocadas, portanto, as alegações das montadoras de que a intervenção do CADE "equivaleria ao licenciamento compulsório de tais peças"[144], e portanto a linha de defesa que decorre de tal argumentação). Pelo contrário, **é perfeitamente possível que esses registros permaneçam vigentes entre as montadoras de automóveis, atuantes no mercado primário de fabricação de veículos. Toda a discussão empreendida ao longo deste voto, conforme já aqui reiterado, aplica-se apenas e tão somente à hipótese de não imposição dos registros em questão aos FIAPs**. A discussão seria completamente diferente caso se estivesse cogitando não impor os direitos de propriedade industrial das montadoras a outras montadoras.

211. Cabe lembrar que, nos termos dos arts. 23 e 24 da Lei nº 8.884/94,[145] a prática de infração à ordem econômica sujeita os responsáveis a penas de multa (art. 23),

---

[144] Fiat, fl. 3711.

[145] "Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:
I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;
II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinqüenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.
III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.
Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.
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:
I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;
II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;
III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica."

CADE / MJ Fls. 3898

sem prejuízo de outras medidas, quando "assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral" (art. 24). Dentre tais medidas encontra-se, como dito, a possibilidade que o CADE recomende o licenciamento compulsório de patentes[146] (pena essa não necessariamente aplicável à hipótese). Encontram-se, também, por outro lado, as medidas previstas no inciso V do art. 24, quais sejam: "a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, **ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica**".

212. No caso, em se instaurando um Processo Administrativo, e em se reconhecendo o ilícito antitruste, **a providência necessária para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica é, além da aplicar a eventual multa cabível, determinar às montadoras a não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial em questão**, nos termos dos arts. 23 e 24, V, da Lei de Defesa da Concorrência. **A imposição dos registros a outras montadoras fabricantes de veículos pode perfeitamente ser mantida.**

213. Vale mencionar que a Posição do Parlamento Europeu sobre a Proposta que altera a Directiva 98/71/CE tomou esse cuidado, prevendo expressamente que, caso o objetivo da comercialização da peça seja outro que não a reparação do produto principal, a imposição do registro de desenho industrial permanece valendo.[147] O mesmo deve ocorrer no caso de uma decisão do CADE nesse sentido.

214. Diante disso, cabe aqui menção a um argumento bastante enfatizado pelas Representadas nos autos. Trata-se da alegada impossibilidade de se sustentar que um direito de propriedade industrial validamente concedido se aplique somente sobre um determinado mercado relevante. A noção de "mercado relevante" seria uma construção do direito da concorrência e os registros de propriedade industrial concedidos com base na Lei específica que os regula possuiriam eficácia *erga omnes*, aplicando-se contra quaisquer terceiros, em quaisquer mercados. Desse modo, não poderia o CADE, segundo defendido pelas Representadas, fazer uma interpretação normativa que entendesse que os registros de desenho industrial só se aplicariam diante dos concorrentes atuantes no mercado primário de fabricação de veículos, e que não seriam oponíveis diante dos concorrentes atuantes no mercado secundário de reposição de peças.

---

[146] Art. 24, inciso IV, alínea "a".

[147] "1. Não existe protecção a título de desenho ou modelo para os desenhos ou modelos incorporados num produto ou aplicados ao mesmo que constituam componentes de produtos complexos e que sejam utilizados, na acepção do n.º 1 do artigo 12.º, apenas para efeitos de reparação destes produtos complexos de modo a lhes restituir a aparência original. **Esta disposição não é aplicável caso o objectivo primário da comercialização do componente referido seja diferente da reparação do produto complexo.**
(...) 3. O n.º 1 aplica-se somente apenas aos componentes visíveis disponíveis no mercado secundário depois de o produto complexo ter sido colocado no mercado primário pelo titular do direito sobre o desenho ou modelo ou com a autorização deste." (Posição do Parlamento Europeu relativamente à Proposta que altera a Directiva 98/71/CE, aprovada em primeira leitura em 12.12.2007, p. 2-3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0609+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 28.07.2010).

CADE / MJ
Fls. 3899

215. Tal raciocínio das Representadas pode perfeitamente ser correto, mas é irrelevante para o presente caso. **Está se confundindo a fundamentação com a providência necessária para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica. O CADE não está, de modo algum, declarando que, em decorrência de uma interpretação legal, deve-se entender que direitos de propriedade industrial não são oponíveis em mercados relevantes que ultrapassem o mercado definido em determinado caso.**

216. Uma decisão do CADE que eventualmente determine que os registros de desenho industrial das Representadas sobre as peças em questão não sejam impostos aos FIAPs será simplesmente **a providência adequada e necessária para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica**, conforme determina o art. 24, V, da Lei. Essa é a possível *medida de intervenção,* além de possível sanção de multa, a ser adotada no sentido de sanar os problemas concorrenciais identificados. **Tal medida não decorre de uma interpretação de que direitos de propriedade industrial só têm eficácia em um ou outro mercado.** Não está se adentrando nesse mérito. Os *fundamentos* utilizados para justificar essa eventual intervenção são outros (todos os expostos ao longo deste voto). **A não oponibilidade dos registros sobre os agentes atuantes no mercado de reposição de peças é meramente o ato necessário para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica.**[148]

217. Dito isso, e ressaltando-se que, pelo exposto neste voto, a adoção de uma medida por meio de decisão administrativa, no âmbito da competência do CADE, é totalmente viável e legal, cabe tecer alguns breves comentários sobre outros caminhos de intervenção e, em especial, ressaltar que tal eventualidade de modo algum afasta a possibilidade (e conveniência) de uma intervenção pelo CADE, se assim for o caso. Especificamente, tais caminhos eventuais dizem respeito à atuação do Poder Judiciário em controvérsias semelhantes e à possível atuação do Poder Legislativo.

6.3.2 Da interação com o Poder Judiciário

218. No que se refere às decisões judiciais noticiadas nos presentes autos, desfavoráveis a alguns FIAPs que buscaram se defender da imposição dos registros de desenho industrial das Representadas sobre si, a presente decisão do CADE (ou uma decisão futura nesse sentido em sede de processo administrativo), de modo algum fere qualquer decisão judicial ou "a coisa julgada", como defenderam as Representadas.[149]

---

[148] Como exemplo de um caso com discussão semelhante, no qual também não se contemplou o licenciamento compulsório, tem-se o **caso Microsoft**, no qual a Corte de Primeira Instância européia confirmou a decisão da Comissão, no sentido de condenar a empresa por abuso de posição dominante, em razão de se recusar a fornecer a seus concorrentes informações confidenciais que possibilitariam a interoperabilidade entre softwares de seus rivais e o sistema operacional da Microsoft, **a solução adotada não foi o licenciamento compulsório do direito de propriedade intelectual da Microsoft**, mas tão somente a abertura das informações que possibilitariam a interoperabilidade. (A respeito: OECD, op. cit., p. 161).

[149] Na p. 17 de parecer de fls. 3807/3825 juntado aos autos pela Fiat e pela Ford, defende-se que:
"Hipotética decisão do CADE que considerasse abusivas as condutas irrogadas às montadoras, acaso julgadas procedentes as demandas por elas propostas a fim de coibir a utilização e a comercialização no mercado

CADE / MJ
Fls. 3900

219. Em primeiro lugar, o CADE, conforme aqui demonstrado, é órgão da Administração Pública competente para analisar a presente controvérsia. Dito isso, tem-se, outrossim, que as referidas decisões judiciais jamais tiveram por objeto uma decisão do CADE a respeito dessa matéria, nem tampouco o CADE integrou o seu pólo passivo. Não há, portanto, qualquer ordem judicial dirigida ao CADE, de modo que é impossível que este órgão esteja afrontando alguma decisão do Judiciário.[150]

220. Por completa falta de fundamento legal, não se pode de modo algum admitir que a decisão do CADE no presente processo esteja vinculada a um entendimento judicial *in concreto* (não se trata, por exemplo, de uma decisão em abstrato do Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*), tomado em sede de uma ação específica, envolvendo partes específicas, dentre as quais não está este Conselho, e que não se identificam com as partes do presente procedimento (os FIAPs, e mesmo a Representante ANFAPE, não são *partes* no presente procedimento). Obviamente, a jurisprudência dos Tribunais pode ser utilizada como fonte de embasamento do CADE em suas decisões (sobre os mais diversos assuntos). Isso, contudo, de maneira alguma significa admitir que, se em sede de uma ação qualquer, o Judiciário interpretar de certo modo determinada tese, o CADE está legalmente compelido a segui-lo, mesmo que a decisão não seja dirigida à autoridade administrativa nem a tenha no pólo passivo. Vale lembrar que, a não ser nas hipóteses concretas objeto de súmula vinculante, nem mesmo os próprios agentes do Judiciário estão vinculados às decisões tomadas por instâncias superiores, sendo livres para decidir de acordo com sua convicção.

221. Por óbvio, uma eventual decisão do CADE nestes autos desfavorável às Representadas poderia, certamente, ser por elas submetida à revisão do Poder Judiciário e eventualmente ser cassada, legitimamente, em sede judicial, se for o caso. Até lá, contudo, o CADE é autoridade da Administração Pública livre e competente para fixar entendimento próprio e, nos termos da lei, julgar as controvérsias que lhe são submetidas, não havendo qualquer previsão legal que o obrigue a acompanhar e seguir, de antemão, todo e qualquer entendimento judicial que sequer teve o órgão no pólo passivo.

---

secundário de desenho industrial coberto pelo registro de que são titulares, **afrontaria a coisa julgada e seria nula**. Raia pela obviedade, com efeito, que – reconhecida pelo poder Judiciário a ilicitude dos atos praticados por um específico produtor independente de autopeça e, de outro lado, afirmado o exercício regular do direito de propriedade pela montadora – jamais poderia o CADE, pelo menos nos limites da relação jurídica entre as partes do processo decidido, declarar abusiva a mesma conduta objeto da lide."

[150] A respeito da alegação de violação à coisa julgada, e apenas a título de agregação aos argumentos principais que nesta subseção está a se colocar, também é importante lembrar que uma eventual decisão do CADE desfavorável às Representadas teria como escopo a conduta das Representadas sobre os agentes atuantes no mercado de modo geral. Não estaria o CADE estabelecendo às Representadas uma obrigação de dar, fazer ou não fazer contra um FIAP nominado e específico. Em razão disso, essa eventual decisão do CADE não estaria contra-ordenando as decisões judiciais específicas já tomadas em desfavor de tal ou tal FIAP em uma ou outra ação específica. Conforme afirmado no próprio parecer juntado pelas Representadas (fls. 3807/3825), ainda que, *ad argumentandum*, se reconhecesse que o CADE não poderia "declarar abusiva a mesma conduta objeto" de uma lide em específico, tal impossibilidade, *ad argumentandum*, e no limite, se daria apenas e tão somente "nos limites da relação jurídica entre as partes do processo decidido", e não em relação a todos os agentes atuantes no mercado.

CADE / MJ Fls. 3901

222. A título adicional, frise-se que, mesmo no âmbito judicial, ações individuais (como as que foram noticiadas nos autos) não obstam o processamento de ações de cunho difuso ou coletivo. Assim, uma decisão do CADE, que possui caráter preponderantemente difuso (mais uma vez, não há FIAPs individuais integrando este feito como partes), independe das lides judiciais individuais anteriores aqui relatadas.

223. É importante frisar, por oportuno, que apesar das decisões judiciais mencionadas nestes autos, não é de modo algum evidente que o entendimento manifestado nessas decisões já seja algo jurisprudencialmente sedimentado e inalterável. Pelo contrário, trata-se de discussão de conteúdo recente (até porque, até poucos anos atrás, a atuação dos FIAPs não era judicialmente contestada pelas Representadas, como dito anteriormente, assim como não é, hoje, contestada por outras montadoras concorrentes, ao que se saiba). Diante disso, uma decisão do CADE nos presentes autos, muito ao contrário de significar uma "afronta" ao Judiciário, poderia ser de extrema valia, de diversas maneiras.

224. No caso de uma eventual decisão do CADE favorável às Representadas (em sede de processo administrativo), teriam as montadoras ainda mais embasamento para defenderem seus registros de desenho industrial. Uma decisão do CADE contrária, por outro lado, poderia fornecer ao Judiciário diversas fontes de dados, informações e argumentos. Como dito na seção 6.1, a leitura das decisões judiciais juntadas aos autos (fls. 1959 e ss.) evidencia que o Poder Judiciário, compreensivamente (já que, institucionalmente, não é alimentado com a coleta de dados mercadológicos que o CADE, também institucionalmente, possui), não teve acesso ao amplo levantamento de dados, inclusive de cunho econômico, feito nestes autos após extenso período de análise e coleta de informações de sorte não apenas jurídica. Essa análise do CADE poderia ser útil tanto para o julgamento das ações que eventualmente não tenham transitado em julgado quanto para eventuais novas ações, individuais ou coletivas/difusas (tendo em conta, como dito, que as decisões judiciais não são obrigadas, em regra, a se vincular às anteriores).[151]

225. Estabelecida, assim, a patente possibilidade de o CADE se pronunciar, em concreto, sobre a controvérsia objeto deste feito, independentemente das decisões judiciais pretéritas mencionadas nestes autos, cabe, não obstante, frisar mais um ponto relevante a esse respeito. A presente Averiguação Preliminar foi, nos termos da lei, instaurada pela SDE, muito embora tenha se originado de representação da ANFAPE (que não é *parte* neste procedimento, mas sim mera denunciante), em razão de conter indícios mínimos suficientes de uma conduta anticompetitiva, que justificavam uma investigação. O papel da SDE, e o presente papel do CADE, é, assim, verificar se a infração à ordem econômica aventada, qual seja, abuso de posição dominante com vistas a dificultar ou impedir a atuação de concorrentes (art. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V), ocorreu ou não e, caso sim, tomar as sanções e medidas de intervenção cabíveis para cessá-la, conforme lhe comanda a Lei. A isso se atém o CADE, precipuamente, no julgamento dos feitos que lhe cabem.

[151] Sem falar, ainda, em outras eventuais possibilidades, como, por exemplo, ações rescisórias, se for o caso (não está, aqui, se fazendo esse julgamento).

CADE/MJ Fls. 3902

226. Condutas anticompetitivas ilegais podem ser concretizadas por diversos meios. Alguns meios constituem uma ação *negativa* (ou uma inação, por assim dizer). É o caso, por exemplo, de um fornecedor monopolista que se *recusa* a firmar um contrato de fornecimento com determinados concorrentes *downstream*, causando sua exclusão do mercado.[152] Outras práticas demandam uma ação *positiva* e, portanto, necessitam efetivamente de um meio físico ou jurídico para se concretizarem. O *açambarcamento* de mercadorias com o fim de privar concorrentes de um insumo essencial, por exemplo, requer que o praticante da conduta de algum modo retire aquele produto do mercado; por outro lado, uma *discriminação* de preços praticada por um fornecedor com relação a diferentes empresas compradoras é efetivada, juridicamente, por meio, por exemplo, de um contrato de compra e venda (no caso, dois contratos, um firmado com cada comprador); semelhantemente, uma venda casada de produtos também se concretiza por meio de um contrato (entre o vendedor e o comprador). Todos esses exemplos foram dados a fim de demonstrar que os meios utilizados para se efetivar uma conduta anticompetitiva ilegal são muitos e variados e, ainda que sejam meios corriqueiros e legalmente previstos (como é o caso de um contrato de compra e venda), não eliminam a ilicitude da conduta.

227. O mesmo vale para o presente caso. A fim de impor os seus registros de desenho industrial em face dos FIAPs, conduta essa supostamente abusiva e caracterizadora de infração à ordem econômica, as Representadas valeram-se dos meios mais obviamente disponíveis para se impor interesses: medidas judiciais (ações) e medidas extrajudiciais (no caso, notificações)[153]. O fato de o Judiciário ter sido o meio utilizado para parte da consecução da conduta anticompetitiva, porém, não a reveste automaticamente de licitude, muito embora o direito de ação e o acesso ao Judiciário sejam instrumentos jurídicos legalmente previstos, assim como também são as notificações extrajudiciais (e os contratos de compra e venda e outros). Tal como em outros casos, o CADE, aqui, está a se ater, em especial e precipuamente, à licitude ou ilicitude da conduta em si (no caso, impor registros de desenho industrial sobre FIAPs, o que consubstanciaria abuso de posição dominante com fins exclusionários), e não ao meio pelo qual ela foi perpetrada (pois, como dito, a legalidade do meio não implica a legalidade da conduta).[154]

---

[152] Preenchidas diversas condições, cujo aprofundamento aqui não se faz necessário ou útil, essa recusa de contratar hipotética poderia constituir uma infração à ordem econômica, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

[153] P. ex.: (i) fls. 73/79 (Resposta da Centauro Indústria e Comércio Ltda. à notificação extrajudicial da Fiat Automóveis S.A.); (ii) fls. 80/92 (Notificação extrajudicial da Fiat Automóveis S.A. à Centauro Indústria e Comércio Ltda.); (iii) fls. 93/96 (Notificação extrajudicial da Fiat Automóveis S.A. à Alvorada Peças e Acessórios Ltda.); (iv) fls. 123/126 (Notificação extrajudicial de Washington Botella Estoyanoff à Auto Trend Peças e Acessórios Ltda.).

[154] Por óbvio, o reconhecimento da ilicitude de uma conduta anticompetitiva que tenha sido concretizada por meio de uma ação (e posterior decisão) judicial, implica admitir ao menos uma das seguintes premissas: (i) ou a decisão judicial foi tomada com base em fatos e declarações fraudulentas ou enganosas; ou (ii) a decisão judicial, muito simplesmente, foi equivocada. A tese (i) será discutida adiante, na seção 7, quando se tratar da conduta de *sham litigation* (abuso do direito de ação com fins anticoncorrenciais) debatida nestes autos (cabendo frisar, desde já, que será afastada). Mesmo que se verifique a tese (ii), porém, ou seja, mesmo que se conclua, com a devida vênia, que as ações judiciais relatadas nestes autos, no entender do CADE, simplesmente se equivocaram em suas conclusões (por não terem tido acesso aos extensos dados de mercado,

CADE / MJ
Fls. 3903

228. Finalmente, e tão-somente a título de argumentação, vale lembrar que o *meio* judicial não foi o único utilizado pelas Representadas para perpetrar a suposta conduta anticompetitiva. A mesma também foi concretizada, conforme enfatizado, por meio de notificações *extrajudiciais*, que não passaram pelo crivo do Judiciário.

229. Dito isso, passar-se-á ao exame das possibilidades de medidas legislativas de intervenção, e sua relação (ou não relação) com a atuação do CADE.

6.3.3 Da interação com o Poder Legislativo

230. Alega-se, nos autos,[155] que o fórum mais adequado para se discutir e implementar a aplicação dos desenhos industriais em questão seria o âmbito legislativo, ou seja, defende-se que eventuais entendimentos sobre o exercício dos direitos de propriedade industrial sobre autopeças de reposição deveria ser fixado em lei, se for o caso.

231. A esse respeito, nada impede, obviamente, que o Poder Legislativo regule esse tema. Sem dúvida, uma medida legislativa que, por exemplo, consolidasse a abertura do mercado em questão aos FIAPs seria uma opção plenamente possível, pacificando a matéria e trazendo segurança jurídica aos agentes envolvidos. Mais até, a edição de normas, pelo próprio Poder Público, fixando parâmetros mínimos de segurança das peças, aplicáveis a todos os agentes do mercado, e prevendo eventuais meios de fiscalização uniformes, também aplicáveis tanto a montadoras quanto a fabricantes independentes, possivelmente seria benéfica ao consumidor e à própria concorrência.

232. Na Europa, a proposta de adoção de uma possível medida legislativa (a já mencionada Proposta que visou alterar a Directiva 98/71/CE) foi escolhida como uma boa opção pois, no continente europeu, coexistiam, de um lado, legislações nacionais que protegem os registros de autopeças das montadoras, e de outro, legislações nacionais que não protegem,[156] o que não ocorre no Brasil. Assim, apesar das Representadas defenderem

---

análises econômicas e argumentos concorrenciais aqui contidos, por exemplo), isso de modo algum impede ou invalida a decisão do CADE a ser exarada no presente feito, nem tampouco a sua utilidade, por tudo quanto exposto ao longo desta subseção.

[155] Ex: Fiat, fl. 3715;

[156] Mais especificamente, na época da Proposta de alteração, a situação era a seguinte, segundo a Exposição de Motivos: "A Alemanha, Áustria, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Finlândia, França, Lituânia, Malta, Polónia, Portugal, República Checa e Suécia conferem ainda protecção eficaz às peças sobressalentes. Na Bélgica, Espanha, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos e Reino Unido vigora uma regra de reparação, que permite a protecção de desenhos ou modelos de novos produtos, mas abre a possibilidade de utilizar peças alternativas para reparações e substituições no mercado de pós-venda. Na Grécia vigora uma regra de reparação combinada com um prazo de protecção de cinco anos e uma remuneração equitativa e razoável. Este sistema de remunerações ainda não foi posto em prática." (fl. 447) Assim, a normatização, por Lei, da abertura do mercado de reposição aos fabricantes independentes, opção proposta para a Europa, surgiu também como uma medida de unificar e homogeneizar o tratamento da matéria de modo igualitário em todos os Estados-Membros. Segundo a Exposição de Motivos da Proposta: "A situação atual, em que coexistem regimes diferentes ou mesmo antagônicos de protecção de desenhos ou modelos de peças sobressalentes – nove Estados-Membros liberalizaram o mercado e 16 estenderam a

CADE
Fls. 3904

um caminho legislativo para a presente controvérsia, o fato é que, no caso da Europa, a necessidade de uniformização foi determinante para se decidir por um caminho legislativo. Esse fator, porém, não subsiste no Brasil.

233. Claramente, não é de modo algum *necessário* que uma eventual intervenção seja feita apenas por meio de alterações legislativas. Embora certamente envolva discussões jurídicas não triviais, não há dúvida de que a presente controvérsia pode ser dirimida, como visto ao longo de toda essa análise, simplesmente por meio da aplicação, ao caso concreto, de normas já existentes.

234. Pode-se pensar em diversas situações nas quais a fixação de um entendimento legislativo daria maior segurança jurídica e poria fim às controvérsias. Isso, porém, não é motivo para afastar a atuação *in concreto* do Poder Judiciário e de tribunais administrativos, no âmbito de sua competência, como é o caso do CADE. Mesmo países que procuraram optar, posteriormente, por uma tentativa de solução legislativa para a matéria em comento, não se furtaram de analisar a controvérsia, antes disso, por outros meios.[157] A necessidade de intervenção de autoridades judiciais e administrativas se dá por uma série de fatores óbvios.

235. Primeiramente, é absolutamente corriqueiro que as normas deixem espaço para a atuação concreta do Judiciário (e nos casos cabíveis, de órgãos administrativos). Está aqui a se dizer o óbvio, ao falar que é impossível se normatizar toda e qualquer situação concreta que gere danos aos consumidores. Leis são, propositadamente, enunciados gerais e abstratos, sendo imprescindível a atuação de autoridades judiciais e administrativas para interpretar as normas, solucionar eventuais conflitos legais e aplicar a Lei. Novas técnicas legislativas, inclusive, têm aumentado o espaço discricionário do julgador, justamente por se reconhecer a impossibilidade de se legislar a respeito de todo e qualquer dano que afete a sociedade.

236. O fato de uma controvérsia poder, eventualmente, ser dirimida por meio da edição de uma nova lei não afasta a atuação judicial ou administrativa. Entendimento contrário, de certo modo defendido pelas Representadas, implicaria, absurdamente, reconhecer que, toda vez que um conflito pudesse ser dirimido por meio de lei, deveria a autoridade administrativa competente para avaliar a controvérsia (e no caso a autoridade é competente, como já demonstrado) abster-se de proferir uma decisão sobre o caso concreto. E isso não tem o menor fundamento.

---

protecção de desenhos ou modelos às peças sobressalentes –, é totalmente insatisfatória do ponto de vista do mercado interno". (fl. 445)

[157] Na Europa, a proposta de uma medida legislativa não impediu que, antes, a controvérsia entre fabricantes originais e fabricantes independentes ou outros agentes relacionados a esse mercado fosse dirimida por meios não legislativos, como em sede judicial, por exemplo. É o caso da já mencionada ação envolvendo *Fiat v. ISAM* (N. 144/00, 2000, II Diritto Industriale, n. 4/2000), apreciada pela Justiça italiana (ver nota n. 126), e das ações julgadas pela Corte Européia de Justiça, como os casos *BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik* (ECJ Case C-63/97, 1999 – nota n. 126), *Maxicar v. Renault* (1990) e *Volvo v. Erik Veng* (1989) (nota n. 47).

CADE / MJ
Fls. 3905

237. De início, tem-se que, independentemente da possibilidade de haver intervenção legislativa, conflitos concretos, como o presente, são rotineiramente submetidos ao crivo da autoridade administrativa competente (e/ou do Judiciário), autoridade essa que deve, por imposição legal, julgá-los, não podendo recusar-se a examinar o caso sob a justificativa de que o Legislativo poderia editar uma lei solucionando a questão.

238. Afora a obrigação legal de proferir a decisão, sabe-se que, na maioria esmagadora das vezes, aguardar por um posicionamento legislativo, ainda mais sem qualquer previsão factual e temporal, é extremamente prejudicial às partes envolvidas na controvérsia. No caso do processo em apreço, está a se falar não apenas das centenas de fabricantes de autopeças, mas dos consumidores e da coletividade em geral, potencialmente afetados pela conduta. Uma demora demasiada na solução do presente conflito poderia implicar a exclusão de agentes e uma série de danos ao mercado e aos consumidores. Inversamente, mesmo uma decisão desfavorável aos FIAPs seria, desse ponto de vista, importante, eliminando incertezas às próprias montadoras. O conflito não pode ficar sem resposta indefinidamente. Inúmeros são os casos, aliás, no qual o Judiciário, por exemplo, tem de atuar justamente porque *não há* uma definição legislativa sobre a matéria. Entender o contrário significaria até mesmo impedir a atuação do Judiciário (ou de autoridade administrativa) na proteção de direitos difusos, em grave prejuízo da coletividade.

239. Finalmente, por vezes a atuação no caso concreto também possui uma série de vantagens comparativas sobre uma atuação legislativa. Pode-se observar a situação específica de cada caso, visualizar os efeitos da decisão de modo mais tangível, ouvir os envolvidos de modo mais direto, investigar as questões que efetivamente levaram à controvérsia e assim por diante. Intervenções judiciais e administrativas *in concreto* nem sempre ou necessariamente são piores que intervenções legislativas. A bem da verdade, não raro decisões judiciais e administrativas a respeito de certa matéria acabam por despertar a atenção para determinado tema, levantar questões a ele atinentes e incentivar, ao final, uma medida pelo Poder Legislativo. A ordem não necessariamente é inversa.

240. Desse modo, tem-se clara a competência e a necessidade de o CADE atuar na presente controvérsia, não obstante decisões judiciais e possibilidades de medidas legislativas, assim como, segundo a análise, vislumbrou-se a efetiva necessidade de se dar prosseguimento ao feito, por meio da instauração de Processo Administrativo. Para tanto, resta apenas deixar ainda mais clara a delimitação da conduta a ser efetivamente investigada e eventualmente sancionada, retirando-se do debate discussões sobre condutas aqui não verificadas.

7. Do afastamento das alegações de preço abusivo e *sham litigation*

241. Já delimitada e esclarecida a controvérsia objeto deste procedimento, e estabelecido o seu enquadramento legal, assim como as discussões jurídicas e econômicas a ela aplicáveis, cabe afastar algumas das alegações apresentadas em face das Representadas, para que fique claro exatamente o que se discute nestes autos, assim como o seu objeto.

CADE
Fls: 3900

Assim, a fim de evitar discussões desnecessárias em sede do Processo Administrativo cuja instauração se recomenda, e até mesmo para que não se desvie o foco da real questão aqui debatida, deve-se afastar, de pronto, as condutas de preço abusivo e de *sham litigation* supostamente imputadas às Representadas.

7.1 Das alegações de preços abusivos

242. Há, nos autos, debate a respeito de preços abusivos decorrentes da conduta das Representadas[158], alegações essas que foram rechaçadas pela SDE (fl. 2468), pela ProCADE (fl. 2804) e pelas Representadas[159].

243. De fato, o objeto deste processo, em si, não diz respeito à prática de preços abusivos autônomos. Conforme já delineado neste Voto, a prática representada decorre de uma suposta conduta unilateral exclusionária, decorrente de alegado abuso de posição dominante relacionado a um direito de propriedade industrial. As montadoras, supostamente, estariam dificultando ou impedindo a atuação de concorrentes nesse mercado. Na Lei de Defesa da Concorrência, a conduta, se configurada, poderia ser enquadrada no art. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V[160], não guardando qualquer relação com o inciso XXIX do art. 21, que colaciona a prática de preços abusivos[161].

244. O fato de uma conduta anticompetitiva provocar preços mais altos (traço extremamente comum, aliás, de práticas anticoncorrenciais) não significa que a hipótese legal de enquadramento seja a conduta de preço abusivo. Um cartel, por exemplo, gera aumento de preços (por vezes, significativo). A conduta investigada e condenada, contudo, é a de cartel (art. 21, incisos I, II e III), que é a hipótese de incidência principal, e não a de preços abusivos, que requer parâmetros e discussões totalmente distintas.[162]

245. No presente caso, o fato de a conduta das Representadas poder ter como conseqüência um aumento de preços também não significa que a conduta potencialmente incorrida seja a de preços abusivos. Não é o caso. Cabe lembrar que o presente

---

[158] Conforme exposto pela SDE (fl. 2468), tal denúncia não constituiu elemento central da representação feita pela ANFAPE. Juntou-se aos autos, contudo, ação judicial que tratava da matéria.

[159] Ex: Fiat, fls. 3712-3713.

[160] "Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...)
IV – exercer de forma abusiva posição dominante. (...)
Art. 21 As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)
IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (...)"

[161] Previsão legal essa que, a meu ver, sequer possui eficácia, conforme defendi nos autos da AP nº 08012.000295/1998-92, onde discuti a impossibilidade de se determinar uma conduta de preços abusivos.

[162] Ver, a respeito, recente discussão nos autos da AP nº 08012.000295/1998-92.

CADE / MJ Fls. 3901

procedimento investiga, como dito, se há abusividade no exercício dos direitos de propriedade industrial das Representadas de acordo com um critério finalístico da Lei e de danos ao bem-estar da economia e dos consumidores, e não de acordo com um critério de abusividade de preços ou lucros.[163] Adicione-se a isso o fato de outros processos terem tramitado no SBDC investigando a prática de preços abusivos pelas Representadas,[164] dessa vez sim de modo específico, como nos PAs originados de representação da FENABRAVE que pugnava por suposta imposição de preços abusivos no mercado de autopeças e restou arquivada,[165] sendo desnecessário e contra-producente rediscutir essa matéria.

246. Desse modo, todas as discussões nestes autos envolvendo preços abusivos são desnecessárias e equivocadas, não merecendo maiores comentários ou investigações (fato esse, contudo, que não afasta a necessidade de investigação da conduta principal a que diz respeito este processo).

7.2 Das alegações de *sham litigation*

247. Também se aventou nestes autos possível exercício abusivo do direito de ação das Representadas com intuito anticoncorrencial (*sham litigation*), prática essa igualmente rechaçada pela SDE (fl. 2464) e pelas Representadas. Segundo explanado pela SDE:

> "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".

248. No caso, o suposto abuso do direito de ação das Representadas teria se dado por ocasião das ações judiciais ajuizadas contra FIAPs, buscando a imposição de seus registros de desenho industrial sobre eles, com o fim de prejudicá-los e excluí-los do mercado.

249. Embora o presente Voto tenha reconhecido haver relevantes indícios de abuso no exercício dos direitos de propriedade industrial das Representadas, posicionando-se no sentido da instauração de Processo Administrativo para o processamento das montadoras acusadas, por infração à ordem econômica, tal conduta é independente e divorciada da prática de *sham litigation*, cujos requisitos de enquadramento e condenação são completamente diversos. Nesse ponto, entendo, de fato, não se configurar, no caso, abuso do direito de ação das Representadas com fins anticoncorrenciais (*sham litigation*). Tal dicotomia é perfeitamente possível já que, para que se configure a conduta de *sham litigation*, não basta que o agente autor da ação simplesmente *não tenha um direito reconhecido*. "Perder" causas judiciais e administrativas é fato corriqueiro e inerente aos

[163] Ver, a respeito, alegação da Ford à fl. 3750.
[164] A respeito, ver parecer da ProCADE, à fl. 2804.
[165] PAs nºs 08012.006116/2001-20, 08012.006517/2001-74, 08012.006518/2001-19 e 08012.006519/2001-63.

CADE/SDE Fls. 3908

procedimentos litigiosos. Assim, o simples *não* reconhecimento do direito pela autoridade pública jamais pode ser o parâmetro utilizado para aferir a conduta de *sham litigation.*[166] A caracterização do abuso do direito de ação requer a demonstração de fatores adicionais específicos e relevantes.

250. Deve-se ter bastante parcimônia na imputação de práticas de *sham litigation* às empresas e indivíduos, sob pena de cogitar-se essa conduta toda vez que uma ação ou representação tiverem provimento negado ou não tiverem o direito pleiteado reconhecido. Tal não se coaduna com os direitos constitucionais de petição[167] e de inafastabilidade do Poder Judiciário[168] e, se levado a cabo ao extremo, geraria verdadeiro caos em processos administrativos e judiciais, já que a defesa de todos os agentes econômicos situados no pólo passivo desses feitos conteria, juntamente com o pedido final de não provimento do processo, um pedido de condenação do autor ou representante por *sham litigation.* O fato, porém, é que, mesmo quando não tem o seu direito pleiteado reconhecido, muito raramente isso significará que o autor ou representante da ação ou do processo administrativo abusou de seu direito de petição.

251. O parecer da SDE nestes autos (fl. 2465) cita como critérios de caracterização da prática de *sham litigation* aqueles estabelecidos pela Suprema Corte americana no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*,[169] a partir de sucessivos julgamentos sobre essa matéria. Na ocasião, foram fixados dois pré-requisitos para a configuração da prática, conforme ressaltado pela SDE: (i) "que a ação seja desprovida de qualquer fundamento, não sendo realista por parte do litigante qualquer esperança de vitória quanto ao mérito"; e (ii) "que essa ação sem fundamento se constitua um meio fraudulento para esconder '*uma tentativa de interferir diretamente com as relações empresariais do concorrente*'."

252. No recente julgamento do PA nº 08012.004484/2005-51[170], que dentre outras matérias, também tratou desse tema, o Voto-Vista do Conselheiro César Costa Alves de Mattos reitera esses dois critérios estabelecidos pela Suprema Corte dos EUA, mas cita, ainda, uma terceira hipótese de incidência da prática de *sham litigation*, para a qual teria evoluído a jurisprudência: (iii) "ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro".[171] Tal caso,

---

[166] Ver, a esse respeito, p. ex., Voto-Vista do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia nos autos do PA nº 08012.004484/2005-51.

[167] "Art. 5º. (...)

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;"

[168] "Art. 5º. (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

[169] 508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920.

[170] Representante: SEVA Engenharia Eletrônica S.A.; Representada: Siemens VDO Automotive Ltda.; j. 18.08.2010.

[171] Trazendo a discussão para o âmbito do direito brasileiro (que tal como o americano, protege constitucionalmente o direito de petição e a inafastabilidade do Judiciário), o Conselheiro César Mattos fala em dois requisitos básicos para caracterizar a conduta de sham litigation. Em suma, deve-se verificar: (i) se houve abuso do direito de ação, segundo os critérios de regularidade do exercício do direito de acordo com os

CADE / MJ Fls. 3909

assim como outros julgados pelo CADE anteriormente[172], reconheceu a possibilidade legal de se condenar o abuso de direito de ação utilizado com fins anticompetitivos. No entanto, afastou a ocorrência de *sham litigation* no caso concreto.[173]

253. Verifica-se que há uma linha divisória gigantesca entre: (i) se reconhecer que o agente *não* possui aquele direito que pleiteia; e (ii) se reconhecer que seu pleito é total e completamente desprovido de fundamento, tendo como único objetivo prejudicar seu concorrente. O intérprete do caso deve, propositadamente, diferenciar de modo substancial essas duas situações, sendo bastante comedido, sob pena de limitar por demais o direito constitucional de petição, de inibir demasiadamente empresas e indivíduos de acessarem o Poder Público para terem seu pretenso direito interpretado (ainda que não tenham completa convicção de seu sucesso) e de gerar verdadeiro caos processual, com uma enxurrada desmedida de acusações de *sham litigation*.

254. No presente caso, haveria, possivelmente, maior base para se cogitar uma conduta de *sham litigation* se as Representadas ajuizassem ações junto ao Judiciário amparadas, por exemplo, por supostos registros de propriedade industrial sabidamente não existentes, manifestamente inválidos de acordo com os requisitos de concessão da Lei de Propriedade Industrial ou obtidos por meio de fraudes ou manipulação do procedimento de registro. Como discutido neste Voto, contudo, não há evidências nos autos de que isso tenha ocorrido. Pelo contrário, reconheceu-se, a princípio, a validade dos registros de desenho industrial das Representadas em questão ao menos no que se refere ao seu exercício diante de montadoras concorrentes, no mercado primário de veículos. Conforme repetido aqui, à exaustão, o que está em xeque no presente caso é o exercício desses registros diante dos FIAPs. O exercício dos registros de desenho industrial, aparentemente válidos, procedimental e legalmente obtidos junto ao INPI, revestir-se-ia de abuso a partir do momento em que fosse imposto diante dos FIAPs. O problema, portanto, não está, ao menos que conste dos autos, na obtenção do registro em si.

255. A conclusão a que chegou este Voto, no sentido de possivelmente haver abuso no exercício do direito de propriedade industrial das Representadas (quando imposto em face dos FIAPs), requereu um levantamento de dados e argumentos extensos, assim como debates econômicos e jurídicos complexos. Embora, em minha convicção, a conclusão atingida ao final do debate esteja correta (sendo, portanto, desfavorável à tese das montadoras Representadas), uma interpretação comedida do instituto da *sham litigation* (comedimento esse necessário, a meu ver), não permite concluir que o pleito das Representadas nas ações por elas ajuizadas perante o Judiciário fosse desprovido, total e sabidamente, de fundamento, sendo manifestamente apenas uma forma de prejudicar concorrentes. As montadoras possuíam registros de desenho industrial sobre determinadas autopeças, registradas no INPI de acordo, a princípio, com os requisitos da legislação de

---

fins legais (para tanto, o instituto da litigância de má-fé seria um bom parâmetro de comparação, embora o abuso de direito não necessariamente se restrinja apenas a esses parâmetros); e (ii) se há potencial de dano concorrencial derivado do abuso do direito de ação.

[172] Por exemplo: PA nº 08000.024581/1994-77 e AP nº 08012.006076/2003-72.

[173] O que não impediu, porém, a condenação da Representada por conduta anticompetitiva na qual havia efetivamente incorrido.

CADE 1 Fls. 3940

propriedade industrial, ao que se sabe sem fraudes ou manipulações, e, exercendo seu direito constitucional de petição e de acesso ao Judiciário, quiseram ouvir o que ele tinha a dizer a respeito da atuação dos FIAPs utilizando desenhos similares aos seus.[174]

256. Por outro lado, também não foram juntadas aos autos evidências que demonstrassem que as ações judiciais movidas pelas Representadas tenham se ancorado em informações falsas ou manifestamente enganosas. Como dito ao longo da análise, é possível que as Representadas tenham levado o Judiciário a erro ao fazê-lo acreditar que seria de competência do INPI fazer análises de abuso de poder econômico decorrente dos registros de propriedade industrial; ou ao não aprofundar nos autos, possivelmente, discussões sobre efeitos anticompetitivos, levando a uma decisão judicial baseada em uma análise meramente subsuntiva. Isso, contudo, não caracteriza, a princípio, fornecimento de fatos e dados falsos ou enganosos. Trata-se de uma decorrência do entendimento jurídico defendido pelas montadoras; é a tese jurídica de mérito que embasa a sua defesa (e conquanto tenha se defendido no presente Voto que tal tese jurídica é equivocada, isso não tem relação com a apresentação de informações enganosas). O fato é que não há evidências nos autos de que as ações judiciais em questão tenham se ancorado em bases *fáticas* enganosas.

257. Assim, embora os indícios presentes nos autos sejam suficientes para caracterizar um provável abuso no exercício dos direitos de propriedade industrial das Representadas em apreço, consubstanciando possível infração à concorrência, não há indícios suficientes de abuso do seu direito de ação com fins eminentemente anticoncorrenciais (*sham litigation*), já que a configuração de tal prática requer a demonstração de requisitos específicos adicionais, aqui não observáveis, e que não guardam relação com o reconhecimento ou não reconhecimento do direito das Representadas aqui debatido.

258. Diante disso, entendo desnecessária a persecução das condutas de preços abusivos e *sham litigation* nos presentes autos. Isso não afasta, contudo, a necessidade de se apurar a conduta aqui debatida de abuso de posição dominante com vistas a dificultar ou impedir a atuação de concorrentes, prática essa que motiva a instauração do Processo Administrativo que ora se recomenda.

8. Conclusão

259. Por tudo quanto exposto, tem-se, em suma, relevantes indícios de que:

(i) Embora o direito de propriedade industrial e o direito da concorrência sejam, em regra, complementares, na medida em que prezam por diferenciação, competitividade e inovações, em prol da coletividade, o exercício de um direito de

[174] No julgamento do já citado PA nº 08012.004484/2005-51, o Voto-Vista do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho lembra que a ação ajuizada pela Representada alegadamente utilizando-se abusivamente de seu direito de petição, para fins anticompetitivos, pautava-se em ato administrativo normativo do CONTRAN, presumidamente legítimo. Diante disso, concluiu o Conselheiro que não estaria configurada a prática de *sham litigation*, pois não seria possível "exigir comportamento guiado pela descrença na sua licitude".

propriedade industrial, por vezes, pode revelar-se ilegítimo e configurar um ilícito anticoncorrencial, passível de intervenção da autoridade antitruste;

(ii) A conduta anticompetitiva pode decorrer tanto de fraudes ou abusos no *procedimento de registro* do direito de propriedade industrial quando de abusos no *exercício do direito* em si. A mera obtenção dos registros de desenho industrial pelas Representadas, ainda que tenha obedecido ao procedimento da Lei de Propriedade Industrial, com o aval do INPI, não afasta, por si só, a possibilidade de que tais registros sejam exercidos de modo abusivo, na medida em que se desvirtuem dos fins sócio-econômicos que amparam o direito;

(iii) A exclusividade conferida às Representadas pelos registros de desenho industrial das autopeças em questão, que impede a concorrência por parte de Fabricantes Independentes de Peças Automotivas – FIAPs, garante às montadoras um monopólio na reposição dos produtos, monopólio esse no qual os consumidores estão presos, em razão de um efeito *lock-in*;

(iv) A concorrência no mercado primário de venda de veículos não é suficiente para garantir preços, opções e condições de venda competitivas no mercado secundário de reposição de peças, uma vez que, no momento da compra do veículo, assimetrias de informação e escolhas enviesadamente otimistas fazem com que o consumidor não considere como fator relevante de decisão as condições do mercado de reposição, ao menos no que se refere às peças objeto deste feito;

(v) A conjugação desses fatores permite que as Representadas exerçam seu poder de monopólio no mercado de reposição das autopeças em questão de forma severa, com potenciais danos significativos à concorrência e aos consumidores, na forma de maiores preços, menos opções e piores condições de venda, efeitos esses que seriam muito provavelmente evitados ou atenuados caso fosse permitida a concorrência dos FIAPs;

(vi) Por outro lado, a exclusividade das Representadas diante dos FIAPs não parece se justificar: (a) pela necessidade de recuperar investimentos de P&D sobre as peças objeto do processo, já que tais custos aparentam ser baixos, são mais do que recuperados no momento da venda do veículo e, mesmo diante de uma abertura do mercado aos FIAPs, os lucros das montadoras no mercado de reposição permaneceriam significativos; (b) pela necessidade de se manter incentivos à inovação, pois, além de haver plena recuperação dos gastos de P&D, o lançamento de novos produtos nesse setor está voltado ao mercado primário de venda de veículos, e não ao mercado secundário de peças de reposição; (c) pela necessidade de garantir qualidade e segurança das peças, pois, além de não estar comprovado que os produtos dos FIAPs apresentem problemas desse tipo, sendo também empresas legalmente responsáveis por suas próprias falhas, registros de desenho industrial não têm por objeto nem garantem qualidade e segurança de produtos, havendo meios mais adequados de perquirir esse objetivo; (d) pela necessidade de impedir que peças independentes sejam falsamente comercializadas como originais, pois tal objetivo pode ser alcançado por meio de outras normas, sendo irrelevante a

CADE / MJ Fls. 3912

manutenção ou não da imposição dos registros de desenho industrial sobre os FIAPs para atingir esse propósito; e (e) pela necessidade de se evitar práticas de "*cream skimming*", já que não há evidências de que a manutenção de estoques de autopeças pelas Representadas gere custos extras em relação aos FIAPs, nem de que não seja lucrativa;

(vii) Tais conclusões levam a crer que a imposição dos registros de desenho industrial em questão diante dos FIAPs, por parte das Representadas, impedindo a concorrência desses agentes, tem o condão de gerar danos significativos à concorrência, danos esses não justificados por objetivos de inovação, de recuperação de investimentos, de apropriação, de manutenção de competitividade ou outros, provocando, assim, um resultado líquido negativo sobre o bem-estar da economia e dos consumidores;

(viii) Na medida em que produz tal resultado negativo, a imposição dos registros de desenho industrial das Representadas diante dos FIAPs revela-se: (a) um exercício abusivo do direito de propriedade industrial em questão, na medida em que se desvirtua dos fins sócio-econômicos estabelecidos pela própria norma constitucional que ampara esse direito, que tem por objetivo "o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" (art. 5º, XXIX); (b) juridicamente desproporcional, pois compromete severamente o direito à livre concorrência, o direito dos consumidores e a repressão ao abuso de poder econômico, sem contrapartidas em termos de benefícios visados pelos direitos de propriedade industrial; e (c) uma potencial infração à Lei nº 8.884/94, pois consubstancia abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar a atuação de concorrentes, com potenciais efeitos danosos à ordem econômica;

(ix) Tal conduta é passível de intervenção por parte do CADE, que é a autoridade competente para constatar e punir abusos de poder econômico, ainda que decorrentes de direitos de propriedade industrial e, mais especificamente, de registros de desenho industrial, já que, além de o CADE estar legalmente compelido a tanto, não há imunidade antitruste para desenhos industriais e o INPI não é competente para empreender tal exame;

(x) Em se reconhecendo o ilícito antitruste, independentemente de medidas judiciais e legislativas eventualmente cabíveis, a providência adequada e necessária por parte do CADE para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica seria, além da multa cabível, determinar às Representadas a não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial em questão, nos termos dos arts. 23 e 24, V, da Lei de Defesa da Concorrência. A imposição dos registros a outras montadoras fabricantes de veículos pode ser mantida, não se fazendo necessário o licenciamento compulsório dos registros de desenho industrial;

(xi) Não se verifica indícios relevantes de conduta de preços abusivos ou *sham litigation*. A prática a ser apurada e eventualmente punida é a de abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar a atuação de concorrentes (arts. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94).

CADE / MJ
Fls. 396

260. Diante disso, **voto pelo provimento do recurso de ofício, com o conseqüente retorno dos autos à SDE para a instauração de Processo Administrativo**, nos termos aqui colocados, a fim de apurar possível violação, pelas Representadas, aos arts. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, no setor de autopeças de reposição.[175]

261. Conforme a análise aqui empreendida, sugere-se que a SDE pondere e, se possível, levante dados que embasem ou, eventualmente, rechacem os argumentos aqui levantados, sem prejuízo de exames adicionais que tenha por bem aprofundar, tudo dentro de seu juízo de conveniência e oportunidade.

É o voto.

Brasília, 15 de dezembro de 2010

CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO
Conselheiro

[175] Verifica-se estarem presentes todos os requisitos de instauração da Portaria MJ nº 04/2006.