



Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

**RENATA SOUZA DA SILVA**

**A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE  
DO CASO ANFAPE**

**Brasília  
2011**

**RENATA SOUZA DA SILVA**

**A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE  
DO CASO ANFAPE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientadora: Professora Doutora Neide Teresinha Malard.

**Brasília  
2011**

**RENATA SOUZA DA SILVA**

**A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE  
DO CASO ANFAPE**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília-UniCEUB.

Orientadora: Professora Doutora Neide  
Teresinha Malard.

Brasília, Outubro de 2011.

Banca Examinadora

Neide Teresinha Malard  
Orientador (a)

Rafael Thomaz Favetti  
Examinador (a)

José Rossini Campos do Couto Corrêa  
Examinador (a)

## **AGRADECIMENTO**

À Deus, por guardar, iluminar e abençoar o meu caminho; aos meus queridos pais, Luiz Clementino da Silva e Telma Sousa da Silva, pela vida, pelo amor incondicional, pela amizade e pelo apoio a mim presenteados; ao meu companheiro de vida, Alex Perez dos Santos, por oito anos de felicidade, carinho e incentivo; à minha amiga, Camila Costa Magalhães de Lacerda, pela parceria nesses cinco anos de vida acadêmica no UniCEUB; à minha orientadora neste trabalho, Neide Teresinha Malard, pela paciência, dedicação e sabedoria.

*“Só o poder freia o poder.”*

*(O Espírito das Leis, Montesquieu, 1784).*

## RESUMO

Silva, Renata Souza da. A propriedade industrial e o direito da concorrência: análise do caso ANFAPE. 2011. 68 fls. Trabalho de conclusão de curso, graduação em Direito. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

Esta monografia tem como escopo analisar uma importante decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, apresentando-se os critérios econômicos e jurídicos aplicados no caso. Antes, porém, foram abordados os conceitos jurídicos pertinentes ao Direito Econômico, os princípios constitucionais da atividade econômica aplicáveis ao caso. Por fim, fez-se análise da Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, discorrendo-se sobre os conceitos de abuso de direito e de posição dominante em matéria de propriedade industrial, no âmbito da referida decisão do CADE. Após esse estudo empreendido, verificaram-se mais prejuízos do que benefícios à concorrência na conduta praticada, sendo a coletividade titular dos bens jurídicos protegidos pela Carta Política.

Palavras chaves: Direito Econômico. Defesa da Concorrência. Princípios Gerais da Atividade Econômica. Livre Concorrência. Propriedade Intelectual. Monopólio Legal. Função Social da Propriedade. Análise do Caso ANFAPE. Abuso de Direito. Abuso de Posição Dominante. Presença de Prejuízo à Concorrência

## **ABSTRACT**

This monograph is scoped to consider an important decision of the Administrative Council for Economic Defense, presenting the economic and legal criteria applied in the case. First, however, addressed the legal concepts relevant to the Economic Law, the constitutional principles of economic activity applicable to the case. Finally, analysis was made of the Preliminary Investigation No. 08012.002673/2007-51, speaking out about the concepts of law and abuse of dominant position in the field of industrial property in the same decision by CADE. After this study undertaken, there is more harm than good conduct practiced in competition, and the community holds the legal rights protected by the Charter Policy.

**Keywords:** Economic Law. Antitrust. General Principles of Economic Activity. Free Competition. Intellectual Property. Legal Monopoly. Social Function of Property. Case Analysis ANFAPE. Abuse of Law. Abuse of Dominant Position. Loss of Competition

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECÔNOMICA</b> .....	11
<b>1.1 Noções Gerais</b> .....	11
1.1.1 <i>O Conceito de Princípio</i> .....	11
1.1.2 <i>O Conceito de Constituição Econômica</i> .....	11
<b>1.2 OS Princípios Gerais da Atividade Econômica</b> .....	13
<b>1.3 O Princípio da Propriedade Privada</b> .....	14
1.3.1 <i>A Propriedade Intelectual</i> .....	16
1.3.1.1 <i>Patentes</i> .....	18
1.3.1.2 <i>Desenhos Industriais</i> .....	19
<b>1.4 O Princípio da Função Social da Propriedade</b> .....	20
<b>1.5 O Princípio da Defesa do Consumidor</b> .....	22
<b>2 A LIVRE CONCORRÊNCIA E O MONOPÓLIO LEGAL</b> .....	24
<b>2.1 O Princípio da Livre Concorrência</b> .....	24
<b>2.2 Monopólio Legal</b> .....	28
<b>2.3 Limites do Monopólio Legal</b> .....	33
<b>3 DISCUSSÃO DA DECISÃO DO CADE</b> .....	36
<b>3.1 O Caso ANFAPE</b> .....	36
3.1.1 <i>Da Representação</i> .....	36
3.1.2 <i>Do Voto do Conselheiro Relator</i> .....	41
<b>3.2 Abuso de direito</b> .....	50
<b>3.3 Abuso de posição dominante</b> .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	62



## INTRODUÇÃO

O exercício do poder econômico é legítimo quando não colide com os princípios da ordem econômica constitucional e com os objetivos sociais por ela visados. Dessa forma, não é admitido exercício de poder econômico que colida com o bem estar social e com o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, uma vez que os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais.

A propriedade industrial importa o privilégio legal de exclusividade, representando, por isso, a proteção que lhe é conferida pela Constituição uma tensão entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tendo em vista que o direito exclusivo temporário conferido ao titular de propriedade industrial pode resultar em um abuso com efeitos deletérios para a concorrência.

O objetivo desta monografia é analisar uma importante decisão do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) que diz respeito ao exercício de direitos de desenho industrial à luz da lei de defesa da concorrência.

Assim, o estudo almeja a partir do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrar que se faz necessário ponderar e harmonizar os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade, de um lado, e a garantia individual do direito à propriedade industrial, que tem, igualmente, *status* constitucional.

Não se pretende aqui discorrer amplamente sobre o direito de propriedade industrial, abordando-se, apenas, as questões específicas que dizem respeito ao direito da concorrência e a proteção ao desenho industrial, tendo como pano de fundo a decisão do CADE no caso ANFAPE.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem sobre os princípios gerais da atividade econômica, analisando-se o princípio da propriedade privada, com ênfase na propriedade industrial, apresentando-se, ainda, os conceitos e princípios fundamentais do direito

de propriedade industrial, para finalizar discorrendo-se sobre o princípio da função social da propriedade e da defesa do consumidor.

No segundo capítulo, discorre-se sobre o princípio da livre concorrência e sobre o monopólio legal, fazendo-se uma correlação entre ambos, à luz da função social da propriedade.

Por fim, o terceiro capítulo dedica-se à análise da decisão do CADE na Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, que se refere à representação da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE), em face das montadoras de automóveis Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., que são acusadas de infringirem o artigo 20, incisos I, II e IV, e o artigo 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, a Lei de Defesa da Concorrência, por estarem utilizando-se de registros de desenho industrial para impedir que os fabricantes independentes de autopeças que atuam no mercado de reposição fabriquem peças cujo desenho seja objeto de registro, eliminando, com isso, a concorrência no referido mercado.

Conclui-se, afinal, pelo acerto da decisão do CADE, que apontou indícios de conduta abusiva nessa estratégia das montadoras, determinando a instauração de processo administrativo para apurar tal prática.

# 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECÔNOMICA

## 1.1 Noções Gerais

### 1.1.1 O Conceito de Princípio

Princípio é, por definição, norma básica, mandamento nuclear de um sistema. É preceito fundamental que se irradia sobre diferentes normas, apresentando-se como critério precípua de compreensão e interpretação. Conforme observa Bandeira de Mello, o princípio estabelece a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe tônica e sentido.<sup>1</sup>

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, começam por ser a base de normas jurídicas e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios.*<sup>2</sup>

Já para De Plácido e Silva, os princípios seriam *a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas, servindo de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.*<sup>3</sup>

Nesse sentido, Américo Luís Martins da Silva assevera que os princípios constitucionais da ordem econômica seriam *proposições diretoras dessa ordem, às quais todo o seu desenvolvimento posterior deve estar subordinado.*<sup>4</sup>

### 1.1.2 O Conceito de Constituição Econômica

A Constituição de Weimar, Constituição Alemã de 1919, foi a primeira Constituição a ter um capítulo a respeito da ordem econômica, em sua seção quinta, artigo 151, que estabelecia: *A organização da vida econômica deverá*

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.807-808.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: 1991, p. 49.

<sup>3</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 877.

<sup>4</sup> Silva, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.61.

*realizar os princípios da justiça, tendo em vista assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana.*

Vital Moreira define a Constituição Econômica como

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.<sup>5</sup>

Segundo Eros Roberto Grau, uma Constituição Econômica deve ser compreendida como um *conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia que opere a consagração de um determinado sistema econômico*. A Constituição Econômica que não opera essa consagração, não poderia ser, segundo o citado autor, considerada como uma Constituição Econômica.<sup>6</sup>

### *1.1.3 A Constituição Econômica de 1988*

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é, para alguns doutrinadores, uma Constituição dirigente. Eros Grau, por exemplo, a vê como um plano global normativo que enuncia o conjunto de diretrizes, programas e normas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade<sup>7</sup>, de acordo com uma economia de mercado, de natureza capitalista, fundada, porém, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa.<sup>8</sup>

Com efeito, nos termos do artigo 174 da Carta Maior, o Estado, é agente normativo e regulador da atividade econômica, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, tendo a ordem econômica por finalidade a realização da dignidade humana, nos termos da justiça social.

---

<sup>5</sup> Apud Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77.

<sup>6</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

<sup>7</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 173.

<sup>8</sup> Cf. Artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Para alcançar essa finalidade, a Constituição Brasileira de 1988, traz, em seu artigo 170, uma relação de princípios e normas, que devem orientar as atividades econômico- financeira do País.

## 1.2 OS Princípios Gerais da Atividade Econômica

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao implantar uma nova ordem econômica, em seu artigo 170, relaciona os princípios constitucionais da atividade econômica, quais sejam: a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.<sup>9</sup>

Segundo Raul Machado Horta,

No enunciado constitucional, há princípios – valores: soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (alterado pela EC nº 6/95); função social da propriedade. Há princípios de ação política: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente.<sup>10</sup>

Nesse sentido, alguns desses princípios constitucionais se manifestam mais tipicamente como finalidades da ordem econômica, como a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais. Porém, todos podem ser considerados princípios, porque constituem preceitos condicionadores da

---

<sup>9</sup> 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>10</sup> Apud MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 818.

atividade econômica<sup>11</sup> e, além disso, compõem *um conjunto cogente de comandos normativos, os quais devem ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado.*<sup>12</sup>

É indispensável dizer que estes princípios condicionadores da atividade econômica são inseparáveis dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático Social de Direito, constituindo verdadeiro instrumental para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>13</sup>

Desse modo, a Carta Maior de 1988, ao tempo em que consagra a liberdade de iniciativa do setor privado como princípio fundamental da ordem econômica, também estabelece limites a essa liberdade, na medida em que contempla outros valores, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

### 1.3 O Princípio da Propriedade Privada

Dentre os princípios orientadores da atividade econômica, a Constituição consagra o da propriedade privada, o qual, segundo Isabel Vaz, já era contemplado por gregos e romanos, estando relacionado à religião doméstica e à família.<sup>14</sup>

A palavra “propriedade” *advém do vocábulo latino “proprietas”, de “proprius”, significando, pois, a qualidade do que é próprio.*<sup>15</sup> Desse modo, a propriedade pode ser definida como uma relação entre sujeitos, a saber, um sujeito ativo, que é o seu titular, e um sujeito passivo, de natureza universal,

---

<sup>11</sup> Silva, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 792.

<sup>12</sup> Tavares, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003. p. 134.

<sup>13</sup> Cf. Horta, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª Edição. Belo horizonte: Del Rey, 2003. p. 265 – 266.

<sup>14</sup> Cf. Vaz, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 30.

<sup>15</sup> Cf. Tavares, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 632.

compreendendo todos os indivíduos, que têm o dever de respeitar o direito de propriedade garantido.<sup>16</sup>

De acordo com José Afonso da Silva, a propriedade compreende várias instituições diferentes, relacionadas a diferentes bens e titulares, podendo-se *falar não em propriedade, mas em propriedades*, como a propriedade pública, a social e a privada, a propriedade rural e a urbana, a propriedade de uso pessoal, de bens de consumo, e a *propriedade/capital*, bens de produção.<sup>17</sup>

Nessa linha, Eros Grau esclarece que a propriedade não é um instituto jurídico único, mas um conjunto de institutos jurídicos relacionados a diferentes tipos de bens. Desse modo, diferenciam-se a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, rural, urbana e subsolo.<sup>18</sup>

Ocorre, porém, que a propriedade privada não constitui um direito absoluto. Com efeito, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, nos incisos XXII e XXIII, garante o direito de propriedade, estabelecendo que a propriedade atenderá a sua função social, ou seja, o direito de propriedade só será garantido na medida em que atenda a sua função social.

Assim, a propriedade privada, como princípio da ordem econômica, não poderá ser considerada como puro direito individual, apesar de assegurada dentre os direitos individuais. Isto porque os princípios da ordem econômica orientam para o sentido de *se assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, não podendo, assim, a propriedade atender apenas os interesses do proprietário, mas também os interesses sociais.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. Tavares, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 638.

<sup>17</sup> Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 274.

<sup>18</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 237.

<sup>19</sup> Cf. Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 269.

Em seu sentido jurídico, a propriedade privada, segundo Canotilho e Vital Moreira, reúne quatro elementos: *o direito de adquirir, ou direito de acesso à propriedade; o direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário; a liberdade de transmissão, por vida ou por morte; e o direito de não ser privado dela.*<sup>20</sup>

No sentido político, o regime jurídico ao qual está submetido a propriedade indica a natureza do sistema econômico. Uma ordem econômica constitucional que se baseia na iniciativa privada, adota, necessariamente, o sistema capitalista, o que implica na propriedade privada do próprio sistema produtivo.<sup>21</sup>

A propriedade privada, nesse sentido, pode estar relacionada aos bens de consumo, aqueles que satisfazem as necessidades materiais do indivíduo, enquanto que a propriedade dos bens de produção está relacionada à atividade produtiva, voltada esta para a satisfação das necessidades sociais, razão por que teria uma função social.

### 1.3.1 A Propriedade Intelectual

A propriedade intelectual, modalidade de propriedade privada, está protegida no Título II, da Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais. Nos termos do art. 5º, inciso XXVII, *aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.* A Constituição Federal protege, ainda, as participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, permitindo ao titular do direito fiscalizar o aproveitamento econômico de suas obras.

A Constituição Federal, confere, ademais, aos autores e inventores industriais um privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros

---

<sup>20</sup> Apud Gonçalves, Maria Eduarda; Santos, Antônio Carlos dos; Marques, Maria Manuel L. **Direito Econômico**. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 42.

<sup>21</sup> Grau, Eros Roberto. . **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 237.



signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.<sup>22</sup>

A propriedade intelectual é um direito sobre uma coisa imaterial, produzida pelo intelecto de um indivíduo. É definida pela Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual como

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.<sup>23</sup>

Pode-se afirmar, assim, que a propriedade intelectual é o resultado das atividades inventiva e criativa dos indivíduos associado à respectiva vontade de dar às suas invenções e criações o status de propriedade.<sup>24</sup>

Tradicionalmente, a propriedade intelectual é dividida em duas categorias gerais: a propriedade industrial, que em nosso ordenamento é protegida pela Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, compreendendo invenções, marcas e outros sinais distintivos, desenhos industriais, e os direitos autorais, que são protegidos, principalmente, pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que compreendem obras literárias, artísticas e os programas de computador.

Existe ainda a propriedade intelectual sobre variedade de gênero ou espécie vegetal, derivada ou nova, denominada cultivares, que é protegida pela Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997.

A doutrina classifica os bens imateriais protegidos em três categorias: as obras estéticas, as obras técnicas e os sinais distintivos. As obras

<sup>22</sup> Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXVII, XXVIII e XXIX.

<sup>23</sup> Apud. Borges, Denis Barbosa. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª edição. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acesso em: 25/05/2011.

<sup>24</sup> SHERWOOD, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Edusp, 1992.

estéticas, por sua vez, são as obras literárias e artísticas, incluindo-se os desenhos industriais. Já as obras técnicas são as invenções, que são protegidas pelas patentes, e as cultivares. Os sinais distintivos são as marcas, os nomes comerciais e os nomes geográficos, que incluem a denominação de origem e a indicação de procedência.

Aquele que cria um bem imaterial possui o direito de exclusividade para utilizar e explorar esse bem temporariamente. Uma das principais justificativas para esse direito é a necessidade de se recuperarem os investimentos realizados na pesquisa e no desenvolvimento do bem ou de seu processo de fabricação, o que deve ocorrer durante um prazo considerado razoável, durante o qual o bem alcança a finalidade social ensejadora de sua proteção.

#### 1.3.1.1 Patentes

De acordo com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) patente é:

um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente.

Durante o prazo de vigência da patente, o titular tem o direito de excluir terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.<sup>25</sup>

Nesse sentido, a patente é um privilégio concedido ao inventor pelo Estado, como uma forma de contraprestação à sua contribuição ao progresso da ciência e da tecnologia do país. Nos termos do artigo 6º, da Lei 9.279/96, que *ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade.*

---

<sup>25</sup> Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: [http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta\\_oquee](http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_oquee) Acesso em: 12 de agosto de 2011.

Trata-se de um direito temporário de uso exclusivo da invenção, a qual deve atender a três requisitos: a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial. Durante o período de 20 anos detém o titular da patente o monopólio legal de sua exploração. Como qualquer outra propriedade, a patente pode ser objeto de venda, transferência e licença e, como qualquer direito, pode ser exercido de forma abusiva, caso em que seu titular estará sujeito a uma licença compulsória a ser concedida a um terceiro que tenha interesse em explorá-la.

Desta feita, o titular da patente deve explorar o objeto de sua propriedade de acordo com o interesse público, razão única da proteção legal que lhe é outorgada.

#### 1.3.1.2 Desenhos Industriais

O desenho industrial é definido pela lei como

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.<sup>26</sup>

Trata-se de uma obra estética com utilização em produtos industriais, à qual são aplicados os mesmos critérios de novidade e originalidade. Por isso, alguns doutrinadores acreditam ser a proteção aos desenhos industriais uma espécie de proteção patentária.

Confere a lei ao autor de desenho industrial o direito de obter registro da propriedade de sua criação por um período de dez anos, prorrogável por até três períodos sucessivos de cinco anos cada.

Sobre o registro de desenho industrial, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) esclarece:

O Registro de Desenho Industrial é um título de propriedade temporária sobre um Desenho Industrial, outorgado pelo Estado aos

---

<sup>26</sup> Artigo 95, Lei 9.279/96

autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras dos direitos sobre a criação.

O titular tem o direito de excluir terceiros, durante o prazo de vigência do registro, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.<sup>27</sup>

*Assim, o titular de um desenho industrial tem o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produtos que incorporem o seu desenho protegido.*<sup>28</sup>

#### **1.4 O Princípio da Função Social da Propriedade**

O direito de propriedade tal qual assegurado pela Constituição Federal como garantia fundamental, no artigo 5º, inciso XI, e como princípio da ordem econômica, no artigo 170, inciso II, não é, porém, um direito absoluto, tendo a Carta Maior conferido à propriedade privada uma limitação em prol do interesse social, qual seja, a função social.

Na verdade, essa idéia em torno da função social da propriedade remonta a São Tomás de Aquino, para quem a propriedade seria natural e pessoal, sendo, porém, o seu exercício coletivo, razão por que o homem não poderia possuir como próprias as coisas exteriores.<sup>29</sup> O certo é que a propriedade, como observa Karl Renner, adquire uma função social na medida em que se modificam as relações de produção.<sup>30</sup>

José Afonso da Silva observa que a função social da propriedade seria um elemento da estrutura da propriedade, razão por que não se confundiria com as limitações, obrigações e ônus que lhe são impostas pelo direito de

---

<sup>27</sup> Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: [http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/desenho/pasta\\_oquee](http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/desenho/pasta_oquee) Acesso em: 12 de agosto de 2011.

<sup>28</sup> Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: [http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/desenho/pasta\\_oquee](http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/desenho/pasta_oquee) Acesso em: 12 de agosto de 2011.

<sup>29</sup> Apud Silva, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121.

<sup>30</sup> Apud Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 282.

propriedade. Ademais, como componente fundamental da propriedade, seria um princípio de aplicação imediata.<sup>31</sup>

Para Fabio Konder Comparato,

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus: o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.<sup>32</sup>

O princípio da função social autoriza a intervenção do Estado sempre que a propriedade não cumprir a sua função social. Ressalte-se, porém, que o cumprimento da função social é obrigação que se impõe ao titular da propriedade, uma contrapartida que se coloca ao seu direito de usar e gozar da propriedade, mas sempre em observância aos interesses sociais.

Nessa linha, observa José Afonso da Silva que:

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281 – 282.

<sup>32</sup> Comparato, Fabio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção** in: revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro. Revista dos tribunais, 1986. p. 75.

<sup>33</sup> Comparato, Fabio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção** in: revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro. Revista dos tribunais, 1986. p. 81.

A função social da propriedade ganha maior substancialidade sobre a propriedade dos bens de produção, que, no capitalismo, são dinamizados. Fala-se, por isso, em função social da empresa.<sup>34</sup>

A função social da empresa teria a natureza de norma de conduta positiva e coletiva, que deve ser obedecida pelo proprietário ou controlador da empresa, inconfundível com as restrições comuns ao uso de bens próprios.

Quando os bens de produção se destinam à exploração empresarial, o poder-dever de cumprir a função social da empresa é responsabilidade do controlador ou administrador da empresa, tendo em vista que o controle não se confunde com a propriedade.

Nessa linha, o controlador ou administrador da empresa, pessoa física ou jurídica, tem o dever de fazer com que a empresa realize o seu objeto e cumpra a sua função social, em consonância não apenas com os interesses dos outros sócios da empresa, mas também com os daqueles que nela trabalham, com ela colaboram e da própria coletividade.<sup>35</sup>

Nesse sentido, os direitos do trabalho, do meio ambiente e do consumidor são bases da função social da empresa, sendo certo, ademais, que os princípios constitucionais da redução das desigualdades regionais e sociais constituem, igualmente, responsabilidades da empresa.

### **1.5 O Princípio da Defesa do Consumidor**

O Princípio da Defesa do Consumidor está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXII, como direito e garantia fundamental: *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*, e no artigo 170, inciso V, como princípio da ordem econômica.

---

<sup>34</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 237 -238.

<sup>35</sup> Nones, Nelson. **A função social da empresa**: sentido e alcance in: revista Novos Estudos Jurídicos Ano VII - Nº 14 - p. 113-136, abril, 2002

Eros Roberto Grau observa que

A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício da atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo como se apura da leitura do parágrafo II do artigo 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável.<sup>36</sup>

Ainda de acordo com o autor, três elementos devem ser considerados pelo princípio: a *atomização* dos interesses do trabalho; o conceito de consumidor; e a sua promoção por medidas de caráter interventivo.

O consumidor, na relação com o titular dos bens de produção, é a parte mais frágil da atividade econômica, devendo, por isso, ser protegido pelo Estado, com base em preceitos condicionadores da atividade econômica.

O Estado tem o dever de promover a defesa do consumidor, dever este concretizado na Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que criou um eficiente sistema de proteção.

---

<sup>36</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 249.

## **2 A LIVRE CONCORRÊNCIA E O MONOPÓLIO LEGAL**

A Constituição Federal de 1988 busca compatibilizar a coexistência de uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa com a justiça social, concebendo, assim, uma verdadeira constituição econômica, que consagra princípios e limites à iniciativa privada e ao direito de propriedade.

Neste capítulo, far-se-á uma análise sobre o princípio da livre concorrência e sobre o monopólio legal, fazendo-se uma correlação entre ambos, à luz da função social da propriedade.

### **2.1 O Princípio da Livre Concorrência**

Dentre os princípios da ordem econômica encontra-se a livre concorrência. Para compreensão desse princípio constitucional da atividade econômica torna-se necessário analisar as funções do Estado no âmbito da Carta Política de 1988.

Para garantir a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo em casos excepcionais para proteger a sociedade. É o que lhe permite a Constituição, ao abrir-lhe a possibilidade de se dedicar ao exercício de determinadas atividades econômicas vitais à segurança nacional e a relevante interesse coletivo, autorizando-lhe, ademais, em casos específicos, assumir o monopólio de atividades previstas constitucionalmente.

A liberdade de iniciativa assegura aos os agentes econômicos o direito de escolher a atividade que desejam empreender, de acordo com as regras estabelecidas no ordenamento jurídico, em obediência ao princípio da função social da propriedade, tendo sempre em vista a justiça social, finalidade da ordem econômica, o que, na verdade, impede o exercício irrestrito de qualquer liberdade de conteúdo econômico.



Esse limite à liberdade econômica diz respeito à exploração pelo Estado de setores produtivos específicos ou aos meios de que se valem os agentes na exploração econômica. Na realidade, ao limitar a livre iniciativa, o Estado a assegura a todos.

A livre iniciativa é fundamento da República<sup>37</sup> e da ordem econômica<sup>38</sup>. No entanto, a liberdade econômica que ela pressupõe não é total, mas conformada com a lei, o que implica, além de garantias, algumas limitações. Tem o agente econômico, liberdade para perseguir qualquer atividade sem autorização do Estado, caso não haja previsão legal, submetendo-se, portanto, a somente restrições legais.

Conforme leciona Eros Roberto Grau, a livre iniciativa tem um conceito extremamente amplo, pois expressa desdobramento da liberdade, *considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida.*<sup>39</sup>

A livre iniciativa é apresentada pela Constituição como um princípio intimamente relacionado ao trabalho, como um valor social, razão por que não pode ser definida apenas como liberdade econômica. Compreende *a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato,*<sup>40</sup> relacionando-se, ademais, com a livre concorrência.

Assim, uma ordem econômica constitucional realizada só é possível mediante a união da livre iniciativa à livre concorrência, posto que a iniciativa só é livre quando os agentes econômicos podem ter acesso aos meios de produção, o

---

<sup>37</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - **os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.** (grifo meu)

<sup>38</sup> 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(...).

<sup>39</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988.** 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 202.

<sup>40</sup> Silva, José Afonso da. Ob. Cit. , p.767.

que só se concretiza em um mercado onde as forças produtivas possam atuar concorrentemente.<sup>41</sup>

A livre concorrência, prevista no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios da ordem econômica, é uma manifestação da liberdade de iniciativa, prevista no “caput” do mesmo artigo, e para assegurá-lo a Constituição prevê que *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (artigo 173, §4º).

De acordo com Celso Ribeiro Bastos,

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.<sup>42</sup>

Já para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a livre concorrência é um *processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez*. Para o autor:

É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Nesse sentido, a livre concorrência é a forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço.<sup>43</sup>

Uma ordem econômica baseada na livre iniciativa e que se processa por meio da livre concorrência é caracterizada pela desigualdade entre os agentes econômicos e entre as empresas. É a desigualdade que gera a rivalidade, que só é

---

<sup>41</sup> Malard, Neide Teresinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011.

<sup>42</sup> Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 807.

<sup>43</sup> Apud Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 211.

possível quando há livre concorrência. Daí se poder concluir que a livre concorrência só existe em uma economia sem igualdade.<sup>44</sup>

É a livre concorrência que assegurará a oportunidade igualitária para todos os agentes, coibindo a concentração do poder econômico, com vistas a uma sociedade mais equilibrada, que permita um meio termo entre grandes e pequenos agentes econômicos.<sup>45</sup>

Para Isabel Vaz,

Não se trata de uma concorrência livre de qualquer condicionamento jurídico e cujos excessos foram descritos sucintamente linhas atrás. Trata-se de uma concorrência que o legislador pretende livrar de quaisquer práticas levadas a feito ou intentadas pelos agentes econômicos e suscetíveis de constituir abuso da liberdade de iniciativa, tal como consagrada na Carta Política.(...) Na nova constituição brasileira não se busca apenas a repressão às formas abusivas do poder econômico: pretende-se atingir um modelo eficiente de concorrência, compatível com as “impurezas” e as “imperfeições” do mercado, mediante a utilização, se necessário das regras jurídicas e das instituições para aquele fim criadas. Tais regras e instituições devem ser capazes de prevenir, apurar e reprimir quaisquer formas consideradas abusivas do poder econômico e podem ser classificadas como instrumentos de preservação do princípio da livre concorrência. No contexto das normas constitucionais onde se insere, a livre concorrência funciona também como uma das diretrizes que se impõe a todos quantos se dedicam ao exercício das atividades econômicas, ao lado da “defesa do consumidor”, da “função social da propriedade” e da “defesa do meio ambiente”.<sup>46</sup>

A lei de defesa da concorrência não tem como objetivo atingir uma concorrência perfeita, *a qual era vista pelo liberalismo puro como pressuposto da função auto-reguladora dos mercados*, visto que essa concorrência não existe no mundo real. Elas buscam a proteção de uma concorrência praticável, realizável, que se pratica no mercado das desigualdades econômicas, das grandes empresas, caracterizado pela concentração econômica, efeito não patológico, mas

---

<sup>44</sup> Junior, Miguel Reale. Apud Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>45</sup> Grau, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 211.

<sup>46</sup> Vaz, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: forense, 1993, p. 100 – 101.

*indispensável às escalas de produção que o avanço tecnológico, muitas vezes, não pode desprezar.*<sup>47</sup>

## 2.2 Monopólio Legal

A propriedade intelectual está protegida constitucionalmente, objetivando tal proteção a realização de um objetivo maior, qual seja, incentivar a criação intelectual e o desenvolvimento econômico. Por isso, concedeu a lei ao inventor o privilégio de explorar com exclusividade a sua propriedade intelectual. Trata-se de um monopólio legal.

Até 1946, as constituições brasileiras previam a concessão do privilégio de exclusividade ou a possibilidade do pagamento de um prêmio ao inventor para que o invento fosse popularizado. Atualmente, o direito de propriedade intelectual permite apenas que o criador explore sua criação com exclusividade, o que importa a restrição da concorrência.<sup>48</sup>

Cretella Junior, em seus comentários à Constituição de 1988, esclarece que:

(...) até 1967, as várias Constituições, desde o Império, determinavam que a lei lhes assegurasse privilégio exclusivo e temporário, ou remuneração, como ressarcimento da perda que hajam de sofrer por sua vulgarização (Constituição de 1824, art. 179, inc.26), ou então, na República, o privilégio seria concedido pelo Congresso, consistindo em prêmio razoável, quando houvesse conveniência de vulgarizá-lo (Constituição de 1934, art.113, inc. 13, e de 1946, art. 141, § 17), determinaram os constituintes de 1934 e de 1946, omitindo-se, neste particular, a Carta de 1937, a de 1967, a de 1969 e a 1988. Em 1967, continuando em 1969, a Constituição “retirou a referência à salvaguarda do lado social da invenção, não permitindo mais que o Estado a vulgarizasse mediante pagamento de justo prêmio, ou seja, de acordo com o valor do invento e dos gastos que se ornassem indispensáveis. Em nossos dias, cabe somente o instituto da desapropriação, que aliás, não é privilégio

---

<sup>47</sup> Malard, Neide Teresinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011. p. 11-13

<sup>48</sup> Cf. Barbosa, Denis Borges. **Bases Constitucionais da propriedade intelectual**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf> . Acesso em: 17/09/2011

algum, conservando-se apenas o privilégio temporário, retirado o prêmio justo ao inventor.<sup>49</sup>

O monopólio se configura quando um único agente econômico atua no mercado de um determinado produto ou serviço. A exclusividade da propriedade intelectual aproxima-se, portanto, do monopólio, porquanto apenas o titular do direito poderá explorá-lo.

Acerca do monopólio legal esclarece Eros Grau que:

O monopólio (i) pode decorrer do lícito exercício de uma vantagem competitiva ou (ii) ser instituído mediante lei. (...) Já no segundo caso (instituição de monopólio mediante lei, monopólio legal), tem-se situação inversa: aí o Estado exerce uma opção política, em razão da qual o sistema jurídico atribui a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de uma certa atividade econômica em sentido estrito. Estabelece-se artificialmente (= pela lei) um ambiente impermeável à livre iniciativa; a ausência de concorrência é total. Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade monopolizada estará impedido de fazê-lo --- a lei não admite essa exploração. Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. Transitamos, quando daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada propriedade industrial: da e na proteção dos patentes, marcas, know-how etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração.<sup>50</sup>

Os direitos de propriedade industrial são constitucionalmente previstos como monopólio pelo artigo 5º, inciso XXIX, determinando a Constituição que a lei assegure ao seu titular exclusividade de uso e exploração.

<sup>49</sup> Junior, J. Cretella Apud Barbosa, Denis Borges. **Bases Constitucionais da propriedade intelectual**. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf>. Acesso em: 17/09/2011. p. 31

<sup>50</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Monopólio. Conceito e classificação. Petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Art. 177, I a V e §§ 1º e 2º, da CF/88. Regime de monopólio específico em relação ao art. 176 da constituição. Distinção entre as propriedades que respeitam os arts. 177 e 176, da CF/88. Petrobras. Sujeição ao regime jurídico das empresas [ART. 173, § 1º, II, da CF/88]. Exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público. ART. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97. Matéria de Lei Federal. Art. 60, caput, da lei n. 9.478/97. Constitucionalidade. Comercialização administrada por Autarquia Federal. [ANP]. Exportação Autorizada somente se observadas as políticas do CNPE. Aprovadas pelo Presidente da República. [ART. 84, II, DA CB/88]. ADI 3366/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 02 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2260642> Acesso em 05 de agosto de 2011.

A principal justificativa para a garantia jurídica à propriedade intelectual é a necessidade de o Estado viabilizar economicamente investimentos em atividade de pesquisa e desenvolvimento.<sup>51</sup> Daí o privilégio da exclusividade de exploração temporária concedida ao inventor, qualificado este como monopólio legal, não obstante alguns doutrinadores afirmarem não ser esse o melhor modo para conceituá-lo.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior,

(...) Estas propriedades intelectuais exatamente por não serem localizáveis no tempo e no espaço (...), não são mensuráveis nem exauríveis num único consumo, sendo suscetíveis de gozo simultâneo por um sem número de sujeitos. Daí o regime jurídico especial de propriedade a que ficam sujeitos. Daí o privilégio temporário. Mas não um monopólio, nem mesmo limitado. Não há, pois, incompatibilidade mas sim adequação os direitos dos incisos XXXIX do art. 5º (...) e o princípio da livre concorrência, bem como a vedação das formas de abuso do poder econômico, disciplinadas no capítulo da ordem econômica da Constituição.<sup>52</sup>

Nesse sentido, Robert Sherwood leciona que a propriedade intelectual deve ser considerada como incentivo ao desenvolvimento humano, antes mesmo de ser uma proteção. Para o autor, no caso de monopólio, a própria empresa é o objeto de proteção, enquanto que na propriedade intelectual, é a invenção, a criação, a idéia que é protegida.<sup>53</sup>

Consolidando tal inteligência, Richard Posner entende:

(...)uma patente ou um *copyright* confere um “monopólio” legal para os seus detentores. Esta prática, apesar de comum, é um tanto infeliz, pois confunde a idéia de um direito exclusivo com a idéia de um monopólio econômico. Eu tenho o direito exclusivo ao uso de minha casa, porém não sou um monopolista, nem mesmo se a casa fosse extremamente valiosa. Uma patente ou um *copyright* efetivamente cria uma área de direitos exclusivos, porém se o titular será ou não capaz de usar esses direitos para obter um monopólio

<sup>51</sup> Rocha, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual.** Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf) Acesso em: 10 de setembro de 2011.

<sup>52</sup> Junior, Tercio Sampaio Ferraz. **Propriedade Industrial e defesa da concorrência** in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, nº 8, 1993. p. 11.

<sup>53</sup> Sherwood, Robert M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico.** São Paulo: Edusp, 1992. p.61

depende da existência ou não de bons substitutos para o seu produto.<sup>54</sup>

À primeira vista, tal proteção poderia ser considerada apenas como direito de exclusividade de uso, gozo e fruição da propriedade, e não como monopólio econômico. Contudo, atualmente, a notória expansão desses direitos e de seus prazos representam verdadeiros monopólios para determinadas atividades e produtos, com a propriedade intelectual passando a ocupar lugar de destaque na economia, muitas vezes se sobrepondo aos bens materiais. <sup>55</sup>

Assim, alguns monopólios conferidos a determinados autores e criadores provocam um vigoroso impacto sobre a economia, o que requer a delimitação dos direitos de propriedade intelectual e sua harmonização com os princípios da ordem econômica constitucional, para que a proteção seja compatível com ambos os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Conforme já dito, a proteção aos direitos de propriedade intelectual visa o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Tal objetivo fixa os limites dessa proteção, sendo o desenvolvimento tecnológico e econômico também determinados pelos princípios da atividade econômica.

A livre iniciativa e a livre concorrência possuem um caráter antimonopolista e demandam efetiva aplicação, podendo, dessa forma, afetar a extensão dos direitos de exclusividade sobre a propriedade intelectual dos autores e inventores, precisamente devido aos encargos sociais derivados do monopólio. <sup>56</sup>

Poder-se-ia, assim, afirmar, que há um aparente conflito entre esses princípios constitucionais. Enquanto, os direitos de propriedade intelectual garantem uma exclusividade temporária para a exploração e a utilização dos inventos e

---

<sup>54</sup> Posner, Richard A. Apud Rocha, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual.** Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf) Acesso em: 10 de setembro de 2011.

<sup>55</sup> Posner, Richard A. Apud Rocha, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual.** Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf) Acesso em: 10 de setembro de 2011.

<sup>56</sup> Cf. Vaz, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência.** Rio de Janeiro: forense, 1993

criações, a livre iniciativa e a livre concorrência garantem a todos o acesso ao mercado para o exercício de atividades econômicas.

Nessa linha, a proteção concedida às patentes, aos desenhos industriais e a outras modalidades de propriedade intelectual resulta em uma restrição aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, apenas podendo ser considerada legítima quando atinge o seu objetivo-fim: o interesse social e o incentivo ao desenvolvimento tecnológico do país.

No plano internacional, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), da OMC,<sup>57</sup> reconhece o direito dos países membros de adotar medidas de controle de práticas que tenham efeito adverso sobre a concorrência:

#### Artigo 40

1. Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2. Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro.<sup>58</sup>

O TRIPs é direcionado às relações do comércio exterior, deixando evidente que a propriedade intelectual não pode ser usada para impedir a entrada de novos agentes no mercado ou erguer obstáculos ao comércio.

---

<sup>57</sup> Recepcionado pelo decreto 1355/94

<sup>58</sup> Artigo 40. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em: [www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta\\_links/TRIPS.doc](http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta_links/TRIPS.doc) Acesso em: 12 de setembro de 2011



Além disso, o artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de reprimir *o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

Nessa linha, a Constituição exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, que exerça a função fiscalizadora, na forma da lei. Assim, além da repressão posterior à formação de monopólios privados, o Estado deve agir previamente para evitar a ocorrência de situações que prejudicam uma concorrência eficiente e as condições aptas a conduzir os agentes ao abuso de poder econômico.<sup>59</sup>

Não é difícil, portanto, perceber que há uma limitação de ordem constitucional ao direito temporário de exclusividade das propriedades intelectuais. Esse direito deve permitir a recuperação do investimento realizado em pesquisa e desenvolvimento e estimular novas criações, invenções e idéias, porém, não deve instituir proteções exageradas que venham a desenvolver monopólios.

Assim, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, em confronto com os direitos de propriedade intelectual, determinam o âmbito de proteção e limites desses. Poder-se-ia, nesse sentido, afirmar que essa proteção tem como fim último o equilíbrio entre o interesse social do estímulo a pesquisa e desenvolvimento e o acesso ao conhecimento em oposição à posição dominante obtida em um determinado mercado devido ao privilégio legal de exclusividade.

### **2.3 Limites do Monopólio Legal**

A propriedade intelectual não é um direito absoluto. Ela deve proporcionar o desenvolvimento econômico, tecnológico e social do País. Assim, o artigo 170, da Constituição Federal de 1988 combina a função social da propriedade com o desenvolvimento econômico, e por isso toda e qualquer propriedade, inclusive a intelectual, deve atender a essa restrição. A propriedade intelectual mesmo

---

<sup>59</sup> Cf. Junior, Tercio Sampaio Ferraz. **Propriedade Industrial e defesa da concorrência** in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, nº8, 1993.

gozando da proteção dos direitos constitucionais deve atender aos limites que a própria Constituição lhe impõe.<sup>60</sup>

A lei de propriedade industrial reforça o dispositivo constitucional e limita a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico do País.<sup>61</sup>

Nessa linha, o Código Civil estabelece que

a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato<sup>62</sup> e ainda que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.<sup>63</sup>

Esses dispositivos estão direcionados à proteção do interesse coletivo, aplicando-se, portanto, aos direitos de propriedade intelectual as mesmas restrições e limitações dos contratos em geral e dos direitos de propriedade como um todo.

A restrição imposta pelo princípio da função social da propriedade é realçada por Newton Silveira:

Tal posição destaca a constante contraposição entre os direitos exclusivos dos autores e inventores e o interesse geral da comunidade. As constituições modernas contemplam, ao lado da liberdade de iniciativa, a utilidade social, criando mecanismos de controle da atividade econômica coordenada a fins sociais.<sup>64</sup>

Assim, pode-se afirmar que a função social da propriedade intelectual se adequa a uma nova concepção do direito de propriedade e, no caso

---

<sup>60</sup> Santos, Manuella. **Aspectos Constitucionais da propriedade intelectual** in Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, n. 71, abril-junho/2010.

<sup>61</sup> Artigo 2º da lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

<sup>62</sup> Artigo 432 da lei nº 10.146 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

<sup>63</sup> Parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil.

<sup>64</sup> Silveira, Newton. Apud Santos, Manuella. **Aspectos Constitucionais da propriedade intelectual** in Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, n. 71, abril-junho/2010. p. 187

das empresas, assumem elas um conjunto de deveres e responsabilidades perante a coletividade na qual está inserida.

O direito de exclusividade temporária do inventor, criador ou autor busca o equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público, garantindo-se não apenas ao titular a recompensa pela exploração de seu invento, como também o acesso da coletividade ao conhecimento e à informação.<sup>65</sup>

Dessa forma, a função social funciona como um limite à proteção conferida ao titular do direito, pois permite coibir o exercício abusivo desse direito, ou seja, a sua utilização para fins diversos daqueles que justificam a juridicização de sua proteção.<sup>66</sup>

Por fim, o direito de exclusividade do titular da propriedade intelectual constitui um monopólio legal, o qual deve respeitar o princípio maior da função social da propriedade, vale dizer que tem o titular o dever de moldar o seu direito de uso, gozo e fruição de acordo com os interesses da sociedade, conforme expresso na Constituição Federal e legislação ordinária.

---

<sup>65</sup> Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **A ordem econômica e a propriedade intelectual** in revista do IBRAC, volume 2, número 3, 2005.

<sup>66</sup> Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **A ordem econômica e a propriedade intelectual** in revista do IBRAC, volume 2, número 3, 2005.

### 3 DISCUSSÃO DA DECISÃO DO CADE

Conforme dito, a propriedade intelectual não é um direito absoluto. Esse direito submete-se ao princípio da função social da propriedade, visando o desenvolvimento social, econômico e tecnológico do país.

Neste capítulo, serão apresentados os critérios econômicos e jurídicos utilizados na decisão prolatada na Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, que envolve a representação da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE), em face das montadoras de automóveis: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda, que são acusadas de infringirem o artigo 20, incisos I, II e IV, e o artigo 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, a Lei de Defesa da Concorrência.

Ao final, discorrer-se-á sobre os conceitos de abuso de direito e de posição dominante em matéria de propriedade industrial, no âmbito da referida decisão do CADE.

#### 3.1 O Caso ANFAPE

##### 3.1.1 Da Representação

Com fundamento no disposto no art. 30 da Lei nº 8.884/1994<sup>67</sup>, em 04/04/2007, a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (“ANFAPE”) ofereceu representação em face das Montadoras: Fiat Automóveis S/A (“Fiat”), Ford Motor Company Brasil Ltda (“Ford”) e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda (“VW”), por supostas infrações enquadradas no artigos 20, incisos II e IV c/c o art. 21, inciso V, todos da Lei nº 8.884/94<sup>68</sup>, referentes a abusos de direito de propriedade intelectual.

---

<sup>67</sup> Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

<sup>68</sup> 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:

Na representação, a ANFAPE alegou que as montadoras mencionadas estariam praticando abuso de poder econômico no mercado de autopeças, por meio do exercício abusivo dos seus direitos de propriedade industrial, mais especificamente o direito ao desenho industrial sobre peças e partes externas de seus veículos, de acordo com os respectivos registros no Instituto Nacional de Propriedade Industrial ("INPI"). O suposto abuso de direito de propriedade industrial e de poder econômico decorreria de medidas judiciais e extrajudiciais, através das quais as montadoras buscavam impedir que as Fabricantes Independentes de Autopeças ("FIAPs") continuassem a fabricar e comercializar peças protegidas por desenho industrial e utilizar as marcas de propriedade das montadoras.

A ANFAPE afirmou que a monopolização do mercado de reposição de autopeças seria o objetivo das montadoras no sentido de controlarem a manutenção e a vida útil dos veículos que produzem, excluindo as fabricantes independentes desse mercado. Alega, ainda, que as montadoras estariam invocando dispositivos legais e constitucionais para proteger os seus direitos de propriedade de forma abusiva, afirmando que direito algum poderia ser exercido de forma abusoluto, tendo em vista a função social da propriedade garantida pela Constituição.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu que a questão principal da representação seria o suposto conflito entre direito concorrencial e direito de propriedade industrial, ressaltando que não fazia parte de suas competências conferir títulos de direito de propriedade nem analisar questões a eles relativas, pois não caberia ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC") atuar como instância revisora das decisões do INPI.

Com relação à delimitação do mercado relevante, a SDE adotou a divisão presente na jurisprudência do CADE em casos relativos à indústria

---

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 art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

automobilística, qual seja: *o mercado de fabricantes de veículos novos; o mercado varejista de veículos novos; o mercado atacadista de autopeças de reposição; e o mercado varejista de autopeças de reposição*, definindo como mercado relevante da averiguação preliminar o mercado varejista de autopeças (mercado de autopeças ou mercado de reposição) em todo o território nacional.

Quanto ao poder de mercado, a Secretaria concluiu que nem sempre os titulares de direitos de propriedade são detentores daquele poder, mesmo em face de um monopólio temporário, o qual não configuraria uma violação à concorrência, por ser a proteção necessária para o fomento de inovações, pesquisa e desenvolvimento.

Argumentou, ainda, a SDE que a concorrência no mercado de fabricação de veículos atenuaria o eventual exercício de poder de mercado no mercado de reposição, sendo que o monopólio temporário só afetaria a concorrência no âmbito de uma mesma montadora, e que não deteriam as montadoras posição dominante em relação aos FIAP's.

Ao final, a SDE conclui que as montadoras estariam exercendo o seu direito de propriedade industrial regularmente, em face do ordenamento jurídico brasileiro vigente, devendo a eventual exclusão dos FIAP's ser analisada pelo Poder Legislativo, e não em processo administrativo sancionador, reservando-se o SBDC à prática da advocacia da concorrência perante aquele Poder.

Com base nesses argumentos, a SDE decidiu pelo arquivamento da Averiguação Preliminar, destacando que nos autos não havia nada que corroborasse o suposto abuso de poder econômico proveniente do registro do desenho industrial.

No CADE, a Procuradoria Federal Especializada (ProCADE) delimitou como questão principal da representação o conflito entre direitos de propriedade intelectual, no caso o direito de propriedade industrial sobre o desenho industrial de determinadas peças, e a lei de defesa da concorrência. .

Diferentemente da SDE, a ProCADE entendeu que o SBDC teria competência para apreciar a suposta conduta anticoncorrencial praticada pelas montadoras, uma vez que o exercício de direito de propriedade intelectual poderia gerar um abuso de poder de mercado e, conseqüentemente, resultar em infração concorrencial, hipótese esta prevista no art. 68 da LPI<sup>69</sup>, o qual prevê o licenciamento compulsório da patente, caso fique comprovado o abuso de poder econômico do titular por meio da mesma.

Em relação ao mercado relevante, adotou a ProCADE a mesma definição apresentada pela SDE, qual seja, o mercado de reposição em todo o território nacional.

Quanto ao poder de mercado e posição dominante das representadas, a Procuradoria entendeu que nos autos não havia dados suficientes para identificá-los ou desconsiderá-los, sugerindo o retorno dos autos à SDE para complementar a instrução. Todavia, prosseguiu em sua análise, supondo que as montadoras detivessem poder de mercado.

Passou, então, a Procade à análise da interface do direito de propriedade intelectual e do direito da concorrência, sustentando que as questões pertinentes à função social da propriedade intelectual e do abuso de direito devem ser resolvidos no âmbito dos procedimentos administrativos previstos na Lei de Propriedade Intelectual ou em sede do Poder Judiciário, conforme aquelas ações judiciais já propostas. Assim, não seria pertinente que a autoridade da concorrência se transformasse em instância revisora das agências reguladoras de determinado setor.

No tocante à alegação da ANFAPE de que a proteção ao desenho industrial se restringiria ao mercado primário, a ProCADE afirmou que na legislação específica não havia qualquer tipo de ressalva nesse sentido; ao contrário, era assegurada a proteção de modo geral, não se podendo, pois, tornar tal proteção indefinida, em observação ao princípio da segurança jurídica.

---

<sup>69</sup> 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.

Na mesma linha da SDE, a ProCADE entendeu que as alegações da ANFAPE sobre preços abusivos no mercado de reposição, bem como seus argumentos sobre a ocorrência, *in casu*, de *sham litigation* não teriam procedência, até porque a questão relativa a preços já havia sido objeto de outros três processos administrativos, sendo certo que as representadas possuíam justo título para questionar judicialmente seus direitos de propriedade. Ademais, embora presentes indícios de práticas de abusos de direito econômico, não basta que o autor da ação a tenha perdido para que a mesma se caracterize *sham litigation*.

Desta feita, a ProCADE conclui que não havia indícios mínimos de infrações contra a ordem econômica, inexistindo, assim, justa causa para abertura de processo administrativo, razão por que opinou, afinal, pelo arquivamento da Averiguação, ressalvando que a única medida cabível para a espécie seria a advocacia da concorrência.

O Ministério Público Federal, por sua vez, destacou que apesar de não haver previsão legal expressa para o licenciamento de registro de desenho industrial, este não estaria imune à ação dos órgãos de defesa da concorrência. Assim, manifestou-se pelo provimento da remessa oficial ao Conselho Administrativo de Direito Econômico (“CADE”), com a consequente instauração do processo administrativo, para o aprofundamento das questões tratadas nos autos .

A Averiguação Preliminar teve como Conselheiro-Relator no CADE Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, que votou pelo provimento do recurso de ofício, com o consequente retorno dos autos à SDE para a instauração do Processo Administrativo.

O voto do Conselheiro Relator foi acompanhado, por unanimidade, pelo Plenário do Conselho, tendo participado do julgamento o Presidente Interino do CADE, Fernando de Magalhães Furlan e os Conselheiros Vinícius Marques de Carvalho, Olavo Zago Chinaglia, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Ricardo Machado Ruiz.



### 3.1.2 Do Voto do Conselheiro Relator

Depois de enfrentar as preliminares arguidas acerca da ilegitimidade ativa da ANFAPE e dos terceiros interessados, afastando a primeira, com base no princípio da oficialidade e do interesse público, o Relator empreendeu sua análise de mérito.

Afirma que os direitos de propriedade industrial estão previstos na Constituição Federal e na Lei de Propriedade Intelectual e que o registro de desenho industrial protege concepção ornamental de produto. Tal como na patente, concede-se ao seu titular exclusividade na exploração durante o período de proteção, permitindo-se, assim, a exclusão de terceiros.

Sustenta que o direito de propriedade intelectual tem por objetivo incentivar e fomentar a pesquisa e o desenvolvimento, de sorte que se obtenha o retorno do investimento financeiro utilizado na atividade inventiva. Ressalta, porém, que esse direito não é absoluto assim como, em regra, os demais direitos.

Observa que o direito de propriedade intelectual permite concorrência entre diferentes produtos e diversos criadores, motivando a inovação. Daí a relação de complementaridade entre direito de propriedade intelectual e direito da concorrência, não se podendo admitir, no entanto, colisão entre ambos.

Ocorre, porém, diz o Conselheiro Relator, que o direito de propriedade intelectual pode, em alguns casos, afastar, obstar ou enfraquecer a concorrência em determinado mercado. O direito da concorrência, afirma, não se oporia ao monopólio da propriedade intelectual que cause eventual prejuízo em curto prazo em troca de ganho em longo prazo, traduzido em investimentos em pesquisa e desenvolvimento e inovação.

Por outro lado, argumenta o relator, o exercício do direito de propriedade intelectual não concede poder de mercado ao seu detentor por si mesmo, mas, eventualmente, pode produzir consequências anticompetitivas, o que ensejaria a intervenção da autoridade da concorrência.

Segundo o Conselheiro Relator, as condutas anticompetitivas, no âmbito da propriedade intelectual podem ser divididas em dois grandes grupos: aquelas que seriam resultado de fraudes ou abusos no procedimento de registro e aquelas que seriam resultado do abuso do direito em si, ou seja, o exercício abusivo desse direito.

Discordou o Conselheiro Relator da SDE quando esta afirma que somente seria possível a intervenção da autoridade em caso de fraude ou abuso na obtenção do direito, argumentando ser possível a intervenção quando haja exercício abusivo do direito de propriedade industrial em si, não havendo necessidade de qualquer fraude ou abuso na obtenção do direito de propriedade intelectual, tendo em vista o caráter não-absoluto do direito de propriedade intelectual, assim como toda propriedade natural.

Sustentou que a aparência legítima do direito é condição facilitadora do exercício abusivo do direito, especialmente em matéria de propriedade intelectual., pois o fato de tal direito ter sido concedido pelo INPI não afasta a possibilidade de que esse direito tenha sido exercido abusivamente. Nesse sentido, há previsão legal para se coibir tais abusos na lei de concorrência, por meio da licença compulsória, o que reafirma o argumento da possibilidade do CADE intervir em feitos relacionados à direitos de propriedade intelectual.

Ademais, lembra o Conselheiro Relator que a representação não questiona vício na obtenção do direito, nem questiona a validade do direito, mas sim a utilização do registro de forma abusiva, no mercado secundário de peças de reposição, conduta essa que demandaria dois tipos de análise: uma análise econômica concorrencial e uma análise jurídico constitucional. Para ambas, dever-se-ia levar em consideração os fins econômicos da legislação de propriedade intelectual e as motivações que teriam as montadoras para se utilizarem tal estratégia, bem como os efeitos positivos ou negativos da conduta no ambiente concorrencial, de sorte a se verificar se malefícios ou benefícios estão sendo gerados para o consumidor.

Segundo o relator, o direito de propriedade intelectual será exercido de forma abusiva quando extrapolado seu escopo social e econômico, pois tanto o direito de propriedade intelectual como a livre concorrência são instrumentais de objetivo pretendido como benéfico pelo legislador, que é o bem-estar social. Se se verificar que o registro dos desenhos industriais gera mais malefícios que benefícios sociais, não estará ele atendendo à finalidade de garantir a pesquisa e desenvolvimento ou o incentivo à inovação. No entanto, se os benefícios gerados superarem os malefícios, obtendo-se produtos novos, o objetivo da propriedade intelectual estará sendo cumprido. Trata-se, portanto, de se empreender uma análise jurídica de custos e benefícios.

Quanto à definição do mercado relevante, o Conselheiro Relator posicionou-se diferentemente da SDE e da ANFAPE. Para ele, a indústria automotiva é constituída de um mercado primário, o dos fabricantes de veículos, e um mercado secundário, o de reposição de peças. O exame da relação e grau de interdependência entre um e outro terá especial relevância para que se possa verificar as condições de concorrência.

De acordo com o relator, a concorrência no mercado primário de venda de veículos não afetaria o mercado secundário de peças de reposição, por tratarem-se de mercados distintos. Entende o Relator, que o mercado de venda de veículos é, ainda, mais segmentado, sendo constituído do segmento de fabricação de veículos novos, de venda de veículos novos e usados, de fabricação de peças de reposição de escopo nacional e do mercado varejista e local de peças de reposição. É no terceiro mercado de peças de reposição de escopo nacional que as montadoras e fabricantes de peça de reposição concorrem entre si.

Segundo o relator, o mercado de reposição se caracteriza pela inexistência de substituíbilidade entre as diferentes peças de um veículo; assim, cada peça de cada veículo poderia constituir um mercado relevante.

No entender do Conselheiro Relator, se prevalecer a imposição dos registros de desenho industrial sobre o mercado de autopeças, os consumidores só

terão acesso a peças monopolizadas, sendo certo que tal monopólio pode durar até 25 anos.

Quanto à alegação das montadoras de que apenas 20 das 3000 peças estariam protegidas por registros, afirma o relator, que esses números em nada importam, tendo em vista a não substituíbilidade entre elas, sendo certo que o consumidor não poderá colocar uma lanterna no lugar de um tanque de óleo.

Rechaça, ainda, o relator o argumento da SDE de que a concorrência intensa no mercado de venda de automóveis constituiria um desincentivo para um aumento de preço das peças no mercado secundário, sobretudo em razão da assimetria de informações, tendo em vista que, em regra, o consumidor não está informado acerca dos preços do mercado de reposição quando adquire o veículo, até porque a informação em geral disponível são aquelas pertinentes às peças de manutenção, e não às peças de reposição em caso de acidente.

Realça o relator que as revistas especializadas não oferecem informações assíduas sobre o valor das peças de reposição de sorte a eliminar a assimetria de informação, sendo, ademais, pouco provável que o consumidor, ao adquirir um veículo, pesquise o preço de uma de suas portas. Desta feita, em razão da assimetria de informação, o aumento do preço das peças de reposição, não necessariamente causaria a migração de clientes de uma montadora para a outra.

Aduz o relator que o preço estimado do veículo seria muito mais relevante para o consumidor no momento da aquisição, pois aquele, em geral, subestima as suas necessidades de peças de reposição, fato este corroborado pela quantidade de veículos segurados no país, que é de apenas  $\frac{1}{4}$  daqueles que se encontram em circulação.

A partir dessa análise, o Conselheiro Relator concluiu que a conjugação de todos os fatores analisados apontam para a possibilidade de as montadoras exercerem poder de mercado no segmento de peças de reposição, com

efeitos deletérios para a concorrência, não desejados pela própria lei de propriedade intelectual e pela lei de defesa da concorrência;

Alerta o relator para o argumento das montadoras segundo o qual a manutenção da prática se justifica pela necessidade de se recuperarem custos com pesquisa e desenvolvimento e de se incentivar a inovação e a qualidade do produto, impedindo-se que a produção se voltasse somente para as peças mais lucrativas, uma prática conhecida como *cream skimming*.

Em seguida, o relator enfrenta o argumento das montadoras, segundo o qual os fabricantes de peças de reposição usufruiriam um benefício sem que tivessem contribuído para a sua obtenção, ou seja, seriam beneficiários de uma conduta oportunista. Para analisar tal argumento, afirma o relator ser necessário examinar os custos específicos envolvidos no desenvolvimento de cada peça e se o período de monopólio seria suficiente para recuperar o investimento. Aduz que, aparentemente o custo em pesquisa e desenvolvimento já seria inteiramente recuperado no momento da venda do veículo.

Outro argumento das montadoras rechaçado pelo relator é o de que, se perdessem o mercado secundário, teriam de aumentar o preço do veículo no mercado primário. Contra-argumenta afirmando que o custo do design das peças era baixo para que provocasse tal efeito negativo, aliado, ademais, ao fato de que a concorrência no mercado primário era elevada, ao contrário do que ocorria no mercado secundário, onde era praticamente nula. Outrossim, tampouco seria provável que as montadoras tivessem perdas no mercado de reposição, porquanto possuíam maior contato com o consumidor e, em razão da alegada superioridade de seus produtos, teriam plena possibilidade de continuar lucrando nesse mercado;

Argumenta, ainda, o relator que outras montadoras, como a GM, não adotavam a mesma prática que as montadoras representadas, um sinal de que a proteção no mercado secundário não seria tão importante para o retorno do investimento em *design*. Ademais, a recuperação do investimento em pesquisa e desenvolvimento não seria uma condição necessária para a proteção do registro nesse mercado, mas sim o incentivo à inovação. Por outro lado, o design seria mais

importante no mercado de venda do veículo do que no mercado de peças de reposição isoladas, conforme admitido pelas próprias representadas;

O relator refuta, ainda, o argumento da SDE de que os registros dos desenhos industriais teriam por objetivo manter a qualidade das peças de reposição, afirmando que parte significativa das empresas que atuam no mercado de peças de reposição já se encontra há tempos consolidada no País, sendo pouco provável que as peças por elas fabricadas tivessem se mantido no mercado se tão baixo fosse o seu nível de qualidade. Ademais, o alto índice de *recall* nos últimos anos, por parte das montadoras, denota que não são apenas as empresas fabricantes de peça de reposição que encontram dificuldade na manutenção da qualidade e segurança de seus produtos.

Observa o relator que, não obstante alegarem as montadoras que o registro de desenho industrial teria por objetivo a manutenção de qualidade e segurança, nem todas as peças estão protegidas, mas somente aquelas de reposição, conforme admitido pelas próprias representadas.

Sustenta o relator que a finalidade da segurança e da qualidade é alheia à proteção de direito de propriedade industrial, instituto este que visa proteger a aparência do produto, e não os fatores técnicos ou sua qualidade. Com efeito, a segurança não seria condição para proteção do *design*, existindo outros meios para assegurar a qualidade de peças de reposição.

Outro argumento oferecido pelas representadas em favor de sua estratégia é o de que as fabricantes de peças de reposição poderiam optar por só fabricar aquelas mais lucrativas, enquanto as montadoras estariam obrigadas a fabricar as peças menos lucrativas, as que já estão fora de linha, por exemplo, devido à obrigatoriedade de prestarem suporte. Por essa razão, teriam custos extras, enquanto que as fabricantes de peças de reposição ganhariam vantagem competitiva. Quanto a esse argumento, afirma o relator que não há nos autos nada que o comprove, pelo contrário, os custos incorridos pelos fabricantes de peça de reposição poderiam até ser mais altos, sendo pouco provável que os enfrentados pelas montadoras lhes fossem superiores.

No tocante às competências do CADE e do INPI, o Conselheiro Relator se opôs à posição das representadas de que seria unicamente do último a atribuição para analisar a validade do direito de desenho industrial, de acordo com os requisitos da lei específica sobre a propriedade industrial, não cabendo ao CADE qualquer avaliação nesse sentido. Contra-argumenta o relator afirmando que o INPI não leva em consideração eventual efeito anticompetitivo do direito em questão. Ainda que seja a concessão legal, a chancela do INPI não impede que o direito regularmente concedido seja exercido de forma abusiva. O próprio INPI, assim como a doutrina especializada, defende a competência do CADE para apurar práticas anticompetitivas envolvendo direitos de propriedade intelectual.

De acordo com o Conselheiro Relator, as decisões judiciais constantes nos autos não trataram do efeito anticoncorrencial do direito de propriedade industrial, não tendo o CADE sido chamado a se manifestar em nenhum dos processos judiciais em que se discute a questão.

Assevera o relator que não há imunidade em relação a práticas anticompetitivas vinculadas à propriedade intelectual ou ao desenho industrial vis à vis a lei de concorrência, sendo, assim, possível ao CADE aplicar as medidas necessárias para cessação de práticas restritivas no mercado secundário, determinando a não imposição do registro de desenho industrial aos fabricantes de peças de reposição.

O Conselheiro Relator sustenta, ainda, que caso o CADE coíba a aplicação do direito ao registro no mercado secundário, estaria ele apenas afastando os efeitos causados pela infração à ordem econômica, não se intrometendo na proteção concedida pelo INPI.

Por outro lado, o ajuizamento de ações perante o Judiciário como parte da estratégia não implica automaticamente em ilegalidade, porquanto se cuida no caso de questionamento acerca de abuso do direito, não importando a forma pela qual foi concretizado o objetivo das representadas, seja pela via judicial seja por medidas extrajudiciais.

Quanto à posição da SDE de atribuir apenas ao Legislativo a competência de dispor sobre a abertura do mercado secundário aos fabricantes de peças de reposição, observa o relator que tal discussão não está adstrita a uma modificação legislativa, que certamente traria mais segurança jurídica, nada impedindo, porém, que órgãos judiciais ou administrativos se manifestem sobre disputas que envolvam prejuízos para os consumidores.

Com esses argumentos e fundamentação, conclui o Relator que o exercício não permitido de um direito de propriedade industrial pode configurar um ilícito anticoncorrencial, sujeito a intervenção da autoridade competente, podendo tal ilícito ser consequência tanto de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial quanto de abuso no exercício do próprio direito. Assim, ainda que as representadas tenham obtido os registros de seus desenhos industriais, na conformidade do procedimento estabelecido na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279/1996), com a aprovação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, pode estar exercendo tal direito com desvio da finalidade socioeconômica. *In casu*, o direito de exclusividade das representadas decorrente dos registros de desenho industrial sobre algumas de suas autopeças torna impraticável a concorrência por parte dos FIAPs, assegurando àquelas um monopólio no mercado de reposição.

No entendimento do relator, a concorrência entre as montadoras no mercado primário de venda de veículos não seria suficiente para garantir preços, opções e condições de venda competitivas no mercado secundário de reposição de peças, considerando que quando o consumidor compra o veículo, ele não considera o mercado de reposição de peças.

A consequência do direito de exclusividade é o monopólio do mercado secundário, que causa graves danos à concorrência e, conseqüentemente, aos consumidores, que são afetados por preços mais elevados, opção menor de produtos e piores condições de venda, algo que poderia ser evitado com a concorrência dos FIAPs.



O relator não vê qualquer justificativa no direito de exclusividade das montadoras em face dos FIAPs. Não se justificaria:

(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 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*" ou perda de qualidade 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.<sup>70</sup>

Reconhece, afinal, que a imposição do direito de exclusividade dos desenhos industriais em face dos FIAPS constitui:

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".

Sendo, ademais,

---

<sup>70</sup> Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo para AP nº 08012.002673/2007-51. p. 81 – 82.

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

Configurando, desta feita,

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.<sup>71</sup>

Com base nessa linha argumentativa, o Conselheiro Relator votou pela improcedência do recurso de ofício e determinou o retorno dos autos à SDE, no que foi acompanhado, por unanimidade, pelo Plenário do Conselho.

### 3.2 Abuso de direito

Segundo Pontes de Miranda, *o estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem.*<sup>72</sup> Nesse sentido, o abuso de um direito deve ser evitado para que outro direito não seja prejudicado.

O entendimento da doutrina, atualmente, é que o abuso de direito prescinde de culpa. Assim, quando um indivíduo age dentro do limite da lei, mas não considera a finalidade social do seu direito subjetivo e a ultrapassa, causando prejuízo a outrem, ocorreria, então, abuso de direito.<sup>73</sup>

Já no Código Civil de 1916 fora reconhecida a idéia do abuso de direito, pois se entendia ali que constituía ato ilícito aquele praticado no exercício irregular de direito.

O artigo 187 do atual Código Civil Brasileiro prevê que *também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa – fé ou pelos bons costumes.*

---

<sup>71</sup> Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo para AP nº 08012.002673/2007-51, p. 82.

<sup>72</sup> Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Volume 53. Campinas: Editora Bookseller, 2008. p. 68.

<sup>73</sup> Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume I. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nessa linha, a jurisprudência há muito tempo reputa abusivo o ato praticado sem motivos legítimos, nocivos ao outro, egoísta, contrário à finalidade econômica e social do direito em geral.<sup>74</sup>

No âmbito da defesa da concorrência, o artigo 29 da Lei nº 8.884 de 1994 oferece amparo à teoria do abuso de direito, *verbis*:

Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do artigo 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Segundo Paula A. Forgioni,

No caso do abuso de poder econômico, o direito de que se abusa é a liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, etc. (ou seja, todos os direitos que assistem ao agente econômico no Estado liberal). Em princípio, nada há de ilícito com a utilização do poder econômico, sendo mesmo a expressão e exercício desses direitos a que nos referimos. No momento em que há abuso de poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência etc. O sujeito passa a fazer uso 'anormal', 'reprovável', 'ilegítimo', 'imoral' desses seus direitos, ou seja, 'excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes', nos termos do art. 187, já mencionado.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Comissão Parlamentar de Inquérito. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. Impetrante: Law Kin Chong. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar DEMS. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=59&dataPublicacaoDj=26/03/2004&incidente=2209225&codCapitulo=1&numMateria=25&codMateria=8>. Acesso em: 13 de outubro e 2011. "É grave e delicada a questão repleta no requerimento de liminar, porque com o envolver modalidade de colisão de princípios constitucionais, implicará o reconhecimento da limitação do âmbito de um deles, ponderada no exame das circunstâncias do caso concreto, qualquer que seja o teor da resposta, que há de ser pronta".

<sup>75</sup> Forgioni, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 323

### Para Aurélio Wander Bastos o abuso do poder econômico

é uma violação ao mercado e à ordem jurídica, na medida em que o mercado é um bem protegido pela ordem jurídica. Esta não é também uma infração contra terceiros diretamente, mas um ato excessivo e prejudicial às condições básicas de mercado, pois afeta interesses de terceiros, os quais precisam, nele, desenvolver suas atividades. O mercado é um bem juridicamente protegido como bem coletivo. Pertence a todos, inclusive aqueles que não exercem atividades comerciais diretas e têm o direito de exigir ou buscar proteção legal e institucional para se alcançar o seu funcionamento equilibrado. Por isso, o ato ou conduta que fere o mercado não é, propriamente, uma infração contra terceiro, titular de um bem específico, mas uma prática infrativa contra as regras de funcionamento de mercado, que é direito de todos. Esta é a razão pela qual dominar mercado, eliminar a concorrência ou obter lucros arbitrários em si não são infrações ou atos infrativos, porque são a negação, pura e simples, do bem coletivo que se protege: equilíbrio de mercado, concorrência e lucro.<sup>76</sup>

Nesse sentido, o abuso de poder econômico é uma conduta que atinge toda a coletividade e implica em necessário abuso de direito, e por isso é suscetível à repreensão, conforme Vicente Ráo:

Também se diz, comumente, que o conceito de abuso de direito, nas legislações ocidentais, tem apenas um sentido moral, alcançando, tão-só, as relações de indivíduo e a sociedade; mas, semelhante alegação importa em desconhecimento da real natureza desse conceito, ou seja, de sua natureza de princípio que, como tal, tanto se dirige à aplicação do direito comum nas relações entre pessoas, quanto à elaboração das leis, econômicas ou não, tendente a realizar a harmonia social.<sup>77</sup>

Assim, a identificação das condutas dos agentes dominantes é importante não apenas para proteger os interesses particulares dos outros agentes econômicos, mas de toda a coletividade, devendo o Estado promover uma eficaz identificação e repressão das condutas abusivas.

### 3.3 Abuso de posição dominante

Um agente econômico, mesmo não sendo o único a atuar em determinado mercado relevante, pode deter poder econômico *que lhe permita atuar*

<sup>76</sup> Bastos, Aurélio Wander. **Cartéis e Concorrência** in: Revista de Direito do Consumidor. Volume 23-24. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 108

<sup>77</sup> Ráo, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 149

*de forma independente e com indiferença à existência ao comportamento dos outros agentes.*<sup>78</sup>

Para que um determinado agente econômico detenha posição dominante em um mercado relevante, não é necessária a ausência de concorrência, bastando que não seja ele influenciado pelos demais agentes.

Aquele que se encontra em posição dominante atua como se monopolista fosse e, assim, aumenta preços, não preza pela qualidade de seu produto ou serviço e impõe aos outros agentes econômicos práticas que não seriam adotadas em um mercado onde há concorrência.<sup>79</sup>

Para determinar a posição dominante de uma empresa em um dado mercado relevante devem ser levadas em consideração: a sua participação relativa nesse mercado e a sua ação estratégica sobre esse mercado, que inclui desde a rivalidade ativa à colusão.<sup>80</sup>

Em decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Processo Administrativo nº 31/92, o voto condutor do acórdão assim se manifesta:

O domínio do mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção, ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Forgioni, Paula A. **Posição dominante e o seu abuso** in Revista do CADE, São Paulo, setembro – dezembro de 1997, volume 26. p. 108.

<sup>79</sup> Forgioni, Paula A. **Posição dominante e o seu abuso** in Revista do CADE, São Paulo, setembro – dezembro de 1997, volume 26. p. 108.

<sup>80</sup> Malard, Neide Teresinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011.

<sup>81</sup> **Voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Malard**, no processo administrativo n.31, j. 6.10.1993 (Fiat x Transauto), Revista do Ibrac, volume 2, n.1, fevereiro, 1995. p. 84

No Brasil, a posição dominante em si não constitui ilícito. Nos termos do artigo 20, parágrafo primeiro da Lei nº 8.884/94, *a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza dominar abusivamente mercado relevante de bens e serviços*. Logo, a eficiência do agente econômico não deve ser punida.

O artigo 20, parágrafo segundo do mesmo diploma legal, estabelece que *ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa*.

Verifica-se dos dispositivos acima transcritos que a posição dominante é legítima sempre quando suportada por justas causas, sendo abusiva quando manifestada em prejuízo do interesse da coletividade. Abuso de posição dominante é, pois, a utilização dessa posição de forma desarrazoada, desproporcional, desnecessária ou inadequada, não justificável econômica ou juridicamente. Desarrazoada porque inconveniente para o padrão concorrencial do mercado, que impõe a todos os agentes um comportamento adequado à concorrência; desnecessária porque dela se dispensa na relação jurídica; inadequada porque a estratégia escolhida mostra-se prejudicial à concorrência ao longo do tempo; e desproporcional porque a vantagem econômica pretendida pode ser alcançada por *outras estratégias comerciais que possam repercutir positivamente no mercado*.<sup>82</sup>

Acerca da posição dominante, leciona Paula Forgioni,

Se, entre nós, a posição dominante não é vedada e, si, como coloca o §1º do art. 20, por óbvio, nem todo o ato praticado por uma empresa em posição dominante será considerado ilícito pela Lei Antitruste. Entretanto, a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal é muito tênue, e não há notícias

---

<sup>82</sup> Malard, Neide Teresinha. . **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. p. 25 Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011.

na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada.

O parâmetro que devemos colocar, então, toca ao ditame constitucional da proteção à livre iniciativa e à livre concorrência. Todo abuso de posição dominante implica restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros. Em resumo: só podemos dizer que um

agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste.<sup>83</sup>

Neide Malard, ao tratar do tema, faz referência a Louis Vogel, que aponta como definição mais adequada de abuso aquela que consta em um Memorandum criado por especialistas consultados pela Comissão Européia. Defende-se ali que há abuso de posição dominante quando o agente detentor dessa posição usa das possibilidades que se apresentam para conseguir vantagens que não conseguiria caso houvesse concorrência suficientemente eficaz e praticável. Para o referido autor, podem ser extraídas da jurisprudência européia duas situações de abuso de posição dominante: uma que leva em consideração o abuso de comportamento, *que afeta os agentes econômicos com os quais se relaciona a empresa dominante*; e outra que se refere ao abuso de estrutura, *que afeta a própria estrutura da concorrência*.<sup>84</sup>

O abuso de posição dominante não importa a intenção de prejudicar, pois, segundo Malard, a conduta abusiva do agente não é moralmente repreensível, tratando-se de uma noção objetiva, independentemente de sua forma de manifestação. O abuso de comportamento prejudica parceiros e concorrentes do agente dominante, e a sua ilicitude deriva da própria natureza da conduta adotada, enquanto que o abuso de estrutura caracteriza-se pelos seus efeitos no mercado.

---

<sup>83</sup> Forgioni, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 276 – 277.

<sup>84</sup> Malard, Neide Teresinha. . **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. p. 25 Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011.

Por isso, uma conduta legítima poderia constituir um abuso, contudo, exige-se que para tanto o dano à concorrência seja substancial.<sup>85</sup>

Com base nesses argumentos pode-se dizer que todo abuso de posição dominante gera restrição à livre iniciativa e à livre concorrência<sup>86</sup>, salvo quando o caso for de aumento arbitrário dos lucros. Dessa forma, pode-se dizer que o agente econômico abusou da sua posição dominante se prejudicou a livre iniciativa ou a livre concorrência ou se aumentou os lucros arbitrariamente.<sup>87</sup>

A posição dominante não é fácil de constatar. Prevê o artigo 20, parágrafo terceiro da lei nº 8.884/94, que a posição dominante *é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.*

A posição dominante é uma característica dos agentes que detêm propriedade industrial, pois tem assegurado o monopólio de exploração de seu invento ou criação, conforme visto no capítulo anterior. Porém, como qualquer outro caso de posição dominante, o agente econômico detentor de posição dominante não poderá dela abusar, não sendo o titular da propriedade industrial uma exceção.<sup>88</sup>

Mesmo sendo expressamente vedado o abuso de posição dominante, a legislação brasileira não o define, apenas enumerando alguns efeitos que caracterizam as práticas abusivas mais comuns. Machlup enumera alguns efeitos do exercício de posição dominante: reduzir a participação no mercado dos concorrentes; impedir o crescimento dos concorrentes; impedir o crescimento dos concorrentes, diminuindo a sua participação relativa em mercados em expansão;

---

<sup>85</sup> Malard, Neide Teresinha. . **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico.** p. 25 Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011.

<sup>86</sup> O CADE já se manifestou sobre, no processo 23/91, representada Xerox do Brasil: “se verifica abuso da posição dominante quando o agente dela se utiliza para restringir a concorrência que ainda resta no mercado”.

<sup>87</sup> Forgioni, Paula A. **Posição dominante e o seu abuso** in Revista do CADE, São Paulo, setembro – dezembro de 1997, volume 26. p. 108.

<sup>88</sup> Forgioni, Paula A. **Posição dominante e o seu abuso** in Revista do CADE, São Paulo, setembro – dezembro de 1997, volume 26. p. 108.



abandonar a guerra de preços, coagindo os concorrentes a aceitarem a sinalização de preço do agente dominante; convencer os concorrentes da irracionalidade das vantagens da cooperação e da competição; enfraquecer os concorrentes os forçando a vender seus ativos ou seu controle; e eliminar os concorrentes do mercado.<sup>89</sup>

O exercício abusivo pelo detentor da posição dominante será considerado ilícito quando significar restrição à concorrência. Com efeito, entre nós, mesmo que a conduta abusiva não esteja tipificada no artigo 21 da Lei nº 8.884/94, ela poderá ocorrer, pois é no artigo 20 do referido diploma legal que se encontra a caracterização da ilicitude da conduta, ou seja, quando tiver por seu objeto ou for capaz de produzir efeito anticoncorrencial, efetivo ou potencial.

O abuso de posição dominante pode manifestar-se pelas mais diversas condutas e estratégias. Em face de uma representação que denuncia o abuso de posição dominante, cabe à SDE decidir pela subsistência ou não de indícios em uma averiguação preliminar, determinado o arquivamento dos autos e recorrendo de ofício ao CADE, quando entender que aqueles são insubsistentes, ou, então, determinar a instauração de um processo administrativo, no caso contrário.<sup>90 91</sup>

No caso ANFAPE, a SDE, conforme se viu anteriormente, enviou o processo da averiguação preliminar ao CADE, por meio de recurso de ofício, asseverando que não se poderia imputar às representadas qualquer abuso de posição dominante, nos termos da Lei nº 8.884/94. No entanto, o CADE entendeu de forma diversa, decidindo pela subsistência de indícios e determinando à SDE que instaurasse o processo administrativo para apuração de possíveis infrações contra a ordem econômica, tendo a Secretaria já tomado a providência indicada pelo CADE.

Desta feita, no curso das investigações no âmbito do processo administrativo, que são mais complexas e percucientes do que aquelas promovidas

---

<sup>89</sup> Forgioni, Paula A. **Posição dominante e o seu abuso** in Revista do CADE, São Paulo, setembro – dezembro de 1997, volume 26. p. 108.

<sup>90</sup> Artigo 14, inciso II, da lei nº 8.884 de 1994.

<sup>91</sup> Artigo 14, inciso VII, da lei nº 8.884 de 1994.

na averiguação preliminar, será dada oportunidade às representadas de demonstrar às autoridades da concorrência que a sua estratégia de fechar o mercado de reposição por meio de registros de desenho industrial é razoável e imprescindível à sua competitividade, tanto no mercado primário quanto no mercado secundário. Com efeito, as representadas serão submetidas ao teste da razoabilidade, cabendo-lhes demonstrar que sua posição monopolista no mercado de reposição não constitui abuso de posição dominante, nem produz efeitos maléficos para a concorrência e para os consumidores. Caberá ao CADE a decisão final, que está sendo aguardada com muita apreensão por inúmeros fabricantes de peças de reposição, pelo mercado varejista e pelas oficinas de reparos e seus respectivos clientes.

## CONCLUSÃO

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, atribui ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a função de controlar o abuso de poder econômico, conferindo-lhe competência para prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica. Essa atuação do CADE é direcionada pelos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico.

O CADE, como protetor do mercado, deve analisar condutas que possam prejudicar ou limitar a concorrência ou, ainda, aquelas que resultam em dominação de mercados de bens ou serviços, quer proibindo certas negociações e intervindo nos possíveis efeitos prejudiciais de uma atuação empresarial, quer fiscalizando e punindo os responsáveis por comprovadas infrações à ordem econômica.

Nesse sentido, o CADE tutela o interesse público, protegendo o patrimônio de toda a coletividade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social, visto que a livre concorrência é um dos mecanismos de defesa da liberdade de iniciativa.

A proposta do presente trabalho é a de analisar a decisão do CADE no caso Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças, que representou contra as montadoras Fiat Automóveis S/A, Ford Motor Company Brasil Ltda e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, à luz dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade industrial.

Tem-se de um lado a proteção constitucional da propriedade industrial, que confere ao titular o direito exclusivo de uso, gozo e fruição, com o objetivo de fomentar a concorrência e incentivar a produção intelectual, tudo isso, porém, condicionado às necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico do País, à realização do interesse social e do bem-estar coletivo.

Defende-se aqui a legitimidade do exercício do direito de propriedade intelectual pelo seu titular, direito este que, como todo direito subjetivo patrimonial, pode ser exercido de forma abusiva, com efeitos anticoncorrenciais, especialmente pelo titular que goza de posição dominante ou poder de mercado.

Nessa linha, embora esses direitos impliquem em exclusão temporária, geram incentivos para o investimento e para a inovação, sendo, portanto, complementares à defesa da concorrência, já que ambos promovem a eficiência, a competição e o bem-estar social.

No caso analisado, viu-se que o abuso de direito de propriedade industrial se configura quando seu exercício extrapola a finalidade sócio-econômica que justifica a sua existência, ou seja, os usos anticompetitivos de propriedade industrial não estão limitados aos abusos e fraudes nos registros, nem a hipóteses que requeiram análise de validade desses direitos, abrangendo, também, o abuso do titular no exercício do direito por ele obtido.

O exercício pelas Montadoras de seus direitos legítimos contra os Fabricantes Independentes de Auto Peças parece configurar esse abuso, ou seja, as estratégias por elas adotadas podem ser consideradas práticas unilaterais excludentes, configurando abuso de posição dominante que visa limitar, impedir ou criar dificuldades à atuação de concorrentes no mercado, de reposição de autopeças, causando prejuízo ao ambiente concorrencial.

O ordenamento jurídico brasileiro associa a proteção conferida aos direitos de propriedade industrial a finalidades econômicas e sociais, tendo em vista a função social da propriedade.

A partir da análise da decisão do CADE é possível constatar que os benefícios invocados pelas montadoras não superam os prejuízos que a sua estratégia de monopolizar o mercado de reposição poderão causar ao ambiente concorrencial.

Não obstante a legislação brasileira ser omissa quanto exercício abusivo de desenho industrial, é possível ao CADE, no âmbito de sua ampla competência para defender a concorrência, adotar mecanismo de proteção do mercado e da sociedade contra abusos decorrentes de qualquer forma de posição dominante.

Com efeito, a análise de uma questão concorrencial com base nos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade permite a conclusão de que a proteção ao direito de propriedade industrial não é de natureza absoluta, submetendo-se, ao contrário, a várias limitações, tendo em vista a necessidade de se defender a coletividade contra toda e qualquer forma de abuso.

O caso analisado nesta monografia foi decidido pelo CADE em sede de averiguação preliminar. Dessa forma, não houve julgamento final do CADE, tendo o Colegiado apenas entendido que vislumbrava indícios suficientes para a instauração de um processo administrativo para apuração de possíveis infrações à ordem econômica.

Sendo assim, o CADE devolveu o caso à Secretaria de Direito Econômico para que essa instaure e instrua processo administrativo para apuração e repressão de infrações à ordem econômica, conforme prevê a Lei nº 8.884, de 1994. Concluída a instrução do processo, o Secretário de Direito Econômico remeterá os autos ao CADE para julgamento final, que poderá ser no sentido de determinar o arquivamento do processo, pela inexistência de conduta a ser reprimida, ou pela condenação das montadoras representadas.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Gabinete da Conselheira Neide Teresinha Malard. Voto do Processo Administrativo nº 31/92. Brasília, Brasília, 06 de outubro de 1993.

\_\_\_\_\_. Gabinete do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Relatório da Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Brasília, 15 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Gabinete do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Voto da Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Brasília, 15 de dezembro de 2010.

Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Disponível em: [www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta\\_links/TRIPS.doc](http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta_links/TRIPS.doc) Acesso em: 12 de setembro de 2011

BARBOSA, Denis Borges. **Bases constitucionais da propriedade intelectual**. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases4.pdf>> Acesso em: 17/09/2011

BASTOS, Aurélio Wander. **Cartéis e concorrência** in: Revista de Direito do Consumidor. Volume 23-24. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 108

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BORGES, Denis Barbosa. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>> Acesso em 25/05/2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

BRASIL. Lei Nº 10.146 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei Nº 8,884/94, de 11 de junho de 1994. **Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

BRASIL. Lei Nº 9.279/96, de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COMPARATO, Fabio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção** in: revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro. Revista dos tribunais, 1986.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. **A Proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência** in Revista do IBRAC, volume 16, nº 1, 2009.

DIAS, José Carlos Vaz e. **Licença compulsória de patentes e o direito antitruste** in Revista do IBRAC, volume 8, nº 4, 2001.

DUTRA, Pedro. **Concorrência e propriedade intelectual** in Revista do IBRAC, volume 5, nº 7, 1998.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FORGIONI, Paula A. **Posição dominante e o seu abuso** in Revista do CADE, São Paulo, setembro – dezembro de 1997, volume 26.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume I. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Maria Eduarda; Santos, Antônio Carlos dos; Marques, Maria Manuel L. **Direito econômico**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4ª Edição. Belo horizonte: Del Rey, 2003.

JUNIOR, Antonio Carlos Machado de Andrade. **Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual** in Revista do IBRAC, volume 9, nº 1, 2002.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Propriedade Industrial e defesa da concorrência** in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, nº8, 1993.

MALARD, Neide Teresinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível em: [www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/.../Neide%20Teresinha%20Malard.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **A ordem econômica e a propriedade intelectual** in revista do IBRAC, volume 2, número 3, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Volume 53. Campinas: Editora Bookseller, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NONES, Nelson. **A função social da empresa**: sentido e alcance in: revista Novos Estudos Jurídicos Ano VII - Nº 14 - p. 113-136, abril , 2002

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 149

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual**. Disponível em:  
[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf) Acesso em: 10 de setembro de 2011.

SANTOS, Manuella. **Aspectos constitucionais da propriedade intelectual** in Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, n. 71, abril-junho/2010.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. São Paulo: Edusp, 1992.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 877.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 792.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 632.



TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 134.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 30.