



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
ANÁLISE DO PARADIGMA CRIADO PELO CASO ANFAPE**

JÉSSICA COELHO COSTA

BRASÍLIA

2018

JÉSSICA COELHO COSTA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
ANÁLISE DO PARADIGMA CRIADO PELO CASO ANFAPE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão

BRASÍLIA

2018

JÉSSICA COELHO COSTA

**PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA:
ANÁLISE DO PARADIGMA CRIADO PELO CASO ANFAPE**

Apresentado em 28 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão
Orientadora

Prof. Mestre Eric Hadmann Jasper
Examinador

Mestre Victor Oliveira Fernandes
Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, que me acompanha e me fortalece em todos os desafios da vida.

Aos meus pais, Cícero e Iêda, por toda a dedicação e sacrifícios que fizeram para que eu sempre tivesse o melhor. Obrigada por seu amor incondicional e por me fazerem acreditar que posso chegar aonde quiser. À minha irmã, Vanessa, obrigada pela companhia e cumplicidade. A presença de vocês dá significado à minha vida.

A Gustavo, por ser meu melhor amigo e companheiro em todos os projetos e sonhos. Obrigada por todo o afeto, paciência, encorajamento e diálogo, por acreditar em mim e ter me acompanhado em cada passo dado na elaboração deste trabalho. A conclusão desta monografia não seria possível sem você.

Aos meus amigos de vida e de fé, muito obrigada pelo convívio diário e pela amizade sincera, que tornam esta vida prazerosa e que oferecem sustento em tantas situações.

Em especial àqueles que fiz durante a graduação na Faculdade de Direito, obrigada pela convivência durante todos estes anos. Essa trajetória foi memorável graças a cada um de vocês.

Aos colegas de profissão, que acompanharam e acompanham meu percurso pelo Antitruste, obrigada pelos ensinamentos e recomendações que me fizeram avançar neste trabalho. Vocês são inspirações constantes.

À minha orientadora, professora Ana de Oliveira Frazão, obrigada por ter aceitado me orientar e pelas valiosas observações feitas a fim de enriquecer este projeto. Sua competência e excelência são exemplos que desejo seguir em minha vida profissional.

Também agradeço aos meus examinadores, Eric Jasper e Victor Oliveira, pela solicitude e prontidão ao aceitarem avaliar este trabalho e dialogar sobre o tema.

Finalmente, à Universidade de Brasília, onde pude crescer academicamente, profissionalmente e pessoalmente, meus agradecimentos pelas possibilidades, experiências e encontros que me proporcionou. É uma honra ter feito parte desta instituição.

*“Nada te perturbe. Nada te amedronte.
Tudo passa. A paciência tudo alcança. A
quem tem Deus, nada falta. Só Deus basta.”*

(Santa Teresa D’Ávila)

RESUMO

O caso ANFAPE versa sobre o suposto exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual relacionados aos desenhos industriais e expõe como a interação entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual pode ser complexa quando presente em situações reais de mercado. A princípio, diante da concessão legítima do registro de desenho industrial, segundo os ditames legais, não haveria o que se questionar quanto ao exercício do direito de propriedade intelectual. Entretanto, as particularidades do mercado secundário de peças automotivas de reposição e os possíveis efeitos anticompetitivos da extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket* no setor automotivo demonstram a importância da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em complementariedade às leis específicas que regulam a Propriedade Intelectual no Brasil. Através do estudo deste precedente, que gerou intensos debates sobre a ilicitude ou legalidade da extensão dos direitos de desenho industrial às fabricantes independentes de peças de reposição, o presente trabalho busca demonstrar qual deve ser o papel do CADE ao se deparar, em sede de processo administrativo sancionador, com os efeitos anticompetitivos relacionados ao exercício dos direitos de propriedade intelectual.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Propriedade Intelectual. Desenho Industrial.

ABSTRACT

The ANFAPE case deals with the alleged abusive exercise of intellectual property rights related to industrial designs and exposes how the interaction between Competition Law and Intellectual Property Law can be complex when involved in real market situations. At first, given the legitimate concession of the industrial design registration, according to the legal mandates, there would be no reason to question the exercise of those intellectual property rights. However, the characteristics of the autoparts aftermarket and the possible adverse effects of the extension of the industrial designs to that market demonstrate the importance of the Administrative Council for Economic Defense (CADE)'s participation in complementing the specific laws that regulate IP in Brazil. Through the study of this precedent, which generated intense debates over the illegality or legality of the extension of industrial design rights to independent autoparts manufacturers, this paper seeks to demonstrate what should be CADE's roll when confronted, in administrative sanctioning proceedings, with the anticompetitive effects associated with the exercise of intellectual property rights.

Keywords: Competition Law. Intellectual Property. Industrial Design.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. CAPÍTULO 1 – O Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência .. | 11 |
| 1.1 Conceitos introdutórios e proteção legal do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência | 11 |
| 1.2 Interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência | 19 |
| 1.3 A inovação como elo comum entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência | 25 |
| 2. CAPÍTULO 2 – O caso ANFAPE no CADE..... | 29 |
| 2.1 Resumo fático do caso ANFAPE e histórico no CADE | 29 |
| 2.2 Julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51..... | 33 |
| 3. CAPÍTULO 3 - Análise do paradigma concorrencial do caso ANFAPE..... | 41 |
| 3.1 A complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e defesa da concorrência | 41 |
| 3.2 A atuação do CADE diante das justificativas econômicas e jurídicas à intervenção do Antitruste no caso concreto | 49 |
| CONCLUSÃO | 55 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 59 |

INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência é complexa e sempre despertou importantes discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Especialmente no cenário econômico atual, marcado por intensos avanços tecnológicos, a aproximação entre os dois ramos é notória, sobretudo diante do papel adquirido pela inovação, elo comum entre as duas áreas, que se tornou um diferencial competitivo cada vez mais importante na diferenciação dos produtos e captação de consumidores.

Em verdade, o diálogo entre essas duas áreas ainda é dificultado por um fechamento metodológico e teórico que, em muitas situações, as torna impermeáveis a discussões mais amplas. Nesse sentido, a harmonização dos interesses e finalidades do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência é um desafio às autoridades antitruste, incluindo a autoridade de defesa da concorrência no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Recentemente, a interface entre esses dois ramos e seu aparente conflito foram submetidos à apreciação do CADE no Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, mais conhecido como “caso ANFAPE”. Trata-se de um processo administrativo instaurado a fim de investigar o suposto exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual detidos pelas montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., a partir da imposição de seus registros de desenho industrial (RDIs) ao mercado secundário de peças de reposição.

A investigação, iniciada por denúncia da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças, coloca em debate em que medida o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deve ou não sancionar uma conduta que potencialmente gera efeitos anticompetitivos no mercado analisado, sendo que a Lei 9.279/1996, que regula o Direito de Propriedade Intelectual no Brasil, prevê o amplo exercício dos registros de desenho industrial, sem definir distinção entre os mercados.

Diante dessas considerações, e a partir do estudo do caso ANFAPE, este trabalho pretende entender, respeitados os limites e funções do Direito da Concorrência e do Direito de Propriedade Intelectual, como o CADE lida com o exercício de direitos de

propriedade intelectual quando o alcance e profundidade desses direitos não é claramente enfrentada e delimitada pela legislação específica, gerando possíveis efeitos deletérios.

O percurso traçado para alcançar esse objetivo está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, a ideia é explorar as bases teóricas e legais do Direito da Concorrência e do Direito de Propriedade Intelectual, a fim de aprofundar a problemática quanto às suas funções e finalidade, buscando-se compreender em que medida essas áreas interagem e se influenciam.

Já o segundo capítulo, dedica-se a analisar o caso ANFAPE, em especial os argumentos apresentados pelos Conselheiros quando do julgamento do processo administrativo. Conforme indicado anteriormente, a análise deste precedente é importante pois: (i) o caso concreto evidencia a complexidade da interação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência; (ii) a temática envolvida é extremamente atual, dada a importância que a inovação vem adquirindo nos mercados e, conseqüentemente, no Direito da Concorrência; (iii) a extensão dos direitos de propriedade relativos ao registro dos desenhos industriais gera importantes discussões sobre os limites que devem ser impostos a esses registros a partir da dinâmica competitiva.

Finalmente, o terceiro e último capítulo busca demonstrar que o CADE pode atuar quando a legislação for omissa ou não delimitar suficientemente os limites e justificativas por trás da mitigação à livre concorrência, diante da complementariedade e necessidade de conciliação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste, e diante do fato de que o exercício dos direitos de propriedade intelectual deve ser analisado a partir da ótica dos princípios concorrenciais.

1. CAPÍTULO 1 – O Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

1.1 Conceitos introdutórios e proteção legal do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência

O caso ANFAPE versa sobre a suposta extensão abusiva do direito de propriedade intelectual detido por três montadoras (Ford, Volkswagen e Fiat). Mais especificamente, trata da imposição dos registros de desenho industrial das montadoras sobre autopeças de reposição, com o suposto fim de impedir a atuação de fabricantes independentes de autopeças no mercado.

A fim de analisar o conflito exposto pelo caso, dois ramos do Direito se tornam vitais ao nosso estudo: o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência (ou Direito Antitruste). Passemos primeiro à análise do Direito de Propriedade Intelectual.

Conforme definido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), o Direito de Propriedade Intelectual refere-se às criações da mente, em todos os domínios da atividade humana¹. Dessa forma, estão protegidos por esses direitos as obras artísticas (músicas, filmes, pinturas, livros, etc.), as invenções científicas e técnicas, a conformação externa de produtos, os sinais distintivos e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual.

Esse conjunto de normas, cujo conteúdo é altamente internacionalizado², visa proteger, primeiramente, a criatividade e atividade intelectual dos criadores desses bens imateriais, garantindo-lhes o direito de explorá-los economicamente de forma exclusiva por determinado período. Assim entende a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)³:

Generally speaking, intellectual property law aims at safeguarding creators and other producers of intellectual goods and services by granting them certain time-limited rights to control the use made of those productions. Those rights do not apply to the physical object in

¹ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *What is Intellectual Property?*, WIPO Publication No. 450(E), p. 13. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 9.

³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO Intellectual Property Handbook*. 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

which the creation may be embodied but instead to the intellectual creation as such.

Para além da proteção à atividade intelectual do criador em si, o Direito de Propriedade Intelectual serve também à promoção de valores e objetivos caros à sociedade como um todo, tais como o desenvolvimento nacional, o livre mercado e livre concorrência, o incentivo à inovação⁴:

Intellectual property, very broadly, means the legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic fields. Countries have laws to protect intellectual property for two main reasons. One is to give statutory expression to the moral and economic rights of creators in their creations and the rights of the public in access to those creations. The second is to promote, as a deliberate act of Government policy, creativity and the dissemination and application of its results and to encourage fair trading which would contribute to economic and social development.

Na proteção e promoção desses objetivos, o Direito de Propriedade Intelectual, no Brasil, se subdivide em três ramos específicos: a propriedade industrial, que disciplina as marcas, patentes, desenhos industriais, indicações geográficas, segredos industriais e a repressão à concorrência desleal; o direito autoral, composto pelo direito de autor, direitos conexos e programas de computador e, finalmente, pelo ramo da proteção *sui generis*, que engloba topografias de circuito integrado, cultivares e o conhecimento tradicional.

No que diz respeito à legislação, no Brasil, o Direito de Propriedade Intelectual está previsto em um amplo arcabouço legal, a começar pela própria Constituição Federal. O art. 5º da CF/1988 dispõe especificamente sobre a proteção à propriedade intelectual nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX. Não obstante, outros incisos além destes também manifestam vários aspectos relevantes para a propriedade intelectual, ainda que de maneira indireta, tais como a liberdade de expressão, o direito de propriedade e a função social da propriedade.

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

[...]

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, op. cit., p. 3.

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

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

Além da previsão constitucional, o Direito de Propriedade Intelectual é igualmente garantido na legislação ordinária através da Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial - LPI) e da Lei 9.610/1998 (Lei dos Direitos Autorais), como também através de normas que organizam a estrutura do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI), responsável por executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, em observância à sua função social, econômica, jurídica e técnica⁵.

Com relação aos instrumentos internacionais de proteção ao direito de propriedade intelectual, o Brasil é signatário originário da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Intelectual (CUP/1883) e da Convenção da União de Berna (CUB/1886), que protege especificamente as obras literárias e artísticas. Mais recentemente, em 1994, o Brasil também se tornou signatário do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).

A assinatura do TRIPS estava inserida em um contexto de internacionalização da proteção à propriedade intelectual, marcada por extensas negociações no GATT e pela criação da OMC. Esse movimento de internacionalização, consolidado em grande medida pelo TRIPS, procurou estabelecer padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual para além das regras do tratamento nacional e da Nação Mais Favorecida (MFN), que compunham o corpo básico do GATT⁶.

No presente trabalho, o objeto de proteção do Direito de Propriedade Intelectual que será estudado é o desenho industrial, o qual está inserido, mais especificamente, no

⁵ “Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial.” BRASIL. Lei nº 5.648/1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 de dezembro de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris (versão eletrônica), p. 177. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

campo da Propriedade Industrial. Assim, analisada a legislação geral que protege o Direito de Propriedade Intelectual no Brasil, passemos ao estudo da legislação específica objeto de discussão do caso ANFAPE.

No que concerne às normas brasileiras de proteção ao desenho industrial, além de instruções normativas e resoluções que regulam o processamento e demais aspectos relativos aos pedidos de registro, a matéria encontra previsão nos artigos 94 a 121 da Lei 9.279/1996, bem como nos tratados internacionais da área. No art. 95 da LPI, especificamente, encontra-se a definição de desenho industrial registrável para a legislação brasileira, vejamos⁷:

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

Com base no artigo, é possível identificarmos os três requisitos necessários para que a forma plástica ornamental ou o conjunto ornamental de linhas e cores aplicado a objeto sejam registráveis, a saber: novidade, originalidade e aplicabilidade industrial.

Por novidade, a própria LPI define como novo o desenho industrial ainda não compreendido no estado da técnica, em outras palavras, ainda não acessível ao público, considerada a data do depósito do pedido de registro ou da propriedade reivindicada. Já a originalidade é entendida como a configuração visual distintiva em relação a objetos anteriores, podendo um visual original resultar da combinação de elementos conhecidos.

No que se refere a esses requisitos, Denis Barbosa faz um importante esclarecimento quanto à originalidade e novidade, conceitos reconhecidamente próximos. Para o autor, a originalidade exige que além de novo, isto é, não contido no estado da arte, o objeto de proteção guarde distinção comparável ao ato inventivo dos modelos de utilidade com relação a esse mesmo estado da arte⁸, o que diferenciaria, portanto, os dois requisitos.

Por fim, o terceiro requisito necessário à concessão do registro de desenho industrial é o da aplicabilidade industrial. Este estabelece que o desenho industrial deve ir além de uma obra puramente artística, sendo dotado de funcionalidade e passível de

⁷ BRASIL. Lei nº 9.279/1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 861.

replicabilidade em larga escala, caso contrário, recairia no campo da proteção ao direito autoral⁹. Sobre este requisito, esclarece Barbosa:

Assim, para a proteção do desenho, se propõe o requisito similar ao da utilidade industrial, incidente esta sobre as demandas de patentes. Mais ainda, não se protegerá sob esse título a obra única, não adequada à reprodução industrial, ou aquela em que esse o efeito estético seja principal, e não acessório.¹⁰

Preenchidos esses requisitos e concedido validamente o registro, adquire-se a propriedade do desenho industrial, o que garante aos seus detentores a exclusividade da exploração econômica daquele desenho. Essa exclusividade permite que o titular impeça terceiros de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o desenho industrial registrado, produto que incorpore esse desenho ou ainda imitação substancial que possa induzir o consumidor a erro ou confusão¹¹.

No que tange à vigência, o registro vigora por um período de 10 anos, contado a partir da data do depósito, sendo prorrogável por até 3 períodos sucessivos de 5 anos cada, totalizando assim 25 anos de proteção, em tese.

Vale ressaltar que a concessão do registro de desenho industrial não necessita de análise de mérito prévia, sendo o registro concedido automaticamente uma vez preenchidos os requisitos. No entanto, o titular do desenho industrial, nos termos do art.

⁹ “Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica.

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

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

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

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

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

Art. 98. Não se considera desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico.” BRASIL. Lei nº 9.279/1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

¹⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 865.

¹¹ Art. 42 e art. 187 da Lei de Propriedade Intelectual (Lei 9.279/1996). BRASIL. Lei nº 9.279/1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 16 de setembro de 2018.

11 da Lei 9.279/1996, poderá a qualquer momento dentro do prazo de vigência requerer o exame do objeto do registro, quanto aos aspectos de novidade e originalidade.

As hipóteses de desenhos não registráveis estão previstas no art. 100 da LPI. Dentre elas, não é registrável o que for contrário à moral ou que ofenda a honra e a imagem de pessoas. Igualmente, não é registrável a forma necessária comum de um objeto, ou aquela definida majoritariamente por considerações técnicas ou funcionais. Mais uma vez, o rol de desenhos não registráveis evidencia que o requisito principal de aferição da registrabilidade de um desenho diz respeito à sua configuração visual distintiva em relação a objetos anteriores¹².

Quanto ao segundo ramo do Direito vital para a compreensão e estudo do caso ANFAPE, temos o Direito da Concorrência. Também conhecido como Direito Antitruste, o Direito da Concorrência é o ramo responsável por proteger o processo competitivo em uma economia de livre mercado, ou seja, um sistema econômico em que a alocação de recursos é determinada unicamente pela oferta e demanda no mercado, não sendo dirigida por regulação governamental¹³.

Para Richard Whish, de maneira geral, o Direito Antitruste é tido como o conjunto de normas destinadas a proteger o processo competitivo a fim de maximizar o bem-estar do consumidor, diante da possibilidade de que empresas com poder de mercado reduzam a oferta, elevem os preços a valores abusivos, diminuam a qualidade de seus produtos e suprimam a inovação, em última análise, privando os consumidores de suas escolhas¹⁴.

Nesse sentido, o Direito da Concorrência se ocupa de práticas que imponham restrições à concorrência, tais como acordos anticompetitivos; abuso de posição dominante; fusões e aquisições, preços predatórios, influência de conduta uniforme, dentre outras. Cabe ressaltar, no entanto, que em determinadas circunstâncias, algumas restrições podem trazer resultados benéficos que justifiquem a mitigação à livre concorrência, cabendo à autoridade antitruste analisar e sopesar os benefícios e prejuízos advindos dessas práticas.

No Brasil, a legislação atual do Direito da Concorrência está organizada na Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o chamado SBDC, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O

¹² BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 129.

¹³ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 1-2.

¹⁴ WHISH, Richard. *Competition law*. 5. ed. London: Dayton: LexisNexis, 2003, p.1.

SBDC é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC)¹⁵.

O CADE, de maneira geral, tem como atribuições analisar e aprovar ou reprovar os atos de concentração econômica, investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e, em determinados casos, aplicar punições aos infratores, promovendo a cultura da livre concorrência¹⁶. A SEPRAC, por sua vez, é responsável por elaborar estudos concorrenciais, avaliar propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional e participar como *amicus curiae* em processos administrativos e judiciais, como promotora da advocacia da concorrência.

Conforme a redação do art. 1º da Lei 12.529/2011, esse sistema de proteção à ordem econômica é orientado pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Nesse sentido, percebe-se que o Direito Antitruste protege bens jurídicos de diferentes naturezas, todos eles de titularidade da coletividade, pelo que vai além de um mero instrumento de realização de interesses exclusivamente econômicos.

Diante desse cenário, o art. 36 da referida lei define como infrações à ordem econômica aquelas condutas que, de alguma forma, prejudiquem ou tenham o potencial de prejudicar a livre concorrência, ainda que sem a intenção do agente econômico, conforme a redação a seguir¹⁷:

¹⁵ O art. 3º da Lei 12.529/2011 ainda fala na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) como um dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, juntamente com o CADE. No entanto, após a promulgação do Decreto nº 9.266 de 15 de janeiro de 2018, a SEAE foi extinta e substituída pela Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL) e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC), conforme o art.5º do referido decreto. Dessa forma, a SEPRAC se tornou sucessora da antiga SEAE no que se refere às atribuições relacionadas à promoção da advocacia da concorrência, inclusive quanto ao disposto na Lei 12.529/2011. BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

¹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Perguntas gerais sobre o direito da concorrência*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 30

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Ou seja, na medida em que as condutas de agentes econômicos sejam praticadas com os objetivos mencionados no *caput* do artigo ou podendo gerar tais efeitos, essas manifestações de poder econômico serão tidas como ilícitas. Além disso, o artigo define que a responsabilidade antitruste é objetiva, bastando a comprovação da conduta e de sua autoria, tendo em vista o nexo de causalidade entre as duas e a tipicidade da conduta.¹⁸

Nessa perspectiva, o §3º do art. 36 lista algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica quando praticadas nos termos definidos no *caput*. Cabe mencionar que essas hipóteses de infrações elencadas no §3º, art. 36 da Lei 12. 529/2011 são meramente exemplificativas e não esgotam o rol de condutas possivelmente lesivas à ordem econômica. Isso porque a caracterização de uma prática como abusiva ou não depende de análise atenta do caso concreto em que a conduta é observada. Vejamos algumas dessas hipóteses:

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

- I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
 - a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

¹⁸ Apesar da jurisprudência do CADE reiterar o caráter objetivo da responsabilidade por infração à ordem econômica, a questão não é consenso na doutrina. Vários profissionais e pesquisadores da área sustentam que, na análise antitruste, deve haver necessariamente um juízo de reprovabilidade da conduta, conforme coloca a autora Ana Frazão: “Não se ignora que vem prevalecendo na jurisprudência do CADE o entendimento de que a Lei n. 12.529/2011, ao mencionar que a infração se configura “independentemente de culpa”, acolhe a responsabilidade objetiva pela conduta antitruste, da mesma forma que a lei anterior. Entretanto, entende-se que tal postura precisa ser revista, por ser manifestamente incompatível com a Constituição Federal e com os princípios mais básicos do Direito Administrativo Sancionador.[...] Com efeito, é princípio básico da punição que a reprovabilidade deve ser a medida da sanção, motivo pelo qual, não havendo reprovabilidade da conduta – o que pode ocorrer com a responsabilidade objetiva, que pode envolver inclusive responsabilidade por ato lícito –, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria da pena.” FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261-262.

- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Finalmente, cabe ressaltar que na lei anterior à atual, Lei 8.884/1994, aplicável ao caso ANFAPE, as condutas tipificadas como infração econômica e suas hipóteses exemplificativas eram definidas nos artigos 20 e 21, respectivamente. Esses artigos, encontram correspondência no atual art. 36 da Lei 12.529/2011, que manteve a redação idêntica do *caput* do art. 20 e basicamente ampliou o rol exemplificativo de condutas passíveis de serem enquadradas como infrações à ordem econômica.

1.2 Interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

Analisada a base teórica e legal essencial ao desenvolvimento deste trabalho, faz-se necessário discutir em que medida o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência se relacionam no ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, de que forma esses dois ramos influenciam na análise do caso ANFAPE.

A primeira pergunta que pode ser feita é: há, de fato, qualquer interação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência? Não haveria um embate entre os bens jurídicos protegidos pelos dois ramos que tornaria incompatível sua integração?

Esses questionamentos existiriam em razão do Direito Antitruste, prioritariamente, defender a livre concorrência, enquanto o Direito de Propriedade Intelectual, por outro lado, funcionaria sobre o pilar da concessão de exclusividade na exploração de um bem, mitigando a concorrência, ainda que temporariamente. Ambas as áreas são dotadas de parâmetros autocentrados que dificultam sua interação e diálogo com outros métodos e interesses de outros campos¹⁹:

[...] os direitos de propriedade intelectual assemelham-se a “monopólios temporários”, na medida em que asseguram a seu titular o

¹⁹ FRAZÃO, 2017, p. 403-404.

direito de excluir terceiros de seu uso e fruição. [...] Sob o ponto de vista do Direito Antitruste, a criação dos “monopólios” representaria, à primeira vista, uma mitigação à livre concorrência. Assim, o papel da defesa da concorrência seria coibir situações de monopólio, pois, em razão da assimetria de poder, os agentes econômicos podem manipular as situações de concorrência em seu favor, reduzindo os níveis de bem-estar social. O aparente antagonismo tem, portanto, uma relação direta com o papel desempenhado pelo Direito Antitruste, cujas preocupações voltam-se, de maneira prioritária, para os efeitos da competição nos preços e na oferta.

De fato, diversas discussões surgem da relação entre os direitos de propriedade intelectual e o Direito da Concorrência, conforme demonstram a doutrina de ambos os ramos e a jurisprudência do CADE. Nesse sentido, a maior parte dos casos já analisados pela autarquia ocorreram em sede de controle de estruturas em atos de concentração. Já no controle de condutas, apesar de ser menor o número de casos apreciados pelo CADE, já apreciou problemas concorrenciais relativos à concessão de patentes e licenciamento, *pools* patentários e recusa de licenciar, abuso no exercício do direito de propriedade intelectual detido e *sham litigation*.

O caso Eli Lilly²⁰, por exemplo, é um dos principais expoentes brasileiros de *sham litigation* envolvendo propriedade intelectual e trouxe importantes conclusões sobre a relação entre esses dois ramos. Em seu livro, a autora Ana Frazão, que foi Conselheira Relatora do processo à época, destaca a importância do caso, que demonstrou a necessidade de o CADE analisar as condutas submetidas ao seu escrutínio de maneira ampla, buscando verificar se as ações praticadas pelos agentes econômicos, quando analisadas em conjunto, revelam a existência de infrações à ordem econômica²¹.

Resumidamente, a Eli Lilly estaria se utilizando do ajuizamento de múltiplas ações judiciais contra instituições públicas a fim de garantir exclusividade sobre a comercialização (EMR – *exclusive marketing rights*) de um de seus medicamentos para o tratamento de câncer²²:

A instrução demonstrou que, quando do pedido de suspensão, a Eli Lilly já havia obtido sucessivas decisões contrárias ao pedido de patente pelo INPI, de modo que tudo indicava que a decisão da autarquia, no recurso administrativo, também seria contrária à pretensão, de forma que o EMR acabou sendo utilizado para substituir os efeitos do registro de patente que não preenchia os requisitos para seu deferimento. [...]

²⁰ CADE. Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, rel^a. Conselheira Ana Frazão. Julgado em 24 de junho de 2015.

²¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 424.

²² FRAZÃO, 2017, p. 427.

A análise do caso demonstrou que, ao requerer o EMR, a Eli Lilly afirmou que o produto era objeto de seu pedido de patente, sem esclarecer que nem o INPI nem o Poder Judiciário haviam autorizado, até aquele momento, a inclusão das novas reivindicações que alteraram o escopo da patente de processo para produto, requisito indispensável para a obtenção do EMR.

Ficou demonstrado, ainda, que a representada omitira também a existência de manifestação do INPI nos autos da ação judicial ajuizada no Rio de Janeiro, em que a autarquia declarou ser contrária ao aditamento da ação para incluir novas reivindicações, seja porque fora impedida de analisar as novas reivindicações, em razão do sobrestamento do feito, seja porque modificavam o pedido original de patente.

Quando do julgamento do caso, o CADE entendeu que houve violação à ordem econômica, veredito que só foi alcançado por meio de uma investigação que analisou os aspectos macro dos fatos, muitas vezes transcendendo os critérios examinados pelo Judiciário, e que buscou verificar se a conduta teve impacto sobre os diferentes direitos difusos envolvidos²³.

A decisão no caso anterior e a conclusão de que é necessário que o CADE empregue métodos que analisem as condutas de maneira ampla nos ajudam a elucidar as respostas das perguntas feitas anteriormente, quanto à possibilidade de interação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste.

Na verdade, a solução para tais perguntas já é consenso na doutrina e jurisprudência nacional e internacional: sim, existe interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência; e não, o suposto embate entre os bens jurídicos que estes campos do Direito protegem é apenas aparente.

Em primeiro lugar, é necessário perceber que os preceitos constitucionais são os fundamentos de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a solução deste aparente dilema deve começar pelo estudo da Constituição²⁴.

O fato de que tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito da Concorrência encontram previsão constitucional no rol dos direitos e garantias fundamentais nos ajuda a perceber que a ambos foi conferida a mesma importância e necessidade de *enforcement*. Em razão disso, tanto o Direito de Propriedade Intelectual

²³ FRAZÃO, 2017, p. 429.

²⁴ SANTOS, Manuella. Aspectos Constitucionais da Propriedade Intelectual. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, vol. 18, nº 71/2010, p. 178-202.

quanto o Direito da Concorrência devem atender, primeiramente, aos ditames constitucionais.

Assim, o privilégio conferido aos particulares, como forma de retribuir os investimentos financeiros e humanos despendidos na criação dos bens protegidos, se justifica apenas na medida em que esse direito de exclusividade, que permite aos detentores da proteção de Propriedade Intelectual excluir terceiros do uso e exploração econômica, incentive a inovação e impulsione o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional, atendendo à sua função social, conforme o art. 5º, incisos XXII, XXIII, e XXIX, e art. 170, inciso III, observado também o princípio da livre concorrência, nos termos do art. 170, inciso IV.

Com relação à propriedade intelectual especificamente, assim acrescenta Forgioni²⁵:

No caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5º, XXIX, da CF. Entretanto, para que se dê concreção desse preceito constitucional, é preciso encarar a concessão de exclusivos como instrumento concorrencial. Os direitos de propriedade intelectual não são protegidos pelo sistema para beneficiar o agente econômico, mas para fomentar as inovações e o desenvolvimento, permitindo que o titular desfrute de uma ferramenta de conquista de mercado, da qual seus competidores não dispõem.

Em relação ao Direito Antitruste, a situação não é diferente, já que este também possui finalidades que vão além de temas diretamente concorrenciais. Conforme visto anteriormente, de fato, a própria Constituição Federal já determina que a defesa da concorrência é responsável por observar uma extensa gama de princípios, dentre os quais a função social da propriedade. Dessa forma, ao analisar um caso concreto que envolve o exercício de propriedade intelectual e os direitos a ela relacionados, a autoridade antitruste deve estar ciente de que seu papel vai além de meramente incentivar a inovação e tutelar os direitos dos criadores.

Consequentemente, o pleno exercício do Direito da Concorrência não deve comprometer os demais objetivos da ordem econômica constitucional. É em razão disso que, conforme alega Ana Frazão, o critério de eficiência econômica ou o critério de

²⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 319.

compatibilidade com determinada política econômica não é suficiente para traduzir os propósitos do Direito da Concorrência²⁶:

A resposta para a pergunta sobre as verdadeiras finalidades do Direito da Concorrência apenas pode ser encontrada na Constituição, precisamente no exame dos princípios da ordem econômica, já que o seu art. 173, § 4º, tem natureza meramente instrumental e precisa ser compreendido em conformidade com o disposto no art. 170, cujo caput é claro no sentido de que “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” e em obediência aos demais princípios listados em seus incisos²⁷.

Entende-se, portanto, que a defesa da livre concorrência deixa de ser um fim em si mesmo, que visa apenas a prevenção dos efeitos nocivos do abuso de poder econômico, e passa a ser um instrumento de preservação do bem-estar social e dos princípios constitucionais que se incluem entre os objetivos gerais da política de defesa da concorrência²⁸. Vale ressaltar, que a incorporação destes outros propósitos, na maior parte das vezes, depende muito mais da formação institucional da autoridade antitruste brasileira do que do arcabouço legal e regulamentar existente²⁹.

Ou seja, tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito da Concorrência se prestam aos mesmos objetivos e fins *macro*, quais sejam, a realização dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica. Dessa forma, se tornam não apenas compatíveis, como também complementares e necessários um outro.

Isso porque a promoção da concorrência e dos direitos de propriedade intelectual funciona como uma “via de mão dupla”: enquanto o Direito Antitruste deve fomentar a inovação, que agrega valor à sociedade, beneficia o desenvolvimento nacional e gera bem-estar ao consumidor, o Direito de Propriedade, ao privilegiar a inovação, deve trazer benefícios ao ambiente concorrencial e aos agentes econômicos, sobretudo criando condições legítimas de concorrência nos mercados e pelos mercados.

Ainda que o aspecto constitucional fosse desconsiderado, as legislações ordinárias do Direito de Propriedade e do Direito Antitruste também reconhecem, em seu próprio corpo de normas, o elo entre os dois ramos.

²⁶ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46.

²⁷ FRAZÃO, 2017, p. 46.

²⁸ BRITTO, Tatiana Alessio de. *Neutralidade de Redes – Mercado de dois lados, antitruste e regulação*. 2018. 337 f. Tese (Doutorado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, p. 184.

²⁹ BRITTO, 2018, p. 195.

Como pode ser visto no art. 36, incisos XIV e XIX, da Lei 12.529/2011, dentre as infrações antitruste estão previstas as condutas de “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia” e “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”.

O fato dessas infrações com conteúdo ligado ao uso da propriedade intelectual encontrarem-se previstas na lei que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência demonstra claramente que há a incidência de critérios e parâmetros de análise concorrenciais quando se fala em PI.

A recíproca é verdadeira quando se observa que a Lei de Propriedade Intelectual também prevê consequências para as hipóteses em que os direitos de propriedade intelectual são utilizados de forma abusiva, gerando efeitos anticoncorrenciais. É o caso, por exemplo, do licenciamento compulsório imposto em razão de abuso de poder econômico, nos termos do art. 68, §3º da Lei 9.279/1996. Portanto, resta claro que os dois ramos ora estudados admitem a intervenção do outro.

Vale salientar que todos os Conselheiros do CADE que participaram do julgamento do caso em março deste ano, ainda que diverjam quanto ao mérito da conduta, partem da premissa de que o Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência são complementares e se interpenetram e que o CADE possui competência para analisar os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes do uso dos direitos de propriedade intelectual, entendimento que será adotado neste trabalho e norteará os próximos capítulos. Nessa perspectiva, pontua o Conselheiro Relator Paulo Burnier³⁰:

Desse modo, deve-se reconhecer a relação de complementariedade entre a proteção jurídica da propriedade industrial e a política de defesa da concorrência, já que ambos buscam promover a diferenciação e a inovação, relevantes componentes competitivos. Neste mesmo sentido, entende Joshua D. Wright, em parecer juntado aos autos que afirma: “Os direitos de propriedade industrial e antitruste são melhor compreendidos como regimes complementares que compartilham o objetivo de maximizar o bem-estar econômico”.

Evidentemente, apesar da complementariedade entre os ramos, sua conciliação pode ser uma tarefa complexa a depender do caso concreto, como será visto na análise do

³⁰ Voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yObp51ftgVZUQIYYsXXrJ5RdKdXsehO7TDvn5IQkWTJ4Pempz2wFOXN74QUQLYcTbzKRAfEbLYFF8ZLTYH0uEyZ>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

caso ANFAPE no próximo capítulo. A dificuldade está em compatibilizá-los, por óbvio, mesmo que, como visto, não haja uma barreira intransponível entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência.

Nesse sentido, cabe pontuar que não há uma única teoria apta a analisar o caso ANFAPE. Assim, a suposta abusividade da extensão dos registros de desenho industrial pode ser analisada sob a ótica das teorias da imunidade antitruste; sob a lente do abuso de direito, buscando-se demonstrar o desvio de finalidade no exercício dos RDIs; ou até mesmo a partir da teoria de *essential facility*, observando-se que as peças objeto do registro são peças do tipo *must match*, conforme apontado ao longo da investigação.

Dessa forma, no presente trabalho, será utilizada como parâmetro de análise a lente das imunidades antitruste, mais especificamente o diálogo do caso com a teoria da *state action doctrine*, aplicada para resolver conflitos quanto à responsabilidade pelo ilícito antitruste referente à relação entre o Direito da Concorrência e a regulação, que determina em que hipóteses a regulamentação do governo estadual e municipal está isenta do direito antitruste, ainda que gere uma violação clara das leis antitruste federais³¹.

Assim, nas situações em que desafios como o do caso ANFAPE se apresentam, é necessário considerar, para além de todos os elementos teóricos vistos neste capítulo, também os aspectos políticos, jurídicos e sociais que podem ser afetados por uma decisão, na maior parte das vezes política, que privilegie um ramo ao outro.

1.3 A inovação como elo comum entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

Na relação entre o Direito Antitruste e o Direito de PI, sobretudo nos tempos atuais, um aspecto em especial desencadeia importantes discussões relacionadas à concorrência: a inovação.

Conforme visto no tópico anterior, da mesma forma que a inovação, bem jurídico protegido pelos direitos de propriedade intelectual, estimula a competição nos mercados, também o Direito da Concorrência deve se empenhar em fomentá-la. No entanto, a leitura da inovação sob a ótica do Antitruste não é um desafio trivial.

³¹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005, p. 739.

A inovação, segundo Schumpeter³², consiste na aplicação comercial ou industrial de algo novo – seja isso um novo produto, processo, método de produção; um novo mercado ou fonte de fornecimento ou até mesmo uma nova forma de organização comercial, empresarial ou financeira.

Segundo o autor, essas inovações caracterizam-se como um estímulo estratégico ao desenvolvimento econômico e, historicamente, estão relacionadas com um processo chamado pelo autor de “destruição criativa”, característico do sistema capitalista, em que a estrutura econômica é revolucionada de dentro para fora, continuamente substituindo-se a estrutura antiga e criando-se uma nova³³.

As inovações, sobretudo em mercados notadamente marcados por alta tecnologia e novos modelos de negócios, tais como o setor de *softwares*, internet e telecomunicações, surgem e se estabilizam de maneira extremamente veloz. Seguindo essa dinâmica, além de gerarem novos mercados, as inovações rapidamente acarretarem também o seu crescimento exponencial, diferente do que é observado em mercados cuja atividade central não é focada em produção intelectual.

Conquanto seja incorreta a presunção de que a proteção conferida por um direito de propriedade intelectual a um determinado produto necessariamente resulte em poder de mercado com relação ao produto protegido³⁴, é inquestionável que a noção de poder de mercado, e a expectativa de obtê-lo ou ampliá-lo, exerce um papel importante nas empresas, motivando-as a investirem em pesquisa e desenvolvimento.

Dessa forma, segundo Massimo Motta, a concorrência instiga as empresas a investirem em inovação, de forma a progredirem competitivamente com relação aos seus concorrentes³⁵. Ainda segundo Motta, a competição também é estimulada pela expectativa das empresas de se apropriarem dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento na forma de lucros de mercado³⁶.

Nesse cenário, a busca pela obtenção de lucro e espaço competitivo por meio da inovação lança as empresas em uma corrida por renovações tecnológicas. Essas inovações podem ser substanciais, de modo a introduzir um produto ou processo completamente

³² SCHUMPETER, Joseph. *The Theory of Economic Development: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle* [edição eletrônica]. New York: Routledge, 2017, p. xix.

³³ SCHUMPETER, 2017, p. xx.

³⁴ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005, p. 143.

³⁵ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 56.

³⁶ MOTTA, 2004, p. 58.

novo no mercado. Em outros casos, pode representar pequenas alterações extremamente técnicas, por vezes imperceptíveis ao consumidor médio.

Em todo caso, sejam substanciais ou extremamente pontuais, as inovações trazidas pelos agentes econômicos alteram a dinâmica do mercado, fazendo surgir novas estratégias e arranjos competitivos muitas vezes inéditos à análise antitruste, que exigem especial atenção quanto à conciliação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência em casos concretos.

Farrell e Shapiro³⁷, ao examinarem o sistema patentário nos Estados Unidos, por exemplo, apontam para alguns desses desafios, tais como (i) o número crescente de patentes sendo emitidas, muitas sem preenchimento do requisito de novidade; (ii) o entendimento escasso sobre a tecnologia subjacente às inovações por parte da própria autoridade que concede os registros; (iii) a dificuldade imposta ao mercado quando um único produto é alvo de diferentes proteções – sejam elas patentes diversas ou outros tipos de proteção à propriedade intelectual.

Além disso, Ariel Katz³⁸ também esclarece que como a criação de novos bens intelectuais geralmente se baseia em bens intelectuais anteriores, o próprio aumento da proteção à propriedade intelectual pode inibir essa inovação cumulativa limitando o acesso aos recursos necessários, pelo que haveria um trade-off entre o incentivo à inovação e o acesso a ela.

Esse trade-off entre inovação, Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência é particularmente realçado na chamada Nova Economia³⁹. Nesse sentido, Posner destaca:

Even if the only way to become a network monopolist in the new economy is to be the first to come up with a new technology that benefits consumers, the existence of the monopoly may discourage subsequent technological innovation by other firms. If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of a superior new technology. This is the issue

³⁷ FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 2004, p. 32

³⁸ KATZ, Ariel. *Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power*. Arizona Law Review. v. 39, p. 837-909, 2007, p. 841.

³⁹ Richard Posner, na obra *Antitrust in the New Economy*, utiliza o termo Nova Economia para referir-se a três indústrias distintas, mas que se relacionam. A primeira é a indústria de fabricação de softwares de computador; a segunda consiste nos negócios baseados em Internet (tais como provedores de acesso à internet, provedores de serviços de internet ou provedores de conteúdo e a terceira corresponde à indústria de serviços de comunicação e equipamentos projetados para dar suporte às indústrias anteriores. POSNER, Richard A. *Antitrust in the New Economy*. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 106, 2nd series, 2000, p. 2. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

of “path dependence”: an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network⁴⁰.

Portanto, percebe-se que, nos tempos atuais, em que o conhecimento e a inovação se tornam indispensáveis não apenas ao acesso, mas também à permanência das empresas no mercado, os privilégios de exploração concedidos pelos direitos de propriedade intelectual não apenas mitigam a concorrência, criando monopólios temporários, barreiras à entrada de novos *players* e elevação dos preços, mas podem resultar em elevados prejuízos sociais.⁴¹

Nesse sentido, conforme pontua Katz, tanto a doutrina quanto a legislação encontram-se em uma constante tentativa de calibrar e recalibrar a troca entre a necessidade de fornecer incentivos à inovação e o interesse em permitir o acesso ao fruto de tais inovações⁴².

Os direitos de propriedade intelectual são característicos dos mercados atuais, em consequência direta da importância adquirida pela inovação, que têm ressignificado o processo competitivo. Nesse sentido, as associações tecidas acima entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência demonstram que a necessidade de resguardar e incentivar o interesse ao desenvolvimento deve considerar a inovação como um critério legítimo nas análises concorrenciais.

Frente a isso, no capítulo seguinte, analisaremos o precedente do caso ANFAPE, julgado este ano pelo CADE, que impôs à autoridade antitruste brasileira o desafio de compreender a extensão dos registros de desenho industrial frente às funções e finalidades do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência.

⁴⁰ POSNER, 2000, p. 5.

⁴¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 318.

⁴² KATZ, Ariel. *Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power*. Arizona Law Review. v. 39, p. 837-909, 2007. p. 842.

2. CAPÍTULO 2 – O caso ANFAPE no CADE

2.1 Resumo fático do caso ANFAPE e histórico no CADE

O processo administrativo aqui analisado⁴³ versa sobre a suposta extensão abusiva do direito de propriedade intelectual detido por três montadoras. Mais especificamente, trata da imposição dos registros de desenho industrial detidos por essas montadoras sobre autopeças de reposição, com o suposto fim de impedir a atuação de fabricantes independentes de autopeças (FIAPs) no mercado.

O caso ANFAPE originou-se em abril de 2007, a partir de uma denúncia formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (“ANFAPE”) em face das montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., por supostamente exercerem de maneira abusiva seus direitos de propriedade intelectual.

Conforme alegado pela ANFAPE (“Representante”), as montadoras utilizavam-se de ações judiciais e medidas extrajudiciais a fim de impedir que as fabricantes independentes fabricassem e vendessem autopeças de reposição supostamente protegidas por registros de desenho industrial detidos pelas montadoras.

Nesse sentido, a Representante alegou que essa conduta seria abusiva, uma vez que o exercício dos direitos relacionados à proteção do desenho industrial deveria estar limitado ao mercado primário, relativo à comercialização de veículos novos, não podendo ser estendido ao mercado secundário, relativo à fabricação e comercialização de peças de reposição destinadas ao mercado automotivo.

Segundo a ANFAPE, as fabricantes independentes concorreriam com as montadoras apenas no mercado secundário, também chamado de *aftermarket*, não se observando tal concorrência no mercado originário/primário, ou *foremarket*. Dessa forma, não haveria justificativa econômica e legal para a extensão dos direitos de propriedade intelectual ao mercado secundário, pois os investimentos em pesquisa e desenvolvimento, bem como os esforços competitivos das montadoras, já seriam aplicados e recompensados no mercado primário. Segundo a ANFAPE, a conduta das montadoras se tratava de verdadeira tentativa de monopolizar o mercado secundário.

Em suas defesas, as montadoras sustentaram, de maneira geral, que a proteção conferida pelo registro industrial se trata de monopólio temporário concedido pela própria

⁴³ CADE. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51.

LPI e que, portanto, estariam apenas fazendo uso de seu direito legitimamente concedido pela autoridade competente. Segundo as montadoras, ao conceder o registro, o INPI não fez ressalvas quanto ao exercício dos direitos de desenho industrial no mercado de reposição de autopeças. Além disso, sustentam que, ao contrário do que alega a ANFAPE, o exercício desses direitos no mercado secundário gera efeitos pró-competitivos relacionados ao incentivo à inovação.

Acolhida a Representação da ANFAPE, foi instaurada averiguação preliminar para apurar a existência da suposta conduta. A antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE), ao analisar o feito, sugeriu o arquivamento da averiguação⁴⁴, com a remessa dos autos sob a forma de recurso de ofício ao CADE, por não vislumbrar uso irregular do direito de propriedade intelectual, uma vez que a estreita relação entre o mercado primário e o mercado secundário justificaria o exercício dos direitos de desenho industrial em ambos. Além disso, pontuou que a própria Lei de Propriedade Intelectual não faz distinção entre o exercício dos direitos no mercado primário ou secundário.

Já em sede do recurso de ofício, a Procuradoria Federal Especializada Junto ao CADE (ProCADE) também opinou pelo arquivamento do feito⁴⁵, nos termos da recomendação anteriormente exarada pela SDE, por não vislumbrar conduta infrativa por parte das montadoras. No entanto, a ProCADE destacou que, como parte da sua relevante função de promover uma cultura concorrencial, o Plenário poderia endereçar a necessidade de compatibilização legislativa da matéria referente ao exercício dos direitos de propriedade intelectual, a fim de aprofundar o estudo desses direitos diante das peculiaridades do mercado de reposição:

Nesse sentido, O Plenário do CADE poderia indicar, com base nos estudos da experiência internacional (estudos para implementação de modificações legislativas) levantados pela SDE e pelas representante e representadas, uma sinalização que deveria ser adotada no campo legislativo para melhor compatibilizar a concorrência no mercado de reposição de autopeças e os direitos inerentes à propriedade intelectual previstos na LPI⁴⁶.

⁴⁴ Fls. 2409-2472, Volume 11, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaTOOIkvtMZPHTpalZAqAocDuMZd994Tl85FnwGg3lFuijPHS7N2wgccVaXSDO55RJHjZHhPhLnRYmE3ylNJ7tR>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁴⁵ Fls. 2777-2813, Volume 12, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaRseuLB1nwMVhC0gx_tioGPpgG3xSDOYCyS6rgl8Hr-3ISof17J30-QiKxJcTrwndiYJj9l25MAAdFHMapL98icL>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁴⁶ Fl. 2808, Volume 12, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51.

Por outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) emitiu parecer pelo provimento do recurso de ofício, com a consequente instauração do Processo Administrativo⁴⁷. O órgão considerou importante aprofundar o exame das possíveis eficiências geradas pelas fabricantes independentes no mercado de reposição, considerando que não restou comprovado em que medida a extensão dos direitos de propriedade intelectual ao *aftermarket* é necessária para recuperar investimentos em pesquisa e desenvolvimento e quais seus impactos sobre o preço dos produtos:

=

No entanto, tal conclusão não leva em conta o impacto futuro que a eventual consolidação do monopólio das montadoras sobre as peças com design registrado ("cativas") poderá gerar no mercado, pois é factível que, uma vez garantido o monopólio do setor, as montadoras passem a fixar preços elevados no mercado secundário, a despeito de continuarem competindo no mercado primário.⁴⁸

Encaminhado ao Tribunal do CADE, o recurso de ofício foi julgado na 482ª Sessão Ordinária de Julgamento, em 15 de dezembro de 2010. Na ocasião, por unanimidade, os Conselheiros decidiram pelo provimento do recurso de ofício e determinaram a instauração do processo administrativo.

Nos termos do voto exarado pelo Conselheiro-Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, o caso demandava análise mais aprofundada, uma vez que os efeitos advindos do uso irregular e abusivo dos direitos de registro de desenho industrial poderiam ter efeitos anticoncorrenciais quando desvirtuassem “a finalidade sócio-econômica que justifica a existência desse direito”⁴⁹.

O voto afastou as hipóteses de *sham litigation* e de preço abusivo, além da prática de fraude nos registros de desenho industrial, análise que não seria de competência do CADE. Nesse sentido, o Conselheiro Carlos Ragazzo propôs uma análise à luz da regra da razão, a fim de analisar se os efeitos advindos da imposição dos registros de desenho industrial ao mercado secundário trariam mais benefícios ou mais malefícios ao bem-estar do consumidor e da economia:

⁴⁷ Fls. 3232-3240, Volume 13, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaTzXMdlY7JAvsd9vPfa49OeFyolz5DV8NZ3cTKaKIHASYEy7YhOI0pDVQxUVVYTMm9A9ta1-QBdS8HL-76nyTfB>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁴⁸ Fl. 3237, Volume 13, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51.

⁴⁹ Fl. 3872, Volume 16, Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaSMl3qxZ69-Uzuw3VXuXgPyS2-G9p5NbpUjhnOZVYjugx6EXUEdwmqcc6iYghhIIR0LukXp0PX56Ekl-bqYFKIW>.

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

Instaurado o processo administrativo e após extensa fase instrutória, novos opinativos foram exarados pela Superintendência-Geral (“SG”, antiga SDE), pela ProCADE e pelo MPF, desta vez, todos recomendando a condenação das montadoras por infração à ordem econômica.

Na Nota Técnica nº 15/2016⁵⁰, de junho de 2016, a SG reconheceu indícios de danos à concorrência na imposição, pelas montadoras, de seus registros de desenho industrial às FIAPs, agentes do mercado secundário de autopeças. Os efeitos anticompetitivos decorrentes da conduta, segundo a SG, seriam a criação de um monopólio no mercado de reposição, bem como a geração de efeitos *lock-in*, cenário potencializado pela assimetria de informação do consumidor ao fazer suas escolhas por automóveis no mercado primário.

Para chegar a essa conclusão, a SG considerou: (i) o mercado relevante como sendo cada peça objeto de registro; (ii) que não há imunidade antitruste para os direitos de propriedade intelectual e (iii) que o CADE tem competência para intervir em casos de abuso de direito de propriedade intelectual que gere efeitos anticoncorrenciais.

O Parecer Jurídico nº 42 da ProCADE⁵¹, de março de 2017, reitera a análise feita pela SG, aderindo à recomendação de condenação das Representadas diante dos efeitos

⁵⁰ Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNRajOCvFYuIvCKVspSyOpxjx9EQdDcB01ZrT0WU8kMTCTtf8zF6FELbl90GcqqVaN4y1JP5L5ZZvNVy0Nd4o-5>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁵¹ Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPenLicu0hKFlhmGkXeOqWhzgHOGc4pCXTxh6OSDvR4Z8MqkAUGEEs3IggT-HFCeaX_f8pHWqWYP2Tvl7zYXcBH>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

lesivos vislumbrados, e acrescenta que a conduta das montadoras frustra a boa-fé e legítima expectativa das fabricantes de peças independentes que já atuavam há anos no mercado:⁵²

Este parecer acrescenta à análise do presente processo administrativo a constatação de que as representadas incorrem em venire contra factum proprium, consubstanciado no comportamento contraditório, de quebra de confiança, em nítida violação à boa-fé objetiva, ao intentar impedir a atividade de fabricantes independentes de autopeças, sob alegação de legítimo exercício do direito de propriedade industrial. O emprego de instrumentos econômicos permite demonstrar a contrariedade entre o comportamento inicial e o posterior, que se revela lesivo à concorrência⁵³.

Finalmente, o opinativo do MPF, exarado em julho de 2017, igualmente recomendou a condenação das montadoras. O *parquet* considerou que a responsabilidade antitruste é objetiva, prescindindo, portanto, de uma avaliação da culpa ou dolo do agente. Além disso, entendeu que tanto uma avaliação jurídico-constitucional quanto uma análise pela regra da razão, segundo critérios econômicos e concorrenciais, tornavam evidentes os efeitos anticompetitivos decorrentes da conduta das Representadas, superiores às eficiências levantadas pelas montadoras.

2.2 Julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51

Conhecendo os fatos e principais características do caso, é necessário analisarmos os argumentos utilizados por cada Conselheiro na formação de suas convicções, já em sede do julgamento do processo administrativo. As recomendações do Plenário encontraram-se divididas, com 3 (três) Conselheiros favoráveis à condenação e 4 (quatro) favoráveis ao arquivamento do processo, o que nos mostra a dificuldade de se decidir sobre a matéria no caso em quem questão.

Nesse sentido, o bloco favorável à condenação das Representadas foi composto pelos votos do Conselheiro João Paulo de Resende; do Presidente do Tribunal do CADE, Alexandre Barreto, e do próprio relator do caso, Conselheiro Paulo Burnier. Este último,

⁵² Na ocasião da 115ª Sessão Ordinária de Julgamento, o atual Procurador-Chefe junto ao CADE, Dr. Walter de Agra Junior, exarou novo parecer, retificando a manifestação anterior, pelo que a ProCADE passou a sugerir o arquivamento do PA com relação à Fiat, Ford e Volkswagen.

⁵³ Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPenLicu0hKFlhmGkXeOqWhzgHOGc4pCXTxh6OSDvR4Z8MqkAUGEEs3IggT-HFCeaX_f8pHWqWYP2Tvl7zYXcBH>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

em especial, deve ser descrito em mais detalhes, por inaugurar e apresentar os argumentos que serão rebatidos ou reiterados nos demais opinativos.

Dessa forma, na ocasião da 115ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida em 22 de novembro de 2017, o Conselheiro-Relator Paulo Burnier exarou voto⁵⁴ pela condenação de todas as Representadas por infração à ordem econômica, em razão do exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual detidos pelas montadoras sobre o mercado de autopeças de reposição (*aftermarket*), configurando as hipóteses legais do art. 20, incisos I (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), II (dominar mercado relevante de bens ou serviços) e IV (exercer de forma abusiva posição dominante) c/c o artigo 21, inciso V (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) da Lei 8.884/94, aos quais correspondem ao art. 36, I, II e IV, bem como § 3º, III, IV, XIV e XIX da Lei nº 12.529/2011.

Em seu voto, consoante com o entendimento da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF, conforme os pareceres e nota técnica vistos anteriormente, o Conselheiro-Relator identificou que as Representadas faziam uso da proteção sobre seus desenhos industriais de forma a impedir ou criar dificuldades à atuação dos fabricantes de peças automotivas no mercado, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais.

O primeiro elemento de convencimento que o Relator buscou compreender foi se existiriam ou não efeitos anticompetitivos injustificados. Para tanto, efetuou uma análise concorrencial tradicional, pela qual identificou os seguintes efeitos: *lock-in*, assimetria de informação do consumidor e consideráveis custos de substituição (*switching costs*), todos em razão do potencial de monopolização gerado pela imposição da proteção dos desenhos no mercado secundário de peças de reposição.

Comprovados esses efeitos, o segundo elemento analisado pelo relator foi a alegação das Representadas de que se trataria de um exercício regular de direito e que, nessa condição, a imposição das proteções ao mercado secundário não excederia os limites econômicos, sociais, bem como os limites da boa-fé.

⁵⁴ Voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yObp51ftgVZUQIYYsXXrJ5RdKdXsehO7TDvn5IQkWTJ4Pemzp2wFOXN74QUOLYcTbzKRAfEbLYFF8ZLTYH0uEyZ>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

Seguindo esses dois focos de análise, o Relator enumera e rechaça cinco premissas levantadas pelas Representadas, a fim de cobrir todas as questões de mérito do caso. A primeira delas diz que o CADE estaria invadindo a competência do INPI caso entendesse pelo exercício abusivo do direito de PI. Segundo o Conselheiro, essa premissa seria falsa já que o INPI é responsável pela fase de obtenção do direito de PI, enquanto ao CADE caberia a análise quanto ao exercício desse direito e sua potencial abusividade. Ou seja, ao empreender sua análise, o CADE não examinaria em momento algum a validade da concessão do direito e seu registro.

A segunda premissa rechaçada é a de que o Poder Judiciário brasileiro já firmou posicionamento favorável às montadoras sobre a matéria e que, portanto, não caberia ao CADE decidir sobre a abusividade da conduta. Novamente, o Conselheiro Burnier esclarece que a premissa é falsa em razão do tipo de análise e do foco utilizados por um juiz de direito em comparação com os parâmetros aplicados pelo CADE.

Assim, enquanto a autarquia analisa os efeitos sistêmicos das práticas comerciais das montadoras no ambiente comercial, seja através de ações judiciais ou por outros meios, o juiz de direito decidirá apenas uma pretensão privada ajuizada pelas montadoras contra os fabricantes de peças, em uma investigação menos ampla e sem a perspectiva e expertise concorrencial que acompanham a atuação do CADE, tornando-o o fórum mais adequado para a discussão dos impactos econômicos dos registros de propriedade intelectual.

Em seguida, a terceira premissa identificada como falsa é a de que todo direito de propriedade intelectual gera monopólio. Os esclarecimentos prestados nesse eixo são particularmente interessantes e importantes para a análise que será desenvolvida mais adiante no presente trabalho. Isso porque o Relator elucida que apesar dos direitos de propriedade intelectual conferirem um direito de exclusividade aos seus detentores, essa exclusividade não é sinônima de monopólio sobre o mercado, mas apenas exclusividade sobre o uso do objeto da proteção.

Por sua vez, a quarta falsa premissa está diretamente ligada às supostas justificativas apresentadas pelas Representadas para comprovar as eficiências decorrentes da imposição dos desenhos industriais ao *aftermarket*, quais sejam: i) incentivo à inovação, (ii) recuperação dos custos de pesquisa, (iii) garantia de qualidade e segurança, (iv) impedimento de indução ao erro dos consumidores e (v) prática de “*cherry picking*” pelas FIAPs.

O voto do relator conclui que todas essas supostas eficiências não são de fato observáveis quando se analisa o mercado secundário do setor automotivo. Nesse sentido, não há incentivo à inovação porque o mercado secundário depende da reprodução idêntica das peças protegidas para seu funcionamento, não podendo haver qualquer alteração no *design* das mesmas.

Essa conclusão é utilizada pelo relator para apontar a quarta premissa falsa: de que a proteção no mercado secundário incentiva a inovação nos designs das peças automotivas visíveis. Em razão do *design* ser voltado para o mercado primário, também é inverídico que a extensão do direito de propriedade ao mercado secundário seria necessária para recuperar investimentos de pesquisa e desenvolvimento, pois tais custos seriam plenamente recuperados no mercado originário.

Quanto à garantia de segurança e qualidade, além de não serem as montadoras as responsáveis legítimas para regularem tais quesitos, o relator aponta que não há qualquer fator que indique a correlação fática entre os desenhos industriais e a qualidade e segurança dos produtos. Da mesma forma, também não haveria qualquer relação entre o exercício do direito de propriedade intelectual e a proteção dos consumidores da venda de peças genéricas, que poderiam ser tomadas como originais. No que se refere à última eficiência injustificada, o relator mostra que não há prática de *cherry picking* por parte dos fabricantes independentes, uma vez que as montadoras possuem uma obrigação legal de manter peças de reposição disponíveis e que tal obrigação não gera prejuízos excessivos às empresas.

Finalmente, a quinta e última premissa contraposta é a de que eventual condenação do CADE geraria insegurança jurídica. Para o relator, essa premissa é falsa já que, no Brasil, historicamente, montadoras e fabricantes independentes de peças de reposição no mercado secundário coexistiram pacificamente sem qualquer necessidade de licenciamento, de modo que não a condenação, mas uma eventual decisão de arquivamento, seria capaz de alterar o comportamento empresarial das montadoras em detrimento da concorrência no mercado, do desenvolvimento da economia e do melhor interesses dos consumidores.

Os outros dois votos que acompanharam a recomendação de condenação do Relator foram proferidos na 119ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida no dia 14 de

março de 2018. O primeiro deles⁵⁵, apresentado pelo Conselheiro João Paulo de Resende, após pedido de vista na sessão anterior, analisa se os efeitos anticoncorrenciais do art. 20 da Lei 8.884/1994, correspondente ao art. 36 da Lei 12.529/2011, são produzidos e se, caso constatados esses efeitos, não haveria imunidade antitruste para a atuação legítima das montadoras.

Seguindo esse encadeamento lógico, o Conselheiro reforça que, no mercado automobilístico, os consumidores são afetados pelo efeito *lock-in* e pela assimetria de informação, sendo inviável a substituição do automóvel caso o consumidor decida por não adquirir as peças de um fabricante específico, devido a elevados *switching costs*, conforme já apontado no voto do Conselheiro Relator. Além disso, ressalta que as peças objeto de proteção no caso em apreço são peças do tipo *must-match*, ou seja, visam à restituição perfeita da aparência original do automóvel, pelo que não há concorrência entre essas peças e as peças *tunning* (peças destinadas à personalização).

Nesse sentido, o Conselheiro aponta que a monopolização no mercado secundário, com a imposição dos registros de desenho industrial, seria inevitável, sendo também inquestionáveis os prejuízos aos consumidores e ao ambiente concorrencial, desde o fechamento de negócios até uma possível seleção adversa dos automóveis no mercado primário, não havendo qualquer previsão de imunidade antitruste no ordenamento brasileiro aos direitos de propriedade intelectual.

O último voto a integrar o bloco pela condenação das Representadas foi o do Presidente do Tribunal Administrativo do CADE, Alexandre Barreto. Em seu voto-vogal⁵⁶, o Presidente reafirma que o CADE tem competência para analisar e julgar condutas que envolvam direitos de propriedade industrial, além do que ressalta a aplicabilidade do direito da concorrência no controle dos efeitos econômico-concorrenciais envolvendo os direitos de propriedade intelectual. Ademais, adere também ao entendimento apresentado pelo Relator de que cada peça de reposição consistiria em um mercado relevante distinto.

⁵⁵ Voto do Conselheiro João Paulo de Resende em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP7zQZOICBP93ZvI05MaVyNmmXvxe6tY4lzMIVvL65LyKlib0KnaHfMptXKyfmCjuiS0pas9Zj8DZjoWCvX0M4a>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁵⁶ Voto do Conselheiro Alexandre Barreto em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPLUc46eDAn8FF5e9jdzNg-wV39_KKd6VtA-JrK4xQTw-LZzT48573MyQ6zxOB4HRPDm8Vu7sn-RSRwUwMxlvrD>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

Os votos divergentes foram inaugurados pelo Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira⁵⁷, proferido na 117ª Sessão Ordinária de Julgamento, já em 2018. O Conselheiro esclareceu que não há antagonismo entre ambos os microssistemas do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência e que, nesse sentido, o CADE é competente para analisar o suposto abuso do direito de propriedade intelectual apresentado no caso concreto.

No mérito, o Conselheiro Maurício Bandeira foca seu voto em responder se a proteção dos registros de desenho industrial pode ou não ser oponível a terceiros, no caso, o mercado de reposição, ou se estaria restrita ao mercado originário. Na opinião do Conselheiro, não houve abuso por parte das montadoras, mas mero exercício regular de seu direito, validamente concedido pelo INPI. Nesse sentido, apesar de reconhecer que o mercado relevante é constituído por cada peça de reposição individualmente, aponta que os efeitos vislumbrados na concorrência são inerentes à exclusividade e à legalidade da conduta, não havendo limitação do exercício ao escopo do mercado.

Seguindo a linha da divergência inaugurada pelo Conselheiro Bandeira Maia, a Conselheira Cristiane Alkmin orienta sua análise com base nas seguintes perguntas⁵⁸: (i) qual a conduta anticompetitiva no processo em apreço?, (ii) quais os agentes cometendo e sofrendo o dano?, (iii) quais os mercados relevantes?. Para a Conselheira, a abusividade do registro de desenho industrial não foi acompanhada da demonstração de dano, ao mesmo tempo em que nem a conduta e, portanto, os agentes, nem o mercado relevante foram definidos. Dessa forma, a Conselheira entendeu que, ainda que a concorrência possa ser prejudicada, os registros de desenho industrial tratam-se de monopólio legal conferido pelo Estado, pelo que não poderiam ser enfrentados em sede de processo administrativo sancionador.

⁵⁷ Voto do Conselheiro Maurício Bandeira Maia em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁵⁸ Voto da Conselheira Cristiane Alkmin em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO_j0btLt7z5Bd-VkULxuggsTDrMCWxQpsLVByy03nZITkAAGwOYdS89Zl3gNoQ4ZJXqVIBFugbPPjIWIUukSOG>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

A Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova também exarou voto⁵⁹ pelo arquivamento do Processo Administrativo contra as montadoras, afirmando que a propriedade intelectual é, por si só, excludente como todo direito de propriedade, já que confere ao titular desse direito o poder de delimitar como terceiros poderão atuar sobre a propriedade. Nesse sentido, a Conselheira faz a seguinte ponderação⁶⁰:

Não há pretender esperar que um titular de direito de propriedade industrial deixe de exercer a sua exclusividade contra todo e qualquer um se este foi o objetivo ao solicitar e obter o registro perante o INPI. A análise que deve ser realizada pela autoridade antitruste, portanto, é se houve algum abuso do agente econômico ao exercer a exclusividade.

Dessa forma, a Conselheira pontua que os diplomas legais brasileiros, seja a Constituição, seja a legislação infraconstitucional, não determinam qualquer distinção ou delimitação entre os limites do direito de propriedade industrial no mercado primário ou no mercado secundário, pelo que não há que se falar em exercício abusivo do direito, nos termos expostos pela Conselheira, sobretudo quando se observa que não há qualquer pedido das FIAPs pelo licenciamento dos desenhos.

Finalmente, o último voto a incluir as recomendações de arquivamento do processo administrativo foi proferido pela Conselheira Paula Azevedo⁶¹, acompanhando a divergência aberta pelo Conselheiro Maurício Bandeira. Na mesma linha dos votos anteriores, a Conselheira reafirma que o exercício do direito de propriedade intelectual, mais especificamente da proteção do desenho industrial no *aftermarket* do setor automotivo, é uma permissão assegurada em lei e que não se verificam abusos *in concreto*

⁵⁹ Voto da Conselheira Polyanna Vilanova em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMOn1zM-8ZXsAVkC6PKjWLxq7MhflmWnhwCdcqJcVaM9D0b2LJj2pu7dxy2P2sfRgn2XrFKiAASeZDea58W_uUP>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

⁶⁰ Voto da Conselheira Polyanna Vilanova em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

⁶¹ Voto da Conselheira Paula Azevedo em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicb_uRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP75CUrW9e_u23-t_UpAA7ri7G7oco4Y16wY-2GIEH3gcvzBi4QneYBHZMjeuGORTHbuEoj44rszDaIcelfuXedX>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

do seu exercício no caso em apreço, uma vez que medidas judiciais e extrajudiciais estariam dentro dos limites de proteção estabelecidos pela lei.

Ressalta ainda que o cerne da análise do caso ANFAPE está no exercício abusivo do direito e não na possível abusividade do direito em abstrato, o que levaria ao afastamento da ilicitude neste processo administrativo e à impossibilidade de impedimento, por decisão do CADE, da imposição desses registros no mercado secundário.

3. CAPÍTULO 3 - Análise do paradigma concorrencial do Caso ANFAPE

3.1 A complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e defesa da concorrência

Percebe-se da análise dos votos que a questão central que orientou os opinativos divergentes, levando o Processo Administrativo a ser arquivado pela ausência de exercício abusivo do direito de propriedade intelectual pela extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket*, residiu na alegação de que esse registro foi validamente concedido pelo INPI e é garantido pela Lei de Propriedade Intelectual, que não faz distinção entre mercado primário ou secundário.

Assim, os registros de desenho industrial caracterizar-se-iam como monopólio legal conferido pelo Estado, pelo que não caberia ao CADE questionar e decidir, via processo administrativo sancionador, os possíveis efeitos anticompetitivos do direito em abstrato, concedido por lei.

Nesse sentido, visto que o direito de propriedade intelectual confere aos seus detentores a exclusividade de exploração dos registros de desenho industrial, não haveria conduta ilícita, ainda que os efeitos potenciais do direito garantido em lei sejam reconhecidamente prejudiciais à concorrência e aos agentes do mercado secundário. Vejamos os votos abaixo:

Desse modo, qualquer outra análise consistiria em adentrar na competência de outras esferas. Ainda que esteja no escopo das competências deste Conselho analisar eventuais condutas anticoncorrenciais envolvendo direito de propriedade intelectual, não cabe a este Conselho afastar a aplicação de uma lei. Este posicionamento já foi adotado pelo CADE em outros casos, como no Processo Administrativo 08012.008602/2005-09, em voto de Relatoria do ex-Conselheiro Gilvandro Araújo, no qual se pontuou que, **ainda que houvesse potenciais efeitos anticoncorrenciais no estabelecimento de parâmetros de remuneração, não caberia ao CADE condenar a conduta autorizada por lei.**⁶²

⁶² Voto da Conselheira Paula Azevedo em sede do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

Não há provas para condenação: os “efeitos anticompetitivos” são consequências da Lei, não da conduta das montadoras. Portanto, não há infração à ordem econômica; [...] **Se não há infração à ordem econômica por parte das montadoras, então não há que se falar em efeitos anticompetitivos advindos de condutas anticompetitivas, ainda que os efeitos de uma PI possam ser (e devam ser) prejudiciais a concorrência e resultar em lucro extra para o detentor do RDI.**⁶³

Em outras palavras, a prática investigada não se cinge ao registro, e sim ao abuso no exercício do direito em si. O comportamento abusivo, como já afirmado, é configurado na ausência de racionalidade econômica para o agente que o adotou, senão pelo provável efeito negativo sobre a concorrência. **Ou seja, não se deve punir as condutas e estratégias que, na busca do lucro, resultem – ou possam resultar – na produção de impactos negativos sobre as firmas rivais, sem ponderar se haveria racionalidade na conduta, ou ainda efeitos positivos que se sobrepusessem aos efeitos negativos. A abusividade não está nem na agressividade da estratégia, tampouco na constatação do prejuízo efetivo ou potencial aos rivais em consequência da sua implementação,** mas sim na inversão da causalidade entre maximização dos ganhos pelo autor da conduta e o prejuízo decorrente ao ambiente concorrencial.⁶⁴

Para não se chegar a resultados despropositados como os já descritos acima, é preciso observar que a proteção ao direito de propriedade intelectual ocorre com vistas a estimular o desenvolvimento e inovação tecnológica, tendo como efeito necessário à consecução desses objetivos a mitigação temporária, porém legal, à livre concorrência e à livre iniciativa. Em certa medida, é isso que está ocorrendo neste rumoroso caso, pois as Representadas nada mais fizeram do que cumprir e fazer cumprir a lei e os direitos de propriedade que lhes foram assegurados pelo art. 42 da Lei n° 9.279/1996, **ainda que esse cumprimento possa ter efeitos negativos na esfera concorrencial.**⁶⁵

⁶³ Voto da Conselheira Cristiane Alkmin em sede do Processo Administrativo n° 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

⁶⁴ Voto da Conselheira Polyanna Vilanova em sede do Processo Administrativo n° 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

⁶⁵ Voto do Conselheiro Maurício Bandeira Maia em sede do Processo Administrativo n° 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

Dessa forma, o presente capítulo busca mostrar que, diante dos efeitos supracitados, ainda que potenciais, o CADE não deveria se abster de enfrentar a matéria do ponto de vista concorrencial em razão de lei específica que regula o direito de propriedade industrial.

Para chegarmos a essa conclusão, em primeiro lugar, é necessário voltarmos nosso olhar novamente para as peculiaridades do caso concreto e o tipo de análise que ele exige. Em face dos aspectos legais e teóricos expostos nos capítulos anteriores, percebe-se uma característica fundamental da proteção dos desenhos industriais: a estreita relação que o desenho industrial guarda com o visível ou visualmente perceptível. Não por outra razão, o desenho industrial é composto por aspectos tridimensionais (forma plástica ornamental) ou por aspectos bidimensionais (conjunto ornamental de linhas e cores)⁶⁶.

Dessa forma, diferentemente da proteção conferida por meio das patentes, por exemplo, que consideram a atividade inventiva, aspecto de difícil percepção a um observador sem conhecimento técnico, o desenho deve ser reconhecido visualmente.

Reconhecer essa relação nos permite compreender uma particularidade fundamental do direito de propriedade relacionado ao desenho industrial: seu objeto de proteção é a estética. Quanto ao conteúdo da proteção de desenhos industriais, assim expõe Denis Borges Barbosa⁶⁷:

Essencial é se ter em mente que a proteção é ao dado *ornamental* do produto, e não a qualquer funcionalidade; assim, ainda que as imagens e especificações do desenho indiquem um produto inteiro, a propriedade não abrange a *utilidade industrial* do produto, mas só a feição estética.

Esse também é o entendimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), segundo a qual a proteção legal resultante do registro de desenho industrial é conferida especificamente ao *design* aplicado ou incorporado a algum artigo. A ênfase, portanto, é na concepção abstrata ou na ideia por trás do desenho, de modo que quaisquer características técnicas do objeto são protegidas por outras modalidades de proteção que não o desenho industrial⁶⁸.

⁶⁶ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *What is Intellectual Property?*, WIPO Publication No. 450(E), p. 13. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

⁶⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 868.

⁶⁸ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO Intellectual Property Handbook*. 2008, p. 113-114. Disponível em:

Ainda segundo essa concepção, a própria OMPI reconhece a centralidade da estética na proteção do desenho industrial, inclusive como diferencial competitivo⁶⁹:

Visual appeal is one of the considerations that influence the decision of consumers to prefer one product over another, particularly in areas where a range of products performing the same function is available in the market. In these latter situations, if the technical performance of the various products offered by different manufacturers is relatively equal, aesthetic appeal, along with, of course, cost, will determine the consumer's choice. The legal protection of industrial designs thus serves the important function of protecting one of the distinctive elements by which manufacturers achieve market success. In so doing, by rewarding the creator for the effort which has produced the industrial design, legal protection serves as an incentive to the investment of resources in fostering the design element of production.

A percepção de que o desenho industrial e, conseqüentemente, o *design* a ele agregado, influenciam na escolha do consumidor e se tornam uma variável importante nos mercados destes produtos remete à ideia de inovação tratada no capítulo 1.

No precedente ora analisado, a inovação dá-se justamente sobre a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores, ou seja, sobre o seu *design*, que atrai a análise do Direito da Concorrência, pois torna-se um elemento de extrema relevância na competição no mercado.

Nessa linha, é necessário observar, conforme dito anteriormente, que o Antitruste já não é mais tratado como um ramo preso única e exclusivamente a análises econômicas, como estabelecia a Escola de Chicago. Conforme visto no tópico 1.2, o Antitruste não apenas interage com o Direito de Propriedade Intelectual, mas com o ordenamento constitucional brasileiro por inteiro. Dessa forma, os mecanismos utilizados pelo CADE na defesa do Direito da Concorrência devem incluir critérios que extrapolem a teoria econômica.

Sobre a necessidade de evolução do método antitruste, assim esclarece a autora Ana Frazão:

Conseqüentemente, os modelos econômicos consequencialistas não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor e como diretrizes da aplicação do Direito da Concorrência. Em parte, tal constatação decorre do reconhecimento de que, não obstante o alto desenvolvimento da teoria econômica, nenhum método pode ser considerado infalível ou idôneo para contemplar todas as preocupações do Direito Antitruste. Afinal, um dos

<http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

⁶⁹ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2008, p.112.

saldos deixados por Gadamer para o atual debate científico foi exatamente o fim da idolatria do método.⁷⁰

Somente com a superação da teoria econômica e a utilização de critérios que considerem os valores constitucionais da função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores e os ditames da justiça social, o Direito da Concorrência será capaz de realizar os objetivos que se propõe a cumprir.

Trata-se, portanto, da busca e até mesmo da necessidade de haver um pluralismo metodológico no Antitruste⁷¹, que considere a multiplicidade de mercados, cada um com suas particularidades e variáveis, bem como os diversos arranjos e interações entre os agentes econômicos em cada um deles.

É claro que essa abertura jurídica a novas metodologias encontra diversas dificuldades, tais como a legitimidade e a capacidade técnica da autoridade antitruste de realizar análises que protejam objetivos de políticas públicas mais amplas que a defesa da concorrência, a possível ineficiência do arcabouço legal do antitruste para fundamentar essa análise e tutelar de maneira suficiente outras políticas públicas, além da própria insegurança jurídica que decisões com metodologias mais amplas podem gerar para os administrados.

Diante desse cenário, as autoridades devem estar atentas às possíveis dificuldades na ampliação das metodologias de resolução dos conflitos, que deve ser feita com cuidado metodológico, a fim de que não se torne discricionária e comprometa a finalidade do Direito. Para tanto, é necessário que as matérias tuteláveis estejam minimamente conectadas ao Direito Antitruste, justificando a intervenção da autoridade

Nesse cenário, é necessário esclarecer que ainda que o Direito Antitruste seja importante para a compreensão do Direito de Propriedade Intelectual, pois, em última análise, ambos procuram incentivar a inovação e preservar o processo competitivo, isso não importa na conclusão de que ele é o único ou o mais eficiente para apreciar e solucionar todos os desafios práticos que se colocam perante o CADE quando se trata de abuso de exercício do direito de propriedade.

A análise antitruste tem um papel relevante na avaliação dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes do exercício dos direitos de propriedade, mas de maneira nenhuma se pretende afirmar que ela é suficiente para esgotar todos os contornos, nuances e problemas por trás da matéria.

⁷⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44.

⁷¹ FRAZÃO, 2017, p. 63.

Existem aspectos técnico-econômicos relativos aos desenhos industriais e à propriedade intelectual como um todo que precisam ser ordenados normativamente, aspectos que o direito da concorrência não consegue tutelar e disciplinar integralmente, já que, conforme visto nos capítulos anteriores, a livre concorrência não é um valor absoluto.

Em razão disso, é preciso ter em mente que o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual desempenham papéis complementares na promoção de mercados competitivos, igualmente incentivando a inovação e protegendo o bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, ainda que a Propriedade Intelectual não seja vista sob uma perspectiva de regulação setorial intensa, já que o INPI consiste em uma autoridade de registro e não em uma agência reguladora propriamente dita, optamos por fazer uma aproximação entre a política de propriedade intelectual e os setores regulados.

Essa escolha foi feita a fim de demonstrar que se mesmo em setores em que o Estado intervém indiretamente para implementar políticas de governo⁷², não há previsão de imunidade antitruste irrestrita, podendo a legislação concorrencial incidir sobre os casos em que a regulação for incompatível com a defesa da concorrência, o mesmo é verdade para as políticas de propriedade intelectual protegidas pela LPI.

Assim descreve Patrícia Regina Pinheiro Sampaio em sua tese⁷³:

De toda forma, um modelo ideal de interação entre entidades reguladoras e setoriais deverá propiciar que a regulação seja formulada sob as lentes da promoção da concorrência, permitindo a criação de uma “cultura concorrencial” ou de uma “regulação para a concorrência”, buscando-se coerência em termos de política pública e cooperação entre as entidades. A boa regulação deve ser promotora da rivalidade entre os agentes econômicos, evitando a edição de normas que restrinjam desnecessariamente o caráter competitivo do mercado regulado ou a formação de estruturas concentradas de poder que tornem provável práticas de abuso unilateral de posição dominante ou coordenação colusiva.

⁷² Neste trabalho, parte-se do conceito de regulação enquanto atuação estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”, conforme adotado por Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 575.

⁷³ SAMPAIO, Patrícia R. P. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. 2012. 437 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 76.

No *enforcement* da propriedade intelectual no Brasil, ainda que não haja uma entidade reguladora propriamente dita, a LPI é a expressão das escolhas políticas adotadas pelo legislador para o ordenamento. Nesse sentido, as afirmações feitas no trecho acima também são válidas para as disposições da LPI e, conseqüentemente, para as políticas de defesa da propriedade intelectual no Brasil, que não devem promover, desnecessariamente, restrições à livre concorrência.

Ocorre que, conforme descrito anteriormente, as políticas de defesa da propriedade intelectual utilizam-se de instrumentos e abordagens diferentes daqueles empregados pelos órgãos de defesa da concorrência, assim como os setores regulados, conforme indicado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) em guia de melhores práticas a respeito da divisão de competências entre órgãos reguladores e autoridades de defesa da concorrência⁷⁴, consoante tabela⁷⁵ abaixo:

Table 1. Institutional characteristics of sector regulators and competition authorities

| | Sector Regulator | Competition Authority |
|--------------------|---|---|
| A. Mandate | Substitute for lack of competition; broad range of socio-economic goals | Protect and enhance process of competition; emphasis on efficiency goals and consumer welfare |
| B. Approach | <ul style="list-style-type: none"> - attenuate effects of market power wielded by natural or network monopoly - impose and monitor behavioural conditions - <i>ex-ante</i> prescriptive approach - frequent interventions requiring continual flow of information | <ul style="list-style-type: none"> - forestall and penalize anticompetitive conduct - impose structural (and behavioural) remedies - <i>ex-post</i> enforcement (except with merger review) - information gathered in case of investigation; more reliant on complaints |

⁷⁴ UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies*. Genebra: UNCTAD, 2006, p. 4. Disponível em <<http://www.unctad.org>>. Acesso em 03 de novembro de 2018.

⁷⁵ A tabela foi adaptada pela UNCTAD de estudo da OCDE, Relationship between regulators and competition authorities.1999. DAFFE/CLP(99)8.

De acordo com as considerações da UNCTAD, ao passo em que as autoridades regulatórias possuem atribuições mais abrangentes, abarcando um amplo rol de objetivos socioeconômicos, com uma atuação de cunho prospectivo que envolve intervenções e monitoramento frequentes, as autoridades de defesa da concorrência estão voltadas prioritariamente para a aprimoração do processo competitivo, reprimindo pontualmente condutas anticoncorrenciais identificadas em casos concretos, através da imposição de remédios estruturais e comportamentais capazes de dissuadir a prática dessas condutas.

Nesse aspecto, as políticas de defesa da propriedade intelectual são menos abrangentes que políticas setoriais, porém seus mandatos legais e abordagem atuam de maneira semelhante, fazendo com que a competição ceda espaço a outros fins.

Em razão dessas diferenças, é inevitável que surjam conflitos e atritos na escolha dos métodos e na decisão quanto à capacidade do CADE de resolver um determinado dilema relacionado ao direito de propriedade intelectual de maneira mais eficiente. Soma-se a isso o fato de que a delimitação das competências e limites de atuação da autoridade antitruste diante dos limites da Lei de Defesa da Concorrência e da Lei de Propriedade Intelectual não é perfeitamente identificável na resolução de conflitos que envolvem aspectos econômicos, técnicos e concorrenciais.

Nesse sentido, não se ignora o fato de que da mesma forma que decisões políticas a respeito do direito de propriedade intelectual podem afetar as condições de concorrência entre os agentes do setor e, em última escala, os próprios consumidores, decisões da autoridade concorrential também causam impactos nas políticas de propriedade intelectual.

Dessa forma, os ditames da Lei 9.279/96, bem como o papel do INPI na concessão dos registros de desenho industrial, se mantêm relevantes, assim como a atuação das autoridades de defesa da concorrência. Em verdade, a própria UNCTAD, no guia anteriormente citado neste trabalho, destaca que deve haver cooperação e transparência entre autoridades reguladoras e autoridades da defesa da concorrência a fim de construir políticas públicas coerentes⁷⁶:

In setting out to define the respective competences of competition authorities and regulatory bodies, most countries have recognized the need to foster close cooperation and policy coherence between these

⁷⁶ UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies*. Genebra: UNCTAD, 2006, p. 4. Disponível em <<http://www.unctad.org>>. Acesso em 03 de novembro de 2018.

two groups of regulators in the implementation of their respective mandates. A key element of this cooperation is the timely exchange of information and prior consultation between sector regulators and competition authorities on issues that impact on one another's areas of specialization. A number of jurisdictions have created regulators' forums through which sector regulators and the competition authority keep in regular contact and strengthen and consolidate their cooperation and coordination. In some jurisdictions the competition authority has concluded memoranda of understanding with other regulatory bodies, which typically set out the manner in which the parties will interact with respect to issues that require joint action.

Mais um vez, a necessidade de transparência e cooperação aplica-se igualmente à relação entre a legislação de propriedade intelectual e a autoridade antitruste. Ou seja, a despeito das especificidades de cada jurisdição, dos arranjos institucionais e das particularidades de cada mercado, um sistema de competências complementares que seja transparente e, preferencialmente, institucionalizado, é de suma importância para a afirmação de políticas públicas coerentes, sem que as competências de uma usurpem as da outra.

Nessa tarefa, vale acrescentar que o diálogo entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual não deve ocorrer apenas na ocasião da edição de uma norma, por exemplo, o que exigiria uma consulta *a priori*. Do contrário, um acompanhamento *a posteriori* também é de suma importância. O intercâmbio constante de informações e a cooperação faz-se necessário, inclusive, em benefício direto aos próprios agentes de mercado, pois políticas públicas alinhadas geram menos custos aos administrados.

3.2 A atuação do CADE diante das justificativas econômicas e jurídicas à intervenção do Antitruste no caso concreto

Feitas essas considerações quanto à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e Concorrência, não parece acertado que previsões legislativas que disciplinem os direitos de propriedade intelectual e o seu exercício, em seus aspectos técnicos, retirem a matéria do campo de competência do CADE.

Nesse sentido, o julgamento e o posicionamento majoritário dos Conselheiros, em que quatro dos sete votos foram pelo arquivamento do processo administrativo instaurado em desfavor das montadoras, representou, em última análise, uma escolha pelo formalismo jurídico.

Essa escolha, traduzida aqui no arquivamento do caso em razão da existência de lei específica (Lei 9.279/96) que é silente sobre a extensão dos direitos de propriedade intelectual a depender do mercado, de modo que os efeitos anticompetitivos seriam em decorrência da lei, parece contraditória diante de um ordenamento que reconhecidamente compreende que toda a ordem jurídica deve ser lida a partir de uma ótica pautada por valores constitucionais⁷⁷.

A pergunta que surge então, diante das particularidades do caso ANFAPE e da hipótese de exercício abusivo do direito de propriedade intelectual pela extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket* é: em que medida o CADE pode atuar, ao aplicar o Direito Antitruste, quando a lei específica sobre a propriedade intelectual é silente sobre a mitigação da concorrência quando há um mercado primário e secundário para um determinado setor da economia?

Novamente, busca-se a resposta na solução que é dada para os casos de embate entre o Direito da Concorrência e a regulação. Nessas situações, em que se discute a possibilidade de o Direito Antitruste incidir sobre setores regulados, o próprio CADE tem recorrido à chamada *state action doctrine*, teoria da jurisprudência norte-americana que prevê que alguns atos estatais não estariam isentos da incidência da legislação antitruste.

Ao aplicar a *state action doctrine*, os tribunais buscam identificar: (i) a intenção do Estado de restringir a concorrência e (ii) o grau de envolvimento do Estado na atividade em termos de implementação, supervisão ou controle.⁷⁸ Ou seja, a restrição observada deve decorrer de uma política clara e direta que vise a substituir o sistema concorrencial pela regulação e deve haver supervisão ativa do Estado sobre a implementação dessa política pelos agentes econômicos privados⁷⁹.

A despeito das políticas de defesa dos direitos de propriedade intelectual não decorrerem de medidas regulatórias, conforme já mencionado, a mesma lógica pode ser aplicada a essa situação. Em outras palavras, a conduta dos agentes econômicos privados,

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em 4 de novembro de 2018.

⁷⁸ MACCALL, Linda. *The state action exemption in antitrust: from Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co.* Duke Law Journal. n. 4, p. 871-908, 1977, p. 871.

⁷⁹ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 334.

ao exercerem seus direitos de propriedade intelectual, não estaria isenta da legislação antitruste a não ser quando o Estado explicitamente optasse por mitigar a livre concorrência e se mantivesse ativo em fiscalizar de que forma essa mitigação estaria ocorrendo no mercado.

Nesse sentido, Hovenkamp afirma que, a menos que a legislação afirme o contrário, práticas anticompetitivas serão identificadas e analisadas aplicando-se princípios do Antitruste⁸⁰. Assim, a intervenção da autoridade antitruste não seria apropriada para questionar uma escolha política de um Estado soberano, mas seria perfeitamente aplicável quando o agente econômico não houver sido submetido ao escrutínio governamental, quando a conduta questionada não estiver efetivamente sob o comando do Estado, quando o regime regulatório possuir lacunas que permitam a atuação anticompetitivas das empresas, ou ainda quando o processo regulatório for invocado como subterfúgio⁸¹.

Assim, justificar a extensão dos registros de desenho industrial ao mercado secundário de peças automotivas com base na existência de lei específica, a LPI, que não faz distinção quanto ao exercício dos direitos de propriedade no mercado primário ou secundário é desarrazoado.

Em primeiro lugar porque, conforme aponta a *state action doctrine*, trata-se exatamente da hipótese em que a lei é silente quanto à mitigação da concorrência no *aftermarket*, não havendo também monitoramento da atuação das montadoras. Dessa forma, não se justifica excluir o caso da apreciação da autoridade concorrencial, pois nessa situação, a análise da conduta à luz dos princípios da livre concorrência é determinante para compreendermos se a omissão da lei não prejudica a própria existência e manutenção do mercado secundário.

Em segundo lugar, conforme antecipado pelo Conselheiro Carlos Ragazzo quando da instauração do processo administrativo, o julgamento também foi desarrazoado porque o raciocínio apresentado pelas Representadas é irrelevante para o caso. Nesse sentido, a decisão do CADE de determinar que os registros de desenho industrial não sejam impostos às fabricantes independentes, conjuntamente com a aplicação de uma multa, seria meramente a medida adequada para eliminar os efeitos danosos à ordem econômica que podem ser observados, de modo a sanar os problemas concorrenciais:

⁸⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005, p. 245.

⁸¹ HOVENKAMP, 2005, p. 692-693.

Diante disso, cabe aqui menção a um argumento bastante enfatizado pelas Representadas nos autos. Trata-se da alegada impossibilidade de se sustentar que um direito de propriedade industrial validamente concedido se aplique somente sobre um determinado mercado relevante. A noção de "mercado relevante" seria uma construção do direito da concorrência e os registros de propriedade industrial concedidos com base na Lei específica que os regula possuiriam eficácia erga omnes, aplicando-se contra quaisquer terceiros, em quaisquer mercados. Desse modo, não poderia o CADE, segundo defendido pelas Representadas, fazer uma interpretação normativa que entendesse que os registros de desenho industrial só se aplicariam diante dos concorrentes atuantes no mercado primário de fabricação de veículos, e que não seriam oponíveis diante dos concorrentes atuantes no mercado secundário de reposição de peças.⁸²

Com uma decisão pela condenação das montadoras, nos termos do voto acima, o CADE não estaria afirmando que todo e qualquer direito de propriedade industrial deve ser imposto única e exclusivamente no mercado primário, quando fosse possível dividir o mercado dessa maneira, ou que tais direitos só podem ser exercidos em um ou outro mercado, de maneira exclusionária.

Meramente se estaria a afirmar que, no caso ANFAPE especificamente, os registros de desenho industrial não poderiam ser oponíveis às FIAPs, pois a Lei de Propriedade Intelectual não foi elaborada levando em consideração os efeitos que seriam gerados pelo exercício desses registros caso estes fossem impostos no mercado secundário. Essa eventual decisão não colocaria em xeque a natureza, a princípio, *erga omnes*, dos direitos de propriedade intelectual em todos os mercados, como fazem entender as Representadas.

Nesse sentido, a obra de Guilherme Favaro Corvo Ribas vem reforçar as justificativas econômicas e jurídicas, apresentadas ao longo deste trabalho que amparam a aplicação do Direito Antitruste sob os casos de abuso de poder econômico resultantes de direitos de propriedade intelectual.

Dessa forma, em “Direito Antitruste e Propriedade Intelectual – uma abordagem sob a ótica das vendas casadas”⁸³, o autor sustenta, do ponto de vista jurídico: (i) que não existe isenção antitruste à exploração dos direitos de propriedade intelectual na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)⁸⁴ e (ii) que o Antitruste não pune o poder

⁸² Fl. 3917 do Volume 16 do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51.

⁸³ Conquanto a obra aborde a interface entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste a partir da ótica das vendas casadas, as discussões e conclusões apresentadas na obra podem ser estendidas à análise de qualquer espécie de infração anticoncorrencial que envolva direitos de propriedade intelectual, conforme afirmado pelo próprio autor.

⁸⁴ Apesar de não haver previsão legal expressa quanto à existência de setores isentos da análise antitruste, o tema não é pacífico na doutrina. Alguns doutrinadores sustentam a existência de algumas isenções no

econômico legitimamente adquirido, mas sim seu abuso⁸⁵. Quanto às justificativas econômicas, Ribas aponta: (i) a insuficiente comprovação dos efeitos dos direitos de propriedade intelectual sobre o desenvolvimento econômico e a inovação – já que, conforme visto no tópico 1.3 deste trabalho, a própria proteção à PI, por vezes, pode inibir a inovação cumulativa; e que (ii) o licenciamento pode conter restrições que geram distorções artificiais nos mercados envolvidos.

Essas justificativas somam-se aos requisitos admitidos pela *state action doctrine*, fundamentando a atuação complementar do CADE ao analisar o grau de autonomia dos agentes econômicos orientados por normas regulatórias, ou políticas públicas, segundo aproximação que adotamos neste trabalho. Nesse sentido, ressalta Ana Frazão:

Nas hipóteses em que normas regulatórias substituam a livre concorrência, não deixando margem para a atuação autônoma dos agentes econômicos, a legislação antitruste será afastada. Entretanto, verificando-se a existência de omissão ou de lacunas na regulação, o CADE poderá intervir para sancionar práticas contrárias à ordem econômica. O que não se admite é a revisão das políticas regulatórias pelo CADE, na medida em que a regulação e o Direito devem incidir de maneira complementar.

Portanto, reconhecido o ilícito antitruste, que é evidente no caso ora analisado, conforme profundamente detalhado e investigado ao longo do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, que se prolongou por mais de uma década de análise, parece que o encaminhamento dado pelo CADE ao caso foi insuficiente. A autoridade concorrencial deve utilizar-se de todas as vias institucionais cabíveis a depender dos possíveis efeitos anticompetitivos gerados por uma norma deletéria à concorrência que não seja razoável e proporcional em razão de outro valor.

Qualquer atividade econômica está sujeita a diversas aprovações governamentais, de modo que a existência da Lei de Propriedade Intelectual, que adequadamente prevê e dispõe sobre os registros de desenho industrial, não significa que a autoridade concorrencial não possa reprovar a conduta, considerando-a anticompetitiva, na ausência

ordenamento antitruste como, por exemplo, no setor financeiro e nos acordos de exclusividade autorizados pela Lei Ferrari (Lei 6.729/1979).

⁸⁵ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2011, p. 34-48.

de uma política expressa e bem definida pela lei pública que claramente visasse substituir a concorrência.

Conforme visto, o CADE não deve se manter silente diante de infrações que gerem efeitos anticompetitivos, sobretudo quando esses efeitos não forem previstos pela autoridade reguladora ou na legislação. É neste momento que a expertise do CADE se torna mais importante, afinal, a autoridade antitruste é aquela competente para apontar infrações que possivelmente não seriam reconhecidas por outros órgãos e agências, ou até mesmo pelo legislador. Assim expõe Patrícia Sampaio ao falar dos setores regulados de infraestrutura⁸⁶, lógica que pode ser aplicada também ao presente caso:

A sugestão caminha no sentido de que o resguardo da competência da entidade antitruste para fiscalização das condutas dos agentes econômicos nos setores regulados de infraestrutura pode ser de extrema relevância para se proteger a concorrência em situações nas quais, por qualquer razão, a entidade reguladora não tenha coibido uma prática efetivamente violadora da concorrência.

Nessa linha, é importante perceber que os mercados são dinâmicos e estão em constante mudança. Aquilo que foi previsto pelo legislador originário pode não ser mais condizente com a realidade dos players no mercado. Daí a necessidade de fiscalização da conduta dos agentes e de participação ativa do CADE, tanto por meio da Superintendência-Geral quanto do Tribunal Administrativo, a fim de atualizar, ajustar e definir os contornos das condutas dos agentes econômicos em cada mercado levado para apreciação.

⁸⁶ SAMPAIO, 2012, p. 324.

CONCLUSÃO

O caso ANFAPE, julgado em 14 de março de 2018, representa um importante marco para o Direito Antitruste Brasileiro, sobretudo nos tempos atuais, em que o avanço tecnológico e a inovação têm se tornado diferenciais competitivos cada vez mais determinantes, responsáveis por atrair e captar a lealdade dos consumidores, além de consagrar as empresas no mercado.

Nesse sentido, compreender de que forma o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste se relacionam, quais os contornos e limites dessa interação, bem como qual o papel do CADE no controle repressivo de condutas abusivas à ordem econômica, torna-se uma tarefa complexa, porém necessária.

Ao longo deste trabalho, em busca de aprofundar as discussões sobre a relação entre o Direito de Propriedade Intelectual e Direito Antitruste e na tentativa de solucionar o conflito trazido pelo caso analisado, e por outros que já foram e ainda serão submetidos ao crivo da agência antitruste brasileira, fez-se necessário compreender o arcabouço teórico que sustenta tanto o Direito da Concorrência quanto o Direito de Propriedade Intelectual.

Dessa forma, observou-se que tanto o Direito de Propriedade Intelectual, como conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre o domínio dos bens incorpóreos criados a partir do intelecto, quanto o Direito Antitruste, como ramo responsável pelo fomento e preservação da concorrência, devem promover, além da inovação, os demais valores constitucionais que orientam a ordem econômica e o direito de propriedade, tais como o desenvolvimento socioeconômico nacional, a defesa do consumidor, a livre iniciativa e a função social da propriedade.

No caso concreto analisado neste trabalho, a interação entre o Direito Antitruste e o Direito de Propriedade Intelectual ganhou contornos específicos. Originada a partir de denúncia da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) em face das montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., por supostamente exercerem de maneira abusiva seus direitos de propriedade intelectual, a investigação do caso colocou em debate em que medida a imposição, por parte das montadoras, de seus registros de desenho industrial (RDI) às fabricantes de peças independentes que atuam no *aftermarket* do setor automotivo configuraria, ou não, uma infração à ordem econômica.

A ANFAPE sustentou, de maneira geral, que os direitos de propriedade industrial relativos aos registros de desenho industrial detidos pelas montadoras só poderiam ser exercidos no mercado primário, relacionado à fabricação e venda de automóveis, e não no mercado secundário, caracterizado pela fabricação e venda de peças de reposição.

Ademais, segundo a ANFAPE, não havia competição entre as montadoras e as fabricantes independentes de autopeças (FIAPs) no mercado primário, de modo que os investimentos em inovação, desenvolvimento e pesquisa que, conforme visto anteriormente, justificam a proteção dada à propriedade industrial, já seriam recompensados. Além disso, em razão da própria natureza das peças objeto de proteção (*must match*) e o consequente efeito *lock-in* para o mercado, a conduta das montadoras, na verdade, seria uma tentativa de monopolizar o mercado secundário e inviabilizar a atuação das FIAPs.

Por sua vez, as Representadas justificaram que o suposto monopólio gerado decorria da própria Lei de Propriedade Intelectual (Lei 9.279/96), que não estabelecia qualquer ressalva ou distinção quanto à extensão dos RDIs a um ou outro mercado. Assim, não haveria conduta abusiva ou ilícita, mas mero exercício legítimo de direito legalmente concedido.

No CADE, o caso iniciou-se como Averiguação Preliminar e evoluiu, posteriormente para Processo Administrativo. No julgamento do Recurso de Ofício que determinou a instauração, o Conselheiro-Relator, Carlos Ragazzo, definiu o questionamento que acompanharia e orientaria os debates ao longo de toda a investigação: se os efeitos advindos da imposição dos registros de desenho industrial ao mercado secundário trariam mais benefícios ou mais malefícios ao bem-estar do consumidor e da economia, analisados à regra da razão.

Quando do julgamento do caso ANFAPE, após as manifestações favoráveis à condenação por parte da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF – tendo a Procuradoria, posteriormente, retificado seu voto, passando a sugerir o arquivamento - o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por maioria de apenas um voto, em decisão que dividiu o conselho, optou por arquivar o processo contra as montadoras.

Apesar dos potenciais efeitos anticompetitivos, dentre eles o potencial de monopolização do mercado secundário de autopeças de reposição em razão do efeito *lock-in* e elevados *switching costs* decorrentes da conduta, somados à assimetria de informação dos consumidores, a decisão por maioria justificou-se no argumento

extremamente formalista de que, na existência de lei específica, a LPI, que não faz distinção entre mercado primário ou secundário, não caberia ao CADE questionar os possíveis efeitos da conduta, já que estes decorreriam da própria lei, como alegaram as Representadas. Ou seja, partiu-se da premissa de que os registros concedidos validamente confeririam imunidade quase que total ao seu exercício.

Nesse sentido, questionou-se se a decisão tomada pelo CADE e os argumentos utilizados para sustentá-la foram adequados diante dos pressupostos e finalidades do Direito Antitruste brasileiro. Assim, abordou-se que a proteção conferida aos desenhos industriais está diretamente ligada ao *design* aplicado ou incorporado a um determinado produto. O *design*, por sua vez, está estritamente conectado com aspectos visuais e com a estética, o que um torna um diferencial competitivo.

Nesse sentido, o caso ANFAPE, assim como outros, apresenta conflitos que devem ser analisados em conjunto. Além de ser impossível dissociar o Direito da Concorrência do Direito de Propriedade Intelectual em casos como esse, observou-se que, como parte do ordenamento constitucional brasileiro, o Direito Antitruste deve superar argumentos e metodologias puramente econômicos e adotar critérios que abarquem os valores constitucionais que o orientam, dentre eles a função social da propriedade, a fim de cumprir com sua finalidade.

Dessa forma, ponderou-se que a decisão do CADE foi reducionista, indicando que o enfrentamento dos possíveis efeitos anticompetitivos seriam de competência da advocacia da concorrência e não solucionáveis em sede de processo administrativo sancionador.

Assim, buscou-se demonstrar que, apesar dos enfoques e competências do Direito Antitruste e do Direito de Propriedade Intelectual serem distintos e das dificuldades que daí decorrem, tratam-se de políticas públicas complementares, de modo que deve haver cooperação e diálogo entre o CADE e o INPI, mas principalmente entre o CADE e a Lei de Propriedade Intelectual.

Indicou-se, portanto, que o CADE, enquanto órgão de defesa da concorrência, cujos poderes, pressupostos e finalidades derivam de previsões constitucionais, tem competência para definir limitações à propriedade intelectual, quando a análise em sede de processo administrativo sancionador identificar efeitos anticompetitivos sobre os quais não há autorização expressa ou fiscalização da legislação, apoiado na teoria norte-americana da *state action doctrine*, aplicável aos setores regulados e aqui estendida à compreensão das políticas públicas de defesa da propriedade intelectual.

Portanto, conclui-se neste trabalho que, apesar das ferramentas do antitruste não serem suficientes para endereçar todos os desafios trazidos por eventuais práticas que prejudiquem a livre concorrência, muito menos para ordenar normativamente alguns aspectos-técnicos referentes ao Direito de Propriedade Intelectual, tornando vital a regulação da matéria pela Lei 9.279/96 e pelo INPI, o arcabouço antitruste é perfeitamente utilizável na apreciação e julgamento quanto à ilicitude no exercício de direitos de propriedade intelectual.

Assim, entende-se que cabe ao Conselho, por meio de todos os seus órgãos, investigar e condenar práticas lesivas à ordem econômica relacionadas aos direitos de propriedade intelectual quando a LPI for silente e deixar lacunas quanto aos limites e justificativas à mitigação da concorrência, conforme ocorre no caso ANFAPE para a prática e efeitos da extensão dos registros de desenho industrial ao mercado secundário de peças de reposição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris (versão eletrônica). Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 5.648/1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 de dezembro de 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.279/1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.884/1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

BRITTO, Tatiana Alessio de. *Neutralidade de Redes – Mercado de dois lados, antitruste e regulação*. 2018. 337 f. Tese (Doutorado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Perguntas gerais sobre o direito da concorrência*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrência>>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91, rel^a. Conselheira Ana Frazão. Julgado em 24 de junho de 2015.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, rel. Conselheiro Paulo Burnier. Julgado em 14 de março de 2018.

FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 2004.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KATZ, Ariel. *Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power*. Arizona Law Review. v. 39, p. 837-909, 2007.

MACCALL, Linda. *The state action exemption in antitrust: from Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co*. Duke Law Journal. n. 4, p. 871-908, 1977.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2004.

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

SAMPAIO, Patrícia R. P. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. 2012. 437 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SANTOS, Manuella. Aspectos Constitucionais da Propriedade Intelectual. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, vol. 18, nº 71/2010.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em 4 de novembro de 2018.

SCHUMPETER, Joseph. *The Theory of Economic Development: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle* [edição eletrônica]. New York: Routledge, 2017.

UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies*. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em <<http://www.unctad.org>>. Acesso em 03 de novembro de 2018.

WHISH, Richard. *Competition law*. 5. ed. London: Dayton: LexisNexis, 2003.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *What is Intellectual Property?*, WIPO Publication No. 450(E). Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO Intellectual Property Handbook*. 2008. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2018.