

**PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO
VICENTE BAGNOLI**

Coordenação

JURISPRUDÊNCIA DO CADE

COMENTADA

Prefácio de ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA
Presidente do CADE

Adriana Franco Giannini
Alexandre Augusto Reis Bastos
Amanda Renata Enéas Navas
Ana Carolina Estevão
Ana Frazão
Ana Paula Paschoalini
Angelo Gamba Prata de Carvalho
Antonio Garbelini Junior
Arthur Barrionuevo
Barbara Rosenberg
Bruno de Luca Drago
Camila Pires da Rocha
Carlos Ragazzo
Caroline Guyt França
Celso Fernandes Campilongo
Daniel Andreoli
Daniel Tobias Athias
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Molan Gaban
Eric Hadmann Jasper
Fabiana Tito
Fabricio A. Cardim de Almeida
Felipe Pereira

Fernando de Magalhães Furlan
Fernando Malateuax Sakon
Gabriel Mattioli de Miranda
Gabriel Takahashi
Gabriela Monteiro
Gesner Oliveira
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Giovana Lucarini
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Guilherme Tenó Castilho Misale
Gustavo Madi Rezende
Isabel Veloso
Isadora Telli
Ivo Teixeira Gico Junior
José Carlos Berardo
José Inácio Gonzaga Franceschini
José Marcelo Martins Proença
Juliana Oliveira Domingues
Laércio N. Farina
Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto
Leonardo Maniglia Duarte
Lígia Melo
Marcel Medon Santos

Marcelo Cesar Guimarães
Marcio de Carvalho Silveira Bueno
Marcos Exposto
Mariana Castro
Mariana Villela
Marília Cruz Avila
Mário André Machado Cabral
Mauro Grinberg
Paolo Zupo Mazzucato
Paulo Adania Lopes
Paulo Leonardo Casagrande
Paulo Lilla
Pedro Dutra
Pedro Yukimitsu Ribeiro Tokuzumi
Priscila Brolio Gonçalves
Renan Matheus Macedo Tolfo
Ricardo Botelho
Ricardo Lara Gaillard
Rodrigo França Vianna
Rodrigo Zingales Oller do Nascimento
Sérgio Varella Bruna
Sílvia Fagá de Almeida
Tatiana Lins Cruz
Victor Cavalcanti Couto

Análise de decisões julgadas
a partir da edição da
Lei 12.529/2011

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILSA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Analista de Conteúdo Editorial: Quenia Becker

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Bárbara Baraldi Sabino e Stefanie Lopes Pereira

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damara Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thais Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho, Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Jurisprudência do CADE comentada / coordenadores Vicente Bagnoli, Pedro Paulo Salles Cristofaro.
-- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-5321-987-2

1. Concorrência - Leis e legislação - Brasil 2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)
3. Direito econômico 4. Jurisprudência I. Bagnoli, Vicente. II. Cristofaro, Pedro Paulo Salles.

19-29947

CDU-34:33:381.81(81)(094.56)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Jurisprudência : Comentários : Concorrência : Direito econômico 34:33:381.81(81)(094.56)
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO
VICENTE BAGNOLI

Coordenação

JURISPRUDÊNCIA DO CADE

COMENTADA

Prefácio de ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA
Presidente do CADE

Adriana Franco Giannini
Alexandre Augusto Reis Bastos
Amanda Renata Enéas Navas
Ana Carolina Estevão
Ana Frazão
Ana Paula Paschoalini
Angelo Gamba Prata de Carvalho
Antonio Garbelini Junior
Arthur Barrionuevo
Barbara Rosenberg
Bruno de Luca Drago
Camila Pires da Rocha
Carlos Ragazzo
Caroline Guyt França
Celso Fernandes Campilongo
Daniel Andreoli
Daniel Tobias Athias
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Molan Gaban
Eric Hadmann Jasper
Fabiana Tito
Fabricio A. Cardim de Almeida
Felipe Pereira
Fernando De Magalhães Furlan

Fernando Malateux Sakon
Gabriel Mattioli de Miranda
Gabriel Takahashi
Gabriela Monteiro
Gesner Oliveira
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Giovana Lucarini
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Guilherme Teno Castilho Misale
Gustavo Madi Rezende
Isabel Veloso
Isadora Telli
Ivo Teixeira Gico Junior
José Carlos Berardo
José Inácio Gonzaga Franceschini
José Marcelo Martins Proença
Juliana Oliveira Domingues
Laércio N. Farina
Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto
Leonardo Maniglia Duarte
Lígia Melo
Marcel Medon Santos
Marcelo Cesar Guimarães

Marcio de Carvalho Silveira Bueno
Marcos Exposto
Mariana Castro
Mariana Villela
Marília Cruz Avila
Mário André Machado Cabral
Mauro Grinberg
Paolo Zupo Mazzucato
Paulo Adania Lopes
Paulo Leonardo Casagrande
Paulo Lilla
Pedro Dutra
Pedro Yukimitsu Ribeiro Tokuzumi
Priscila Brolio Gonçalves
Renan Matheus Macedo Tolfo
Ricardo Botelho
Ricardo Lara Gaillard
Rodrigo França Vianna
Rodrigo Zingales Oller do Nascimento
Sérgio Varella Bruna
Sílvia Fagá de Almeida
Tatiana Lins Cruz
Victor Cavalcanti Couto

Análise de decisões julgadas
a partir da edição da
Lei 12.529/2011

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

UM EQUÍVOCO A LAMENTAR: “CASO ANFAPE”

LAÉRCIO N. FARINA¹

RENAN MATHEUS MACEDO TOLFO²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da abordagem da autoridade. 3. Da análise. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ocorria, anos atrás, conflito travado por três montadoras contra fabricantes independentes de autopeças. Estes, produtores de capôs, para-lamas, para-choques, faróis, dentre um sem número de tantos outros componentes, todos periféricos nos veículos, integravam a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE, entidade criada para representar e fortalecer o setor de reposição de autopeças no Brasil. As montadoras não mediram esforços para expulsar os fabricantes independentes do mercado, em uma série de procedimentos que consistia em registrar no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI os componentes de seus veículos para então impor seu direito contra aqueles outros. Ações judiciais e medidas extrajudiciais compunham aquele conjunto de medidas destinadas a constranger os fabricantes, máxime em proibir tanto o fabrico quanto a venda de autopeças.

Como resultado, as montadoras possuíam tanto o poder de controlar os custos de manutenção para o consumidor quanto o poder de controlar a vida útil

-
1. Formado pela Faculdade de Direito do Largo de S. Francisco (1975), e pós-graduado pela mesma Faculdade em Processo Civil, ex-professor de Direito Comercial e advogado com atuação na área do Direito Econômico por quase três décadas.
 2. Formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.

de seus veículos³. Sem dúvida, o poder angariado por meio do abuso de direito de propriedade industrial não tinha outro objetivo senão o de acabar com a pressão competitiva exercida pelos fabricantes independentes.

A distinção entre os mercados é facilmente perceptível, intuitiva até, tendo em vista a imediata identificação em dois contextos distintos. O primeiro, que corresponde ao mercado primário, ou *foremarket*, é onde ocorre a fabricação e comercialização de veículos novos e a própria competição das montadoras pela demanda do mercado consumidor de tais produtos. O segundo, refere-se ao mercado de produção e venda de peças destinadas à reposição no mercado automobilístico. Neste, competem as montadoras com a oferta das peças denominadas *originais*. Competem, também, os fabricantes independentes, produzindo peças que por não serem *originais*, tendem a ser precificadas em patamar inferior do que aquelas outras.

É fato notório que as peças *originais* são vendidas por preços, na maioria dos casos, bem mais elevados do que aquelas vulgarmente denominadas *paralelas* ou, ainda, *alternativas*. Cite-se, para exemplificar, a precificação elevada constatada na análise realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo⁴. Em Inquérito Civil que antecedeu Ação Civil Pública promovida contra gigantes do setor, como Fiat, Volkswagen, General Motors e Ford, constatou-se que 1.665 itens de peças que integram o Fiat Pálio Ex. 1.0 – 16V custavam R\$ 86.069,67, na rede concessionária, ao mesmo tempo que o veículo novo era vendido a R\$ 20.779,00. O preço de 2.543 peças, integrantes do veículo Volkswagen Gol Geração III 1.0 – 16V – Básico, era de R\$ 99.656,23, na rede concessionária da marca, enquanto o preço cobrado pelo veículo novo era de apenas R\$ 17.515,00. O levantamento também apontou que 1.453 peças do veículo GM Celta 2002 Básico, na rede concessionária da marca, custavam no total R\$ 111.606,57, enquanto o preço do veículo novo era de R\$ 16.360,00. O preço de 1.349 peças, que compõem um Ford Ka Básico, na rede concessionária da marca, era de R\$ 72.678,95, enquanto o preço do veículo novo era de R\$ 14.960,00. A diferenciação de preços indicava que os lucros no *aftermarket* tinham por claro objeto subsidiar os preços do mercado principal⁵, o que dá sentido à eliminação da concorrência no mercado secundário⁶.

A racionalidade da conduta das montadoras não é de difícil compreensão. Pelo exercício abusivo de direito de propriedade industrial estava-se garantindo um monopólio (de cada uma das marcas em relação a seu consumidor) no mercado secundário, onde aquelas estariam livres para reduzir a vida útil de seus veículos sem se preocupar em perder participação no mercado primário, pois ainda que os consumidores percebessem que estavam sendo vítimas de uma prática prejudicial, teriam que adquirir as peças de reposição *originais*. É o clássico exemplo da prática de *lock-in* do consumidor.

Inversamente, como decorrência da pressão competitiva imposta pela atuação dos fabricantes independentes, cada montadora ficaria limitada quanto ao planejamento da redução da vida útil de seus veículos, pois, se o fizessem, correriam o risco de perder participação no mercado primário assim que a queda da durabilidade de seus veículos pudesse ser percebida pelos consumidores. A série de medidas prejudiciais aos fabricantes independentes, consumidores e à livre concorrência, fez com que a ANFAPE apresentasse denúncia em 2007, junto à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça. Demonstrava-se que as condutas da Volkswagen, Fiat e Ford infringiam a ordem econômica, e fundamentava-se a alegação no disposto no art. 20, inciso II e art. 21, inciso V, da Lei 8.884/94, vigente à época, cuja redação foi basicamente reproduzida no artigo 36 da Lei ora em vigor (12.529/11).

Como visto, eram muitas as razões para que a autoridade antitruste freasse a conduta das montadoras. Aqui, o exercício de direito de propriedade industrial deveria se limitar ao mercado primário. De mais a mais, é intuitivo que o registro de desenho industrial seja proteção endereçada aos concorrentes diretos, do titular, isto é, no mercado primário, onde competem as montadoras na fabricação e comercialização de veículos novos, e tem a óbvia finalidade de impedir que outra montadora reproduza o desenho protegido.

Foge à razoabilidade a imposição dos registros no mercado secundário, i.e. em outros mercados quaisquer. Seria bizarro que as montadoras opusessem seu direito em relação aos fabricantes de réplicas de veículos em miniatura.

O real intuito das montadoras sempre foi o de preservar sua posição de monopólio no mercado secundário, o que lhes possibilitava concorrer no *foremarket* à base de preços atrativos. É uma atuação economicamente sedutora, pois os consumidores em geral não se preocupam em pesquisar preços de peças de reposição, como o de um farol ou para-choque, quando estão prestes a adquirir um veículo de baixo custo. O preço se torna o atrativo necessário à decisão de compra. No

3. ARAUJO JR., José Tavares de. *Restrições verticais no mercado brasileiro de auto-peças: impactos anticompetitivos*, 2006. Disponível em: [www.ecostrat.net/files/Autopeças-Nota_tecnica_Jose_Tavares.pdf]. Acesso em: 24.04.2019. p. 2.

4. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica 08012.002673/2007-51*. Disponível em: [www.cade.gov.br/]. Acesso em: 15.05.2019. p. 202-265.

5. ARAUJO JR., José Tavares de, *op. cit.*, p. 5.

6. O repasse da fonte de lucros do *foremarket* para o *aftermarket* importaria vantagem se a montadora lograsse em impedir a existência de concorrência no mercado secundário. Cf. GRAU-KUNTZ, Karin. *O desenho industrial como instrumento de controle econômico*

do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica a recente decisão da secretaria de direito econômico (SDE). Disponível em: [https://ibpieuropa.org/?media_dl=327]. Acesso em: 13.06.2019. p. 3.

entanto, quando se deparavam com a necessidade de adquirir autopeças, encontravam-se presos a um mercado dominado pelas montadoras. Ainda que o consumidor estivesse disposto a vender o seu veículo para comprar outro, de montadora que não monopolizasse o mercado secundário, fato incomum de ocorrer pelo alto custo de troca – *switching costs* –, outro consumidor, adquirente do primeiro veículo, passaria a ser o prejudicado. Aqui, o já mencionado efeito *lock-in*, observável quando há um preço muito atrativo no equipamento principal e muito caro na peça complementar, exclusivamente produzida pela empresa produtora daquele.

A transferência de margem de lucro das montadoras para o *aftermarket* se revela tanto mais perverso quando se tem em conta que o cenário dos fatos é a faixa dos carros populares, justamente a faixa de consumidor onde o prejuízo relativo é maior. Tal consumidor é atraído por promoções de preço baixo, juros idem, propostas tentadoras de pagamento no seu usado, e ignora por completo que a vantagem econômica da compra de um carro com preço atraente será totalmente desperdiçada na sua manutenção ou – aqui o terreno fértil para a lucratividade das montadoras – de reparação de danos decorrentes de impactos na carroceria.

Situações semelhantes se observam em outros mercados, como, por exemplo, o de impressoras, vendidas praticamente a preço de custo, mas que só comportam o cartucho de tinta daquele mesmo fabricante. Já se teve a constatação de um *kit* completo de tinta custar em torno de dois terços do preço do próprio equipamento. Poucos exemplos de *lock-in* do consumidor são mais claros que este. Aparelhos de barbear também são bons exemplos, mas aqui o *switching cost* é, de certa maneira, desprezível.

Inequívoco, portanto, que o privilégio temporário não estava sendo benéfico aos consumidores, o que é acentuado quando se parte da premissa que o direito antitruste e a proteção de direitos de propriedade industrial buscam a expansão da produção, e não sua restrição⁷.

A denúncia endereçada para a SDE levou a instauração de Averiguação Preliminar, que se adianta infrutífera, como ver-se-á a seguir.

2. Da abordagem da autoridade

Em março de 2008, a SDE arquivou a Averiguação Preliminar sob o fundamento de que não havia qualquer indício de infração à ordem econômica. Refutava, em especial, porque a Lei de Propriedade Industrial não fez ressalva quanto

ao exercício do direito sobre desenhos industriais. Firmara-se no ponto de que a atuação das montadoras se fundava em exercício regular de um direito, aplicável, pois, a excludente de ilicitude prevista no art. 188, I, do Código Civil.

Em sede recursal, a Procuradoria-Geral do Cade – ProCADE opinou pelo não provimento do recurso de ofício então previsto, em setembro de 2009. Em sua fundamentação, a ProCADE acresceu que a autarquia poderia sinalizar o que seria bem-vindo no campo legislativo, a fim de melhor compatibilizar a concorrência no mercado, mas quanto ao mérito, defendia a ausência de indícios mínimos de infração contra a ordem econômica.

Poder-se-ia dizer que o arquivamento do caso era definitivo, quando em março de 2010 o Ministério Público Federal – MPF viria a se mostrar insatisfeito com as conclusões apresentadas pela SDE e pela ProCADE, em razão da precária instrução realizada até então. Não havia sequer uma pesquisa acerca do impacto potencial de uso dos registros sobre os consumidores, levando o *parquet* a opinar pelo provimento do recurso de ofício, para que fosse instaurado processo administrativo.

Em dezembro de 2010, foi dado provimento ao recurso de ofício. O Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo reconhecia que o exercício de um direito de propriedade industrial poderia configurar um ilícito concorrencial e ocasionar um monopólio no mercado de reposição que não fosse justificável por eficiências econômicas. A evidente conclusão era fortalecida por afirmações como a de que poderia caracterizar abuso de direito a imposição dos registros de desenho industrial contra os fabricantes independentes no mercado secundário, pois se estaria desvirtuando os fins socioeconômicos de um direito de propriedade industrial por meio de medida desproporcional, acarretando prejuízos à livre concorrência.

Nada mais evidente.

A apuração tinha contornos limitados ao abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar a atuação de concorrentes por meio do exercício abusivo de direito de propriedade industrial. Alegações de preços abusivos e de *sham litigation* foram afastadas, pois se entendia que a atividade das montadoras poderia ter como consequência um aumento de preços, sem que a conduta potencialmente incorrida fosse a de preços abusivos – à vista da lei vigente. Além disso, foi afirmado que *sham litigation* se cogitaria na hipótese em que as ações ajuizadas fossem embasadas em supostos registros de propriedade industrial sabidamente inexistentes ou inválidos. O Plenário do CADE, em votação unânime, determinaria a instauração de processo administrativo para a apuração de condutas infringentes à ordem econômica.

A conclusão da Superintendência-Geral do CADE, passados alguns anos, era pela condenação das montadoras por infração à ordem econômica, dada a imposição abusiva dos registros de desenho industrial sobre autopeças de reposição

7. Cf. WARD BOWMAN, JR., Patent and antitrust law: a legal and economic appraisal 1-3, 1973, *apud* TOKIC, Stijepko. Intersection between the patent system and antitrust laws: patents speeding, antitrust yielding, innovation bleeding! *Akron Intellectual Property Journal*. Vol. 5. Iss. 1, Article 2, 2011. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol5/iss1/2]. Acesso em: 08.04. 2019. pp. 31-33.

para impedir a atuação de fabricantes independentes de autopeças no mercado secundário. Concluía-se, em 2016, pela existência de infração perpetrada pelas empresas Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda., nos termos dos (revogados) artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, VI e XI, ambos da Lei 8.884/94 e vigente artigo 36, incisos I, II e IV e § 3º, incisos III, IV e XIX da Lei 12.529/11. A ProCADE, em 2017, opinou pela condenação das representadas, ao passo que defendia a caracterização de *venire contra factum proprium*, em razão da frustração da legítima expectativa dos fabricantes independentes criada pela própria conduta omissiva das montadoras. Já o *parquet* apresentaria o seu parecer em julho de 2017, aclarando o que já era cristalino: configurava infração à ordem econômica, tanto pela ótica econômico-concorrencial (regra da razão), quanto pela perspectiva jurídico-constitucional. O Ministério Público Federal defendia que a responsabilidade antitruste seria objetiva, a partir da leitura do art. 36, da Lei 12.529/11, pelo que não haveria a necessidade de se demonstrar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) da conduta dos agentes econômicos.

O Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, em precisa e detida análise, confirmaria a existência de práticas abusivas e anticompetitivas por parte das montadoras. Afirmava que teriam infringido os (revogados) artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 e o art. 36, da Lei 12.529/11. Tratava-se do primeiro voto pela condenação das representadas, divulgado em novembro de 2017. Ocioso alongar-se no que sempre foi defendido e era então reconhecido pela autoridade antitruste. As montadoras teriam exclusividade de produção e negociação de autopeças somente no mercado primário, de venda de veículos, e não no mercado secundário ou de reposição de autopeças. O conselheiro relator aplicou a multa mínima de 0,1% sobre o faturamento das montadoras no ano de 2009, que precedeu à instauração do processo, além de determinar a cessação da conduta. A multa aplicada foi próxima de R\$ 4,2 milhões. Conquanto tenha havido brilhante exposição, o julgamento seria interrompido por um pedido de vista dos autos, apresentado pelo Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. O voto-vista seria disponibilizado apenas em fevereiro de 2018, antes de o Conselheiro João Paulo de Resende também pedir vista. O Plenário do Tribunal voltaria a julgar o processo somente em 14 de março de 2018.

O Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia apresentou voto divergente. Tratava-se, segundo ele, do exercício regular de um direito, nos exatos moldes delineados pela norma patentária. Sustentava que em sede de conduta a autarquia não deveria analisar os efeitos prejudiciais à concorrência provenientes da lei em tese, como, segundo ele, estava-se fazendo. Chama atenção o desapeço quanto a fundamental divisão de mercado, designada pelo conselheiro como desnecessária e artificial. Ateve-se ao que denominou de objeto registrado. A tutela, para o conselheiro, dar-se-ia quanto ao bem jurídico do objeto e não sobre

o mercado onde seu exercício tenha efeitos. O raciocínio utilizado era de que se o direito seria oponível a todos – inclusive a terceiros –, não haveria necessidade de se apontar qual seria o mercado afetado, se primário, secundário ou talvez terciário, e assim sucessivamente, pois todos eles deveriam observar eventuais restrições patentárias. Não via, portanto, qualquer limitação na lei que justificasse a incidência restrita apenas ao mercado primário de automóveis. Segundo o conselheiro, o exercício do direito de propriedade industrial abrangeria o mercado como um todo, ao menos até que sobreviesse lei delineando expressamente outros mercados e extensões. O mero exercício dos direitos de exclusividade – como definiu – não implicaria a condenação das montadoras por conduta econômica ilícita. O que se estava propondo, dizia, restringia o alcance do art. 42, da Lei de Propriedade Industrial, o que na prática seria equivalente a declarar inconstitucional a interpretação que confira ao desenho industrial oponibilidade *erga omnes* e, ato contínuo, considerar constitucional apenas aquela em que o termo “terceiro” seja lido como “terceiro no mercado primário”.

O uso evidente do tradicional expediente de se recorrer à forma (ainda que equivocadamente), para justificar o conteúdo inconveniente que se quer afastar.

O julgamento foi retomado com o voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende, que acompanhou integralmente o voto do relator. Segundo aquele, não obstante a ausência de má-fé por parte das empresas, estava caracterizado o abuso de direito de propriedade industrial. Em seguida, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt acompanhou a divergência aberta pelo Conselheiro Maurício. Disse, ainda, que a ANFAPE deveria ser condenada, no Judiciário, pelo crime de cópia, e que a monopolização, exclusão de concorrentes, prejuízos à concorrência, efeitos *lock-in* e lucros maiores do que o normal eram consequências da lei. A Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova também votou pelo arquivamento do processo, pois não via abuso de direito ou impedimento das montadoras em relação ao desenho industrial das peças. Segundo ela, o registro válido de um desenho industrial dá ao seu titular a propriedade econômica plena, nos limites da lei, sem qualquer restrição de atuação em dado mercado relevante de produto ou geográfico, primário ou secundário. Disse, por fim, que não existiam evidências empíricas de escassez de peças no mercado e nem pesquisa de mercado capaz de embasar diferença de preços praticados no *foremarket* e no *aftermarket*, e que segundo o disposto na Constituição Federal e na Lei de Propriedade Industrial, para potencializar o incentivo à inovação, o titular do registro não está sujeito a nenhuma limitação com relação aos retornos que possivelmente possa obter com a sua exploração.

A Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira acompanhou o voto-vista do Conselheiro Maurício. Defendeu que não havia abuso *in concreto* no exercício do direito de propriedade intelectual, e que os fabricantes independentes não pediram licenças sob o argumento de que o pagamento de *royalties* inviabilizaria a

concorrência no mercado de reposição. Segundo ela, não tendo sido identificado qualquer desvio ou extrapolação que configurasse exercício abusivo do direito, não há, por consequência, que se analisar os efeitos decorrentes da prática. Por fim, o Conselheiro Alexandre Barreto de Souza firmaria posição ao lado do conselheiro relator. Defendeu que o titular do direito deveria observar os contornos constitucionais para o direito de propriedade intelectual. Segundo ele, a condenação serviria como instrumento dissuasório para que os agentes atuantes no mercado de reposição de peças estivessem atentos aos limites da boa-fé quando exercerem seus direitos em face de concorrentes independentes.

Por quatro votos a três, o CADE determinou o arquivamento do processo administrativo.

3. Da análise

Antes de se empreender uma análise sobre os votos, de suma importância ressaltar os diferentes escopos de proteção tutelados pela Lei de Defesa da Concorrência e pela Lei de Propriedade Industrial. A primeira, com enfoque na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orienta-se pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico⁸. A segunda, volta-se à proteção da invenção e de modelos de utilidade, desenhos e marcas industriais, repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal⁹. O direito à exploração com exclusividade se materializa, em relação à invenção e modelos de utilidade, pela concessão de patentes, e em

8. Diz o art. 1.º da Lei 12.529/11: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. In: BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1º de janeiro de 2011 e retificado em 2 de dezembro de 2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm]. Acesso em: 13.06.2019.

9. Diz o art. 2º da Lei 9.279/96: “A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II – concessão de registro de desenho industrial; III – concessão de registro de marca; IV – repressão às falsas indicações geográficas; e V – repressão à concorrência desleal.”

relação ao desenho industrial e a marca, pelo registro¹⁰. Tratando-se de registro de desenho industrial, aplicam-se algumas regras de proteção de patentes, como as que permitem impedir terceiro, sem o consentimento do titular do registro, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos. É o que se extrai da leitura conjunta dos artigos 42 e 109, da Lei 9.279/96. A concessão da patente – tal como o registro – é um privilégio legal, exceção aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Por estas razões, Pedro Paranaguá e Renata Reis afirmam que a concessão de qualquer proteção patentária, além dos requisitos da própria Lei de Propriedade Industrial, deve observar a cláusula finalística da Constituição, isto é, não poderá ser deferida se houver desrespeito às exigências legais, for contrária ao interesse social ou ao desenvolvimento do País¹¹.

Nada obstante, cabe o comentário que o órgão de registro patentário, o INPI, não efetua qualquer exame nos casos de registro de desenho industrial, diferentemente do que ocorre nos registros de patentes propriamente ditos. Nestes últimos o exame técnico da viabilidade do registro precede à concessão do registro. No caso do desenho industrial não. O arquivamento é meramente cartorial.

A proteção, aludida pelos autores citados, emana da Constituição (art. 5º, XXIX, CF), que incumbiu à lei de assegurar aos autores de invento industrial, privilégio temporário para a sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País¹². A Constituição também encarregou a lei de disciplinar a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros – atualmente, Lei 12.529/11. Seja a proteção patentária ou à concorrência, as disposições orbitam em torno da atividade econômica,

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 15 maio 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm]. Acesso em: 13.06.2019.

10. COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 136. v. 1.

11. PEDRO, Paranaguá; REIS, Renata. *Patentes e criações industriais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 44.

12. Diz o Art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal: “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”. In: BRASIL. *Constituição Federal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 13.06.2019.

delineada no art. 170 daquela, que preconiza assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames, dentre outros, da justiça social, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor. O ponto foi bem abordado pelo Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, ao defender que a proteção dos direitos de propriedade industrial deve não só ter em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, como também estar em harmonia com outros princípios constitucionais, tais como o princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV, CF) e o princípio constitucional da função social da propriedade (art. 170, III, CF). Aliás, ainda que a proteção de patentes esteja arrolada nos direitos e garantias fundamentais da Constituição, não há consenso se tal fato a transformaria em um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo Ferraz Jr., a disposição existe no sentido de dar um comando ao legislador ordinário – “a lei assegurará aos autores” –, e não propriamente de um reconhecimento, na autoria intelectual, de um direito fundamental do autor industrial. Na sequência do que afirma, a tradição constitucional exige a declaração de direitos básicos, no sentido de que sejam eles reconhecidos, e não instituídos¹³.

Na condição de autoridade antitruste, o CADE possui a competência para analisar a conduta dos agentes econômicos que envolvam o exercício de direitos de propriedade industrial. Não existe, como destacado na maioria dos votos, imunidade antitruste para aqueles direitos¹⁴, tendo o legislador especificado como infração à ordem econômica o exercício ou a exploração abusiva de direitos de propriedade industrial, intelectual, de tecnologia ou de marca¹⁵. À primeira vista, até se cogitaria um forte conflito entre esses ramos jurídicos, quando um aparente antagonismo permitiria autorizar (i) o monopólio temporário; (ii) o exercício do direito de exclusividade na produção de bem protegido; (iii) a existência de barreiras à entrada e (iv) o aprisionamento do consumidor. O conflito, porém, não é tão veemente quando se assume que o direito antitruste e a proteção dos direitos de propriedade industrial guardam objetivo em comum¹⁶, que não

é outro senão o de promover a inovação e o aumento do bem-estar social¹⁷. O voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira bem examinou a relação de complementariedade entre aqueles, e concluiu que se buscava pelo privilégio temporário proteger a inovação¹⁸.

A ideia de conflito, porém, é traço marcante de parecer apresentado em defesa de uma das montadoras¹⁹. Partiu-se do princípio de que há uma colisão entre dois regimes jurídicos para justificar que a ilicitude ou abusividade deva ser analisada sob a lógica de cada regime. Ao contrário de uma colisão entre duas normas jurídicas, princípios ou regras, o conflito entre regimes jurídicos abarcaria dois conjuntos de normas, regras, princípios, interpretações consolidadas e políticas públicas. Segundo o parecer, não haveria qualquer ilícito ou abusividade sob a ótica da Lei de Defesa da Concorrência e da Lei de Propriedade Industrial. Esta última definiria abusividade de patentes, embora não o fizesse quanto aos registros de desenho industrial. A falta de constatação de ilicitude ou abusividade nos regimes jurídicos obstará a continuidade da análise. Trata-se, evidentemente, de argumento tão sofisticado quanto sofismático.

Veja-se o risco de restringir a configuração da ilicitude ou do abuso de direito ao funcionamento de cada regime e a bel prazer da maleabilidade dada pelo seu intérprete. Além do evidente sofisma que se extrai da argumentação, avulta dizer que a Constituição não distinguiu tais regimes, mas condicionou o exercício de direitos de propriedade industrial à sua função social. Fê-lo, leva-se a crer, para proteger a coletividade de uma conduta acintosa, como a realizada pelas montadoras. Os princípios enumerados nos incisos do art. 170 da Constituição devem ser conjugados e analisados numa só perspectiva, qual seja, a de que a propriedade industrial, a livre concorrência e a defesa do consumidor guardem posições de equilíbrio e não se excluam mutuamente²⁰. A evidente posição de igualdade entre os regimes jurídicos deve ser sopesada com os contornos da função social da propriedade, em especial, do direito de propriedade ora aludido. Do contrário, entender-se-ia que se a Lei de Propriedade Industrial – ou o regime a que pertença – não definisse a ilicitude ou abusividade, a configuração destas estaria comprometida.

13. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Propriedade industrial e defesa da concorrência. *Revista da ABPI*, n. 8, ano II, São Paulo, 1993, p. 10-12.

14. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Op. cit.*, p. 8251.

15. Nesse sentido, diz o art. 36, §3º, da Lei 12.529/11: “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 [...] XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”. In: BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, *op. cit.*

16. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition*, 2007. Disponível em: [www.ftc.gov/reports/innovation/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf]. Acesso em: 20.05.2019.

17. TOKIC, Stjepko. Intersection between the patent system and antitrust laws: patents speeding, antitrust yielding, innovation bleeding! *Akron Intellectual Property Journal*. v. 5. Iss. 1, Article 2, 2011. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol5/iss1/2]. Acesso em: 08.04.2019. p. 31.

18. É o que aborda o Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, quando dispõe sobre a exclusividade do registro, de modo a incentivar a criação de novos desenhos industriais. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Op. cit.*, p. 8246.

19. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Op. cit.*, p. 7767-7812.

20. É o que se extrai do voto de divergência apresentado pelo Desembargador Federal André Fontes (TRF- 2. Apelação 0810091-06.2007.4.02.5101-RJ, 2ª Turma Especializada, Relator André Fontes, j. 19.12.2016).

Avançando um pouco mais, a Lei de Propriedade Industrial definiu como desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto e, portanto, não previu a proteção para partes de objetos, tal como é previsto para o modelo de utilidade²¹. O desenho industrial é espécie de criação que desconsidera qualquer vantagem prática no objeto. Por isto, até chega a ser definido como direito autoral de segunda classe²². Lembra-se que as montadoras não registravam apenas o *design* de seus veículos, mas suas partes individualizadas. Por vezes, meses após o registro do veículo completo. Isto contraria a finalidade precípua de estimular o desenvolvimento da criatividade no campo dos produtos industriais. A atitude das montadoras foi o bastante para Newton Silveira, do alto de sua autoridade intelectual na área, identificar um nítido desvio de função na conduta daquelas²³. Veja-se que o objeto registrável deveria cumprir com os requisitos de novidade e originalidade, como prevê o art. 97, da Lei de Propriedade Industrial. A configuração visual deveria ser distinta em relação aos objetos anteriores. A forma comum ou vulgar do objeto, bem como aquela determinada essencialmente por fatores técnicos ou funcionais, também eram fatores obstativos²⁴. A toda evidencia, uma análise mais aprofundada sobre o desvio de função teve o condão de demonstrar as irregularidades nos registros concedidos pelo INPI, sobre os quais o Conselho, no entanto, preferiu não se imiscuir.

De fato, a proteção de direitos de propriedade industrial tem limites. É o contido no voto do Conselheiro Alexandre Barreto de Souza, que defendeu não estar o Estado concedendo um direito por completo, que abarcasse abusos. Mas, o que se entende por abuso de direito? Tão mencionado até aqui, assume-se que este ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, não considera a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando

prejuízo a outrem. A despeito de não ocorrer, geralmente, alguma violação aos limites objetivos da lei, diz-se que o agente se desvia dos fins sociais a que a lei se destina, no conceito que parte da leitura do art. 187, do Código Civil. A jurisprudência tende a considerar como abuso de direito os atos que constituam o exercício egoístico, anormal do direito, sem legítimos motivos, amparados em excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e que são por isso reprovados pela consciência pública²⁵. Com efeito, o sistema jurídico brasileiro não atribuiu a proteção à propriedade industrial como um valor em si mesmo, mas em função de fins determinados, expressos no interesse social e no desenvolvimento tecnológico e econômico do País²⁶.

Diversos foram os relatos sobre a falta de peças no mercado²⁷. Não há como negar que o monopólio exercido no *aftermarket* causa grande impacto ao bem-estar do consumidor. Basta discorrer sobre o poder das montadoras para desabastecer o mercado, enquanto os fabricantes independentes seriam capazes de amenizar os efeitos decorrentes de um desabastecimento²⁸. Atitude tão grave quanto a conduta das montadoras de registrar os veículos e depois suas peças. A Superintendência-Geral demonstrou que se alguém tentasse copiar o farol dianteiro do veículo “UP!”, no final de julho de 2011, tal peça já estaria protegida pela DI7103498-6 (que registrou o veículo completo). Mas, com o registro BR302012000705-4, obtido em fevereiro de 2012, permitiu-se com que o referido farol não tivesse somente vinte e cinco anos de proteção contra eventual reprodução, senão vinte e cinco anos e alguns meses, aumentando-se, portanto, o prazo restrito de exclusividade. O argumento foi apenas um daqueles que levaram a Superintendência-Geral a afirmar que haveria condições especiais para flexibilizar o exercício de direito de propriedade industrial no caso concreto, partindo-se de comprovações de que (i) haveria falta de peças no mercado, vez que as empresas que possuíam o registro de desenho industrial não estavam sendo capazes de produzir todas as peças de seus veículos, sendo, portanto, os fabricantes independentes agentes essenciais ao mercado para impedir que a falta de produto no referido mercado seja ainda maior; (ii) existiria diferenciação de preços aos consumidores que estão no *foremarket* e no *aftermarket*; (iii) os registros de desenho industrial seriam utilizados de forma equivocada, ilícita ou

21. CUNHA, Frederico Carlos da. *A proteção legal do design*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lucerna, 2003 *apud* SILVEIRA, Newton. O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica 08012.002673/2007-51*. Disponível em: [www.cade.gov.br/]. Acesso em: 15.05.2019, p. 2984.

22. SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial*. 4. ed. rev. e ampl. Barueri: Manole, 2011. pp. 87-88.

23. Para o Professor Newton Silveira, o fato de as montadoras não solicitarem o registro de desenho industrial para o *design* de seus carros completos demonstra que não estão preocupadas com o estímulo às criações. E mais, afirma que o registro de partes de reposição indica a intenção de monopolizar o mercado secundário. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Op. cit.*, p. 2978.

24. SILVEIRA, Newton, *Op. cit.*, p. 52.

25. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. v.4. p. 70.

26. GRAU-KUNTZ, Karin. *op. cit.*, p. 51.

27. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *op. cit.*, p. 6779.

28. Note-se o levantamento sobre a falta de peças no mercado, realizado pela Superintendência-Geral do CADE. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *op. cit.*, p. 6779-6783.

inválida pelas montadoras. Alia-se a isto o entendimento voltado cada vez mais para a aplicação rígida de leis antitruste, sob a ótica de que o poder de mercado tende a ser nocivo à sociedade²⁹.

Repita-se à exaustão as conclusões da Superintendência-Geral, especialmente porque não houve uma inversão das fases de análise, como se extrai de alguns votos, consistente na ponderação dos efeitos anticompetitivos advindos das condutas antes da constatação do abuso de direito. Verificou-se que havia, como dito, circunstâncias excepcionais, tais como falta de peças no mercado, discriminação de preços entre o momento de compra do veículo e o momento de compra de uma autopeça de reparação que compõe aquele. A primeira etapa referente a constatação da verossimilhança da existência das condutas denunciadas e sua subsunção ao dispositivo da lei antitruste terminou naquele momento. Somente depois de esgotada aquela fase é que se passou para a análise dos efeitos anticoncorrenciais e das justificativas para perpetuação das condutas.

O voto-vista do Conselheiro Maurício reproduz consideravelmente o entendimento contido no Parecer 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0³⁰, produzido a partir do entendimento do INPI. A premissa de que a propriedade industrial foi legalmente contemplada como oponível perante terceiros, sem exceções, ficou em evidência no voto. Segundo ele, o CADE estava atuando como legislador positivo.

Discorda-se com entusiasmo.

É natural que a interpretação deva ser feita, aplicando-se as regras e ponderando-se os princípios ao caso concreto, mas a discussão sobre propriedade industrial empreendida ao longo deste caso aplica-se tão somente à hipótese de imposição dos desenhos industriais em face dos fabricantes independentes no mercado secundário de autopeças de reposição. Trata-se estritamente de interpretação – que deveria, por óbvio, ter tido em conta as consequências de sua decisão, até porque a Constituição estabelece *numerus clausus* as atividades monopolistas, não devendo tal rol ser alargado por lei ou por sentença³¹. O fato de que a Lei 9.272/96 não distinguiu os mercados não deveria ser interpretado como

um propósito para realçar a oponibilidade *erga omnes* dos direitos de propriedade industrial, afinal o legislador não tem capacidade de prever aprioristicamente os contornos de todas as situações fáticas. A partir da interpretação do ordenamento jurídico, porém, chega-se facilmente à conclusão diversa, de que os direitos de propriedade industrial devem ser mitigados em situações excepcionais.

Escapou o Conselheiro Maurício de atender-se aos fins sociais a que se dirige a lei quando se ateuve à literalidade exegética³². Mais que isto, fez um imenso esforço interpretativo para obstar o exercício de fabricantes independentes, na contramão de outros países. A preocupação mundial com o mercado de reposição é tanta que desde 1998 a Propriedade Industrial europeia se vê protegida pela Diretiva 98/71/EC (*Design Law*). Segundo a diretiva, não existe proteção a título de desenho ou modelo para os desenhos ou modelos que constituam componentes de produtos complexos. Além disto, os Estados-membros somente introduzirão alterações às disposições legais relativas à proteção de desenhos industriais de peças de reposição quando o objetivo for a liberalização do mercado dessas peças³³. Já países como Bélgica, Espanha, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Polônia, Hungria, Letônia, Grécia e Reino Unido possuem proibições expressas (*repair clause*) ao exercício dos direitos relativos a desenho industrial no mercado secundário. Outros, conquanto ainda não tenham a proibição prevista em lei, têm por regra a liberação no mercado secundário.

É o caso, por exemplo, da Alemanha, onde não se veda o exercício dos direitos no *aftermarket*. No entanto, eles simplesmente não são exercidos, havendo um compromisso das montadoras de não impor esses direitos contra os fabricantes independentes³⁴. Os Estados Unidos também contam com um mercado secundário aberto. Ainda que não exista uma legislação proibitiva no mercado de peças de reposição, com ressalva quanto ao Estado de Massachusetts (*Right to Repair Act*, 2012), as montadoras se comprometeram em 2014 a não exercer seus direitos de propriedade intelectual sobre o mercado de autopeças, de forma a não impedir fabricantes independentes de atuar no mercado³⁵. Como se percebe, sob a perspectiva mundial, a direção seguida é clara em prol do afrouxamento de regras e liberação do mercado secundário.

29. É de se notar a tendência da *Hipster Antitrust*. Seus apoiadores defendem uma política concorrencial mais severa e intervencionista, tal qual a existente nos Estados Unidos na década de 1970. Disponível em: [www.edap.com.br/o-que-e-o-movimento-hipster-antitrust-discutido-nos-eua-e-quecomeca-a-chegar-no-brasil/]. Acesso em: 13.06.2019.

30. BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0, de 6 de novembro de 2017. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/622413]. Acesso em: 06.06.2019.

31. É o que se extrai do voto de divergência apresentado pelo Desembargador Federal André Fontes (TRF-2. Apelação 0810091-06.2007.4.02.5101-RJ, 2ª Turma Especializada, rel. André Fontes, j. 19122016).

32. RAMOS, André de Carvalho. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. pp. 99-100.

33. *Proposal for a directive of the European parliament and of the council amending Directive 98/71/EC on the legal protection of designs*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004PC0582>. Acesso em: 16.05.2019.

34. Cf. Autoridade de Concorrência da França. Avis 12-A-21, de 08.10.2012. Disponível em: [www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12a21.pdf]. Acesso em: 13.06.2019. p. 197-198.

35. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Op. cit., p. 8325.

Lembre-se do caso *British Leyland Motor Corp. (BL) v. Armstrong*, julgado pela *House of Lords* e mencionado no voto do conselheiro relator. A fabricante de autopeças *Armstrong* produzia escapamentos para automóveis de *British Leyland Motor Corp.*, embora o *design* estivesse protegido. Apesar de inexistir alguma previsão específica sobre o mercado secundário, a *House of Lords* entendeu que o benefício da montadora, colhido no mercado primário, viria na comercialização de automóveis. Como bem reconhecido pela Corte inglesa, permitir a criação de um monopólio no segundo mercado seria maléfico aos proprietários de automóveis, vez que estariam encurralados a peças e preços das montadoras. Existe um incomensurável dano, não a um ou a outro fabricante independente, mas a toda uma indústria que atua de forma legítima para dar aos consumidores o direito de adquirir o produto que melhor lhe aprouver.

A maioria decidiu pelo arquivamento do processo administrativo, ou seja, que o País deve permanecer com poucas opções no mercado de peças de reposição. As montadoras estarão livres para impor os registros contra fabricantes independentes e exercer preços elevados naquele mercado. Estarão certas de que poderão controlar os custos de manutenção para o consumidor, bem como a vida útil de seus veículos. Não permitir a concorrência no mercado secundário, benéfica pelas consequências da pressão competitiva exercida pelos fabricantes independentes, certamente foi um equívoco, de todo lamentável, da autoridade antitruste.

A sucessiva troca de advogados levada a cabo pela associação que endereçou a representação, a demonstrar uma certa imaturidade de seus membros, certamente contribuiu para o resultado desastroso. A condução de casos em que a regra da razão é a motivação precípua da decisão da autoridade demanda uma sequência razoavelmente organizada e consistente de audiências, em que os argumentos são desenvolvidos com base na linha mestra da motivação da representação propriamente dita. É de todo evidente que sucessivas trocas de patronos a cuidarem do caso retira a necessária e técnica organização e consistência das contínuas apresentações às autoridades ao longo do processamento do caso.

É nítido que o debate centrou-se no maniqueísmo da questão regra da razão *versus* positivismo legal. E este último foi vencedor mercê de bem urdidos sofismas, elegante e competentemente apresentados pelas defesas, aliás, muito bem representadas.

Em tal cenário, houve Conselheiros que não se deixaram convencer por tais argumentos, caso do Relator, e apreciaram com sensibilidade e acuidade a questão submetida a julgamento. Lamentavelmente, porém, não se logrou fazê-los constituir maioria.

O custo do ocorrido inevitavelmente continua a ser suportado pelo consumidor, constantemente bombardeado por ofertas de “juros zero”, “pagamento com bônus no seu usado”, “financiamento a perder de vista” e outras. É a consequência

de um dos equívocos – afortunadamente poucos no histórico do CADE – a que uma visão maniqueísta e distorcida do mercado pode levar a autoridade antitruste.

Referências bibliográficas

- ARAUJO JR., José Tavares de. *Restrições verticais no mercado brasileiro de auto-peças: impactos anticompetitivos*, 2006. Disponível em: [www.ecostrat.net/files/Autopeças-Nota_tecnica_Jose_Tavares.pdf]. Acesso em: 24.04.2019.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. v.1.
- CUNHA, Frederico Carlos da. *A proteção legal do design*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lucerna, 2003 *apud* SILVEIRA, Newton. *O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças*. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica 08012.002673/2007-51*. Disponível em: [www.cade.gov.br/]. Acesso em: 15.05.2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4.
- GRAU-KUNTZ, Karin. *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica a recente decisão da secretaria de direito econômico (SDE)*. Disponível em: [https://ibpieuropa.org/?media_dl=327]. Acesso em: 13.06.2019.
- PEDRO, Paranaguá; REIS, Renata. *Patentes e criações industriais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- Proposal for a directive of the European parliament and of the council amending Directive 98/71/EC on the legal protection of designs*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004PC0582]. Acesso em: 16.05.2019.
- RAMOS, André de Carvalho. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial*. 4. ed. rev. e ampl. Barueri: Manole, 2011.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Propriedade industrial e defesa da concorrência*. *Revista da ABPI*, n. 8, ano II, São Paulo, 1993, p. 10-12.
- TOKIC, Stijepko. *Intersection between the patent system and antitrust laws: patents speeding, antitrust yielding, innovation bleeding! Akron Intellectual Property Journal*. Vol. 5. Iss. 1, Article 2, 2011. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol5/iss1/2]. Acesso em: 08.04.2019. pp. 19-50.
- United States Department Of Justice And The Federal Trade Commission. *Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition*, 2007. Disponível em: [www.ftc.gov/reports/innovation/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf]. Acesso em: 20.05.2019.