

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LAURA GOMES DE AQUINO

DIREITO CONCORRENCIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO MERCADO
SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE DO CASO ANFAPE

CURITIBA

2019

LAURA GOMES DE AQUINO

DIREITO CONCORRENCIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO MERCADO
SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE DO CASO ANFAPE

Artigo científico apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

LAURA GOMES DE AQUINO

DIREITO CONCORRENCIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO MERCADO SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE DO CASO ANFAPE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Orientador

Coorientador

EDSON ISFER
Primeiro Membro

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **LAURA GOMES DE
AQUINO**

Aos vinte e nove dias do mês de outubro do ano de 2019, às 14:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) LAURA GOMES DE AQUINO, sobre o tema, "DIREITO CONCORRENCIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL NO MERCADO SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE DO CASO ANFAPE". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (Orientador), (Coorientador), EDSON ISFER e CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10, 10, 10 e —; perfazendo a média igual a 100.

Obs.

Curitiba - PR, 29 de outubro de 2019.


MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

Orientador


EDSON ISFER

1º Membro


Coorientador

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA
FREITAS

2º Membro

“Os monopolistas, por manterem o mercado sempre em falta, por nunca suprirem plenamente a demanda efetiva, vendem suas mercadorias muito acima do preço natural delas, auferindo ganhos — quer consistam em salários ou em lucros — muito acima de sua taxa natural”.

Adam Smith

RESUMO

Há um atrito inerente entre o Direito Concorrencial e a proteção da Propriedade Intelectual, na medida em que ao primeiro compete combater o poder excessivo gerado por monopólios econômicos e a segunda cria um monopólio artificial. Há também sinergias entre ambas as áreas, que, no fundo, buscam o desenvolvimento de um mercado inovador. No entanto, para isso, é necessário haver um equilíbrio de atuação entre a proteção da Propriedade Intelectual e o Direito Concorrencial, que nem sempre é simples de ser encontrado. O Caso ANFAPE bem retrata os atritos, as sinergias e as dificuldades de se encontrar uma solução jurídica para o caso da proteção por desenho industrial no mercado de reposição de autopeças no Brasil. Tendo por base o julgamento do caso e as experiências estrangeiras sobre o tema, apresenta-se propostas que podem auxiliar na garantia do equilíbrio entre a proteção da propriedade intelectual e a livre concorrência naquele mercado.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Direito Concorrencial. Monopólio. Desenho Industrial. Mercado Secundário de Autopeças. Reformas Institucionais.

ABSTRACT

There is an inherent conflict between the Competition Law and the Intellectual Property protection, as the first aims to combat the excessive power created by economic monopolies and the second creates an artificial monopoly. Although, there are synergies between both areas, that, deep down, seek the development of an innovative market. It is necessary to find an equilibrium between Intellectual Property protection and Competition Law to achieve this goal, which is not always easy to find. The ANFAPE Case reflects the conflicts, synergies, and difficulties to find a legal solution to the case of industrial design protection in the automotive aftermarket in Brazil. Taking in account the decision reached in the ANFAPE Case and the international experience related to the subject, some propositions are presented to guarantee an equilibrium between the intellectual property protection and the free competition in that market.

Key-words: Intellectual Property. Competition Law. Monopoly. Industrial Design. Automotive Aftermarket. Institutional Reform.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ATRITOS E SINERGIAS ENTRE O DIREITO CONCORRENCIAL E A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	7
2.1 REALIDADE ECONÔMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ...	8
2.2 FUNDAMENTO ECONÔMICO DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: INCENTIVO À INOVAÇÃO.....	9
2.3 DIREITO CONCORRENCIAL E O COMBATE À FORMAÇÃO DE MONOPÓLIOS	11
2.4 COMPLEMENTARIEDADE ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA	13
3 ESTUDO DE CASO: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FABRICANTES DE AUTOPEÇAS (ANFAPE) CONTRA VOLKSWAGEN, FIAT E FORD	14
3.1 A PROTEÇÃO DO DESENHO INDUSTRIAL DAS AUTOPEÇAS	14
3.2 ARGUMENTOS DA FABRICANTE DE AUTOPEÇAS	16
3.3 ARGUMENTOS DAS MONTADORAS	18
3.4 CONCLUSÃO DO CADE	21
4 REFORMAS INSTITUCIONAIS NECESSÁRIAS À PRESERVAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE AUTOPEÇAS	25
4.1 LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO	25
4.2 POSSÍVEIS ALTERAÇÕES NA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	28
5 CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	31

1 INTRODUÇÃO

A proteção da propriedade intelectual exerce relevante papel econômico na atualidade, em que a informação é difundida em grande velocidade e os bens intangíveis se traduzem em uma vantagem competitiva. A garantia da exclusividade de exploração desses bens parece incompatível com o direito da concorrência, que visa a reprimir o poder excessivo de mercado, contudo, há a busca de um objetivo comum por ambas as áreas: o desenvolvimento de um mercado inovador.

Não obstante a importância do tema, a relação entre propriedade intelectual e o direito concorrencial ainda é pouco explorada no direito brasileiro. Assim, o presente trabalho busca dar uma contribuição sobre o assunto – sem pretensão de esgotá-lo –, apresentando a regulamentação referente à matéria e eventual delimitação, de modo a garantir o crescimento econômico e a competitividade no caso do mercado de reposição de peças de automóveis. Para tanto, o trabalho faz um estudo do Caso ANFAPE, em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) analisou o conflito entre concorrência e propriedade intelectual em relação à proteção concedida pelo registro de desenho industrial de autopeças.

Após esse primeiro tópico introdutório, no segundo tópico, é abordado o tratamento legislativo no Brasil referente à proteção da Propriedade Intelectual e ao Direito Concorrencial, com uma análise dos principais objetivos de cada uma das áreas. No terceiro tópico é realizado um estudo do Caso ANFAPE, que versa sobre o conflito entre propriedade intelectual e concorrência no mercado de reposição de autopeças no Brasil. No quarto tópico, são sugeridas reformas legislativas que podem auxiliar na garantia da livre concorrência no mercado de autopeças com base no direito comparado. Por fim, é encerrado com uma breve conclusão referente ao mercado analisado, destacando-se que esta não se aplica de maneira genérica a todos os casos envolvendo um conflito entre propriedade intelectual e concorrência.

2 ATRITOS E SINERGIAS ENTRE O DIREITO CONCORRENCIAL E A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Há um atrito inerente entre o Direito Concorrencial e a Proteção da Propriedade Intelectual, na medida em que ao primeiro compete combater o poder excessivo gerado por monopólios e a segunda garante um monopólio artificial,

concedendo ao titular a exclusividade da exploração de uma criação por um tempo limitado. No entanto, há uma sinergia entre ambas as áreas: a busca pelo desenvolvimento por meio de um mercado competitivo e inovador.

2.1 REALIDADE ECONÔMICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil adota o sistema capitalista, em que o Estado intervém no domínio econômico buscando a preservação do mercado¹. As maneiras de intervenção se alteraram ao longo dos anos, sendo refletidas nas constituições adotadas.

No Brasil, sempre houve a intervenção estatal na economia, no entanto, esta foi intensificada no início da década de 30². A primeira vez em que a liberdade econômica aparece expressa no texto constitucional é na Constituição de 1934, que também estabelece que a liberdade dos agentes econômicos deve respeitar certos limites³. A partir de então, é possível falar na existência de uma ordem econômica⁴. Contudo, apesar de contar com o título da “ordem econômica e social”, a Constituição de 1934 não trouxe disposições a respeito da matéria da concorrência, nem do desenvolvimento⁵.

A concorrência veio a ser disciplinada a partir da Constituição de 1946 e o princípio do desenvolvimento econômico somente na Carta de 1967.

Por fim, a Constituição de 1988, que tem como essência o Estado Democrático de Direito, sedimentou a intervenção do Estado no domínio econômico, caracterizando-se como uma Constituição dirigente⁶.

A intervenção do Estado na economia pode se dar de diversas formas, inclusive, de maneiras não intuitivas e aparentemente contraditórias. Neste sentido, destaca-se, por um lado, a sua atuação para coibir o abuso de posição dominante,

¹ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. P. 19.

² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 259

³ Diz o art. 115 da Constituição de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* (1981). P. 50-51

⁵ Eros Roberto Grau explica que a teoria do desenvolvimento surgiu a partir das formulações de Schumpeter, em 1911, e que o desenvolvimento é realizado no surgimento de fenômenos novos em seu aspecto qualitativo, ou seja, na inovação (*Ibidem*, p. 51-54).

⁶ Conforme definição do autor, as constituições diretas “enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 13ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda., 2008. Capítulo 2. P. 73 a 76)

combatendo a formação de monopólios – por meio da legislação antitruste – e, por outro lado, a sua proteção para garantir a exclusividade do uso e exploração de determinado bem por seu criador – por meio da lei de propriedade intelectual.

2.2 FUNDAMENTO ECONÔMICO DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: INCENTIVO À INOVAÇÃO

No Brasil, do fim do século XIX até 1945, havia uma série de leis extravagantes sobre a propriedade industrial. O primeiro Código de Propriedade Industrial é o Decreto-lei 7903/45, seguido pelo Código de 1967, de 1969 e de 1971⁷. Atualmente, a legislação em vigor é a Lei 9.279, de 1996 (LPI)⁸. Além disso, a proteção da propriedade industrial é conferida constitucionalmente, pelo art. 5º, XXIX⁹.

Para garantir a proteção dos direitos intelectuais, foi criado o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), responsável, entre outros serviços, pelo registro de desenhos industriais e concessão de patentes.

Por meio da propriedade industrial, o direito confere exclusividade de exploração ao criador de determinada invenção, modelo de utilidade, marca ou desenho industrial. Esta forma de propriedade refere-se a bens incorpóreos, que, em regra, podem ser facilmente copiados por competidores (*free riders*), sem os mesmos gastos em pesquisa tidos por seu criador, razão pela qual torna-se necessária uma tutela jurídica especial¹⁰.

A característica da exclusividade do direito de propriedade intelectual faz com que este se aproxime de um monopólio. Há uma controvérsia em classificá-lo como

⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo I. 2º edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017. P. 17 e 18

⁸ O art. 2º da LPI define os modos de proteção da propriedade industrial: “Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal”.

⁹ Diz o art. 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

¹⁰ “Because intellectual property is often copiable by competitors who have not borne any of the cost of creating the property, there is fear that without legal protection against copying the incentive to create intellectual property will be undermined”. (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003. P. 11)

monopólio ou como propriedade e tal classificação varia de acordo com o momento histórico e o sistema nacional¹¹.

De qualquer forma, é preciso destacar que a expressão monopólio é diferente para o direito da propriedade intelectual e para o direito concorrencial¹². A Propriedade Intelectual, ao garantir a exclusividade da exploração de uma criação ao seu inventor, não retira liberdades do domínio comum – contrariamente ao que ocorre com o monopólio no sentido concorrencial –, pois protege algo novo, que nunca integrou a liberdade de ninguém¹³.

A proteção da propriedade intelectual, por meio da exclusividade garantida pelo Estado, explica-se em razão da busca pela inovação. Trata-se de um mecanismo de duplo viés, conforme explicam Ribeiro e Alves:

(a) por um lado estimula novas criações conferindo royalties ao criador, que teve de desenvolver esforço intelectual e financeiro para chegar ao resultado criativo. Por outro lado, (b) ela limita o uso da criação, já que a partir do momento em que se tem de pagar royalties para o criador ou que se garante a ele a exclusividade, um número menor de pessoas poderá utilizar o produto fruto da criatividade de um ou mais indivíduos.¹⁴

Nos dias atuais – marcados pela economia do conhecimento, em que os bens intangíveis tornam-se cada vez mais importantes –, estes direitos se transformam em vantagem competitiva e os mecanismos criados para garanti-los estimulam o surgimento de inovações.

No entanto, ao garantir a exclusividade de exploração ao criador, que pode abusar desse direito, dificulta-se o acesso à propriedade intelectual pela sociedade, bem como dificulta a possibilidade de aprimoramento das invenções pelos competidores. Nesses casos, a proteção excessiva aos direitos de exclusividade pode ser, em verdade, um obstáculo à inovação¹⁵.

¹¹ BARBOSA, Denis Borges. *Op. Cit.* (2017). P. 98 a 106

¹² Nesse sentido, afirmam William Landes e Richard Posner: “the use of the word monopoly is harmless as long as it is understood to be different from how the same word is used in antitrust analysis”. (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *op. cit.* P. 374.)

¹³ BARBOSA, Denis Borges. *Op. Cit.* (2017) P. 103

¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES; Giovani Ribeiro Rodrigues. **Do Particularismo Normativo em Matéria de Propriedade Imaterial: legislar para quê(m)?** In: NETO, Antenor Demeterco; CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre. *Temas de Direito Econômico: a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016*. Curitiba: Clássica Editora, 2013. P. 14

¹⁵ SHAVER, Lea. **Access to knowledge in Brazil. New research on intellectual property, innovation and development**, p. 8. *Apud*. FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.* P. 321

O ideal seria determinar a amplitude da proteção de acordo com a natureza da inovação e dos mercados relevantes¹⁶⁻¹⁷. Caso contrário, haverá um potencial conflito entre a proteção garantida pela propriedade intelectual e a livre concorrência.

2.3 DIREITO CONCORRENCIAL E O COMBATE À FORMAÇÃO DE MONOPÓLIOS

A concorrência é essencial para garantir informação e liberdade de escolha aos consumidores¹⁸. Ao compreender-se que a concorrência é ameaçada por situações monopolistas e pela realização de acordos entre empresas, passou-se a combater os monopólios e tornar nulos os acordos tendentes a eliminá-la¹⁹. Nesse cenário, surgem as legislações antitruste e medidas protetivas da concorrência.

No Brasil, a primeira Constituição a estabelecer a liberdade econômica foi a de 1934 e a primeira lei a regulamentar a economia popular, por sua vez, já sob a égide da Constituição de 1937, foi o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938²⁰. Posteriormente, a Constituição brasileira de 1946, influenciada pelo Decreto-lei 7.666, de 1945²¹, consolidou a repressão ao abuso de poder econômico²². Este foi

¹⁶ Ver CORREA, Carlos M. **Aperfeiçoando a eficiência econômica e a equidade pela criação de leis de propriedade intelectual**. In: VARELLA, Marcelo Dias. Propriedade intelectual e desenvolvimento. São Paulo: Lex Editora, 2005. P. 35 a 73.

¹⁷ Mercado relevante é definido pelo CADE como: “O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito”. CADE. Perguntas gerais sobre defesa da concorrência. Publicado em 29 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em 03 de setembro de 2019.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. Malheiros Editores, 2001. P. 125.

¹⁹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centellho, 1978. P. 106-107.

²⁰ Calixto Salomão Filho diferencia o surgimento do antitruste no Brasil, em que os consumidores são os destinatários diretos e primários das normas, dos casos americano e europeu, que têm no antitruste “a disciplina central da atividade econômica privada” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, 2001. P. 103). Nas palavras de Paula Forgioni: [o antitruste] “nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor” (FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.* p. 100)

²¹ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.* p. 107

²² O art. 148 da CF, de 1946, diz que: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a

regulamentado pela Lei 4.137/1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (CADE), responsável pela apuração e repressão dos abusos.

A Constituição de 1988 – com o reestabelecimento do Estado democrático –, estabeleceu, no art. 170, 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”, observados certos princípios, entre eles, a livre concorrência (inciso IV).

Sob a vigência da atual Constituição, foram promulgadas as Leis 8.158 de 1991 e 8.884 de 1994, até a promulgação da Lei 12.529 de 2011, que atualmente regula a matéria. Em seu art. 36 são definidas as formas de infração à ordem econômica²³.

As legislações demonstram uma preocupação com o combate à formação de monopólios, tendo em vista que – conforme brevemente explicado no item anterior –, diferentemente do monopólio legal, conferido pelas leis de propriedade intelectual, a ideia de monopólio econômico parte de um pressuposto de comportamento negativo da empresa que restringe a liberdade no mercado e prejudica o consumidor²⁴.

Não somente o monopólio no sentido de um único agente no mercado, mas também as situações em que a empresa detém parcela substancial do mercado, de forma que seus concorrentes não têm qualquer influência sobre o preço, trazem efeitos negativos, conforme explica Forgioni:

A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços no limite máximo, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda

sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

²³ Diz o art. 36 da Lei 12.529/2011: “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”.

²⁴ A definição de monopólio pelo CADE ressalta esse aspecto: “o monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de determinado bem ou serviço no mercado. Nesse caso, o monopolista pode diminuir sua produção para elevar os preços até atingir o ponto em que a quantidade produzida, multiplicada pelo preço praticado, gera à empresa o lucro máximo. Os preços artificialmente elevados excluem consumidores potenciais do bem ou produto, e por não existirem outras empresas disputando o mercado, o monopolista não tem tantos incentivos para buscar inovações tecnológicas e formas mais eficientes de operar”. CADE. Perguntas gerais sobre defesa da concorrência. Publicado em 29 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em 11 de julho de 2019.

impondo a outras práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência.²⁵

Desse modo, o direito da concorrência passa a ter como principal objetivo o combate ao poder excessivo das empresas, ordenando os recursos da sociedade de maneira ideal e garantindo o bem-estar do consumidor.

2.4 COMPLEMENTARIEDADE ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Pode parecer haver um atrito entre a proteção da propriedade intelectual e o direito da concorrência, visto que um deles confere a exclusividade de uso de determinada criação e o outro combate os monopólios. No entanto, ambas as áreas confluem para o desenvolvimento de um mercado inovador.

O que leva os agentes econômicos a buscar elevar a qualidade de seus produtos, investindo e inovando, é a competição. Assim, em condições de monopólio, em que é garantida uma certa segurança ao seu detentor, há o potencial de perda de riqueza e eficiência que poderiam ser geradas pelos incentivos à criação de novos e melhores produtos quando há competição e, conseqüentemente, necessidade de atrair consumidores²⁶.

Há quem defenda que os monopolistas possuem mais riqueza e, portanto, maior capacidade para investir em pesquisa e inovar. Essa é a posição de Schumpeter, para quem é natural que a empresa que conquista a inovação seja monopolista, mas, no devido tempo, concorrentes entrariam no mercado. Para ele, esse processo deveria ser estimulado por gerar o desenvolvimento. Conforme o pensamento do autor:

O monopolista dispõe de métodos superiores que, ou não estão absolutamente ao alcance da massa de concorrentes, ou eles não podem desfrutá-los tão prontamente, pois há vantagens que, embora não totalmente inalcançáveis no nível competitivo, são obtidas, na verdade, apenas no nível monopolista, pois esta última posição, por exemplo, pode alargar a esfera de influência dos cérebros privilegiados e diminuir a dos inferiores, ou porque o

²⁵ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.* P. 259

²⁶ MITCHELL, William C.; SIMMONS Randy T. **Para Além da Política. Mercados, Bem-Estar Social e o Fracasso da Burocracia.** Rio de Janeiro: Editora Topbooks, 2003. P. 50 a 52.

monopólio possui uma situação financeira desproporcionadamente mais alta.²⁷

No entanto, os ensinamentos de Schumpeter devem ser vistos com a devida cautela, como bem pontua Forgioni:

O problema é que a aplicação exagerada (por vezes com marcado viés ideológico) dos ensinamentos de Schumpeter implica distorções graves. Chega-se a afirmar que “o objetivo da concorrência não é a redução de preços, mas o incentivo à inovação”. As inovações Schumpeterianas tudo justificariam: admitem-se práticas verdadeiramente abusivas, restritivas da concorrência e prejudiciais à sociedade para preservar pretensa “capacidade de inovar”. Nessa visão, quase não há abuso dos grandes agentes, pois estes costumam deter maiores recursos e, portanto, maior capacidade de inovar.²⁸

Assim, a inovação é um dos objetivos do direito da concorrência, mas que deve ser vista em conjunto com os demais benefícios a serem esperados de um mercado competitivo, como a eficiência, os preços mais baixos para os consumidores e a maior possibilidade de escolha²⁹.

Conclui-se haver uma complementariedade entre a propriedade intelectual e o direito concorrencial, na medida em que ambos buscam o desenvolvimento de um mercado inovador, seja por meio da concessão de um direito de exclusividade, seja como um dos benefícios a ser esperado da competição. No entanto, para a garantia de resultados efetivos, estas áreas devem caminhar de maneira complementar.

3 ESTUDO DE CASO: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FABRICANTES DE AUTOPEÇAS (ANFAPE) CONTRA VOLKSWAGEN, FIAT E FORD

O equilíbrio entre a Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência nem sempre é simples de ser encontrado e as situações em que o direito tem que lidar com um conflito entre estas áreas, normalmente, não são de fácil solução. Esse é o caso da proteção por desenho industrial no mercado de reposição de autopeças.

3.1A PROTEÇÃO DO DESENHO INDUSTRIAL DAS AUTOPEÇAS

²⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. P. 130

²⁸ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.* P. 320.

²⁹ Para Whish & Bailey: competition promotes allocative and productive efficiency; competition leads to lower prices for consumers; competition means that firms will develop new and better products in order to win business; competition gives consumers choice as to the products that they buy. (WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. Eighth Edition. Oxford University Press: 2015. P. 19).

O desenho industrial é definido pelo art. 95 da LPI³⁰, que o diferencia em duas espécies: de um lado, “a forma plástica ornamental de um objeto” e, de outro, “o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto”³¹. Como requisito para a garantia da proteção, a lei menciona que deve proporcionar um resultado visual novo³² e original³³, além de servir de tipo de fabricação industrial.

Na indústria automotiva, é prática das montadoras registrar³⁴, como forma plástica ornamental, além do automóvel como um todo, algumas de suas peças isoladas, por exemplo, para-choques, para-lamas, faróis e portas. Para que um objeto seja passível de desenho industrial, deve ter forma perfeita e acabada³⁵, e características puramente estéticas, sem o comprometimento com aspectos técnicos ou funcionais³⁶.

Ocorre que as peças de reposição de automóveis possuem uma particularidade: devem ser idênticas às peças originais de fabricação. Assim, podem ser chamadas de peças *must-match*³⁷.

³⁰ Diz o art. 95 da LPI: “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”.

³¹ Fábio Ulhoa Coelho afirma que a forma plástica ornamental dá forma ao objeto ao qual se aplica, e traz como exemplo a garrafa do refrigerante Coca-Cola. O conjunto ornamental de linhas e cores, por sua vez, é aplicável a um produto, mas não o formata, sendo um exemplo o *haymarket check*, da marca Burberry. (COELHO, Fábio Ulhoa. 2009. Parecer. Fl. 4)

³² Diz o art. 96 da LPI: “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”.

³³ Diz o art. 97 da LPI: “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”

³⁴ O prazo do registro é de, no máximo 25 anos, conforme o art. 108 da LPI: “O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada”.

³⁵ Entendimento exarado no Parecer n° 0044-2016-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-DJT-1.0, que abordou a aplicação da prioridade unionista aos registros de desenho industrial e a proteção das partes.

³⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 129

³⁷ Explica Denis Borges Barbosa: “ninguém vai querer trocar um pára-lama de uma marca X por outro pára-lama de uma marca Y. Não há alternativas. É o que os economistas chamam de *must-match*”. (BARBOSA, Denis Borges. **A proteção dos mercados secundários no direito da propriedade intelectual no Brasil**. Revista Eletrônica do IBPI. Sobre a questão das peças de reposição *must-match*. Edição Especial. Janeiro de 2010. P. 59).

Costuma-se dividir o mercado em dois: (I) o mercado primário – que compreende a comercialização de veículos novos (zero km) – e (II) o mercado secundário – destinado à reposição de peças – e também chamado de *aftermarket*³⁸. Quando, para um determinado produto primário, escolhido em um mercado competitivo, o consumidor encontrar um único produto secundário, fala-se em efeito *lock-in*³⁹.

Assim, ao garantir que as montadoras registrem o desenho industrial de peças de automóveis, estas vedam que os fabricantes independentes fabriquem e comercializem autopeças. Aos consumidores, permanece como única opção adquiri-las diretamente das montadoras, razão pela qual diversos países têm questionado o alcance da proteção do desenho industrial no mercado secundário de autopeças⁴⁰.

No Brasil, o tema foi discutido pelo CADE no Procedimento Administrativo nº 08012.002673/2007-51, promovido pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE – em face das empresas Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S. A. e Ford Motor Company Ltda – conjuntamente denominadas montadoras. A Representação⁴¹ foi promovida em 04 de abril de 2007, junto à extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça.

3.2 ARGUMENTOS DA FABRICANTE DE AUTOPEÇAS

A ANFAPE, que congrega os Fabricantes Independentes de Autopeças (FIAPs), alegou que estes estariam sofrendo óbices para a participação no mercado secundário de reposição em razão das ações judiciais e medidas extrajudiciais adotadas pelas representadas, que exerciam de forma abusiva os seus direitos de propriedade intelectual.

³⁸ Existem outros mercados em que é possível fazer a distinção entre o principal e o secundário. Karin Grau-Kuntz traz como exemplos: aparelho manual de barbear e lâmina, máquina fotográfica e filme, impressora e cartucho, aparelho elétrico de escovar os dentes e escova, entre outros. (GRAU-KUNTZ. Karin. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica e recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 145, p. 148-184, 2007.)

³⁹ Conforme Parecer do INPI: “por efeitos *lock in* no comércio de autopeças, entende-se a falta de opção do consumidor para adquirir as peças de reposição, posto que ele se encontra ‘preso’ à montadora, que detém o registro de desenho industrial” (Parecer nº 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0).

⁴⁰ CARVALHO, Nuno Pires de. **A Propriedade Intelectual em Mercados Regulamentados. O caso das indústrias farmacêutica e automotiva**. Curitiba: Juruá, 2013. P. 123

⁴¹ Fls. 01 a 21 do Procedimento Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (PA)

A representante, sustentou, em síntese, que: (I) a proteção por desenho industrial deve ser restrita ao mercado primário; (II) os gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D) devem ser recuperados neste mercado; (III) é necessário respeitar a função social da propriedade industrial; (IV) é impossível registrar partes de um objeto; e, por fim, (V) em outros países vem ocorrendo a liberalização do mercado secundário.

Primeiro, afirmou que a proteção por desenho industrial deveria estar limitada ao mercado primário. Os FIAPs representam garantia de concorrência no *aftermarket* e a monopolização desse mercado pelas montadoras é prejudicial aos consumidores, em razão da possibilidade de controlar tanto os custos de manutenção quanto a vida útil do veículo⁴². Nesse caso, os danos gerados aos consumidores são evidentes⁴³. A representação afirmou que o frequente argumento de que a competição no mercado primário faz desnecessária a competição no mercado secundário não se sustenta em razão dos custos de troca (*switching costs*) – que impossibilitam que os consumidores troquem seu veículo por outros produzidos por montadoras que não monopolizam o *aftermarket* – e do efeito *lock in* – que faz com que o consumidor seja obrigado a adquirir as respectivas autopeças das montadoras.

Segundo, em relação aos gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D), sustentou que devem ser recuperados no mercado primário. Considerar que a ausência de proteção das peças no mercado secundário impossibilitaria a recuperação desses investimentos implica presumir que as empresas repassariam o custos de inovação das peças para o mercado secundário, o que teria como motivação o lucro fácil, visto que no *aftermarket* não há concorrência⁴⁴.

⁴² Com base na contribuição de Coase (COASE, R. 1972. **Durability and Monopoly**. Journal of Law and Economics, Vol. 15, nº 1), o parecerista Dr. José Tavares afirma que “na ausência de pressões competitivas, os fabricantes de bens duráveis procurarão limitar a vida útil de seus produtos, já que a lucratividade potencial dos novos modelos é inversamente proporcional à idade média dos estoques vendidos em períodos anteriores”. (ARAUJO JR., José Tavares de. **Restrições Verticais no Mercado Brasileiro de Autopeças: Impactos Anticompetitivos**. Dezembro de 2006. P. 2)

⁴³ Diz o parecerista Gesner Oliveira: “as restrições impostas à oferta de peças de reposição podem causar a diminuição do bem-estar social, a partir de três canais: i) aumento do preço dos produtos ofertados; ii) redução da disponibilidade desses produtos em mercados específicos (regiões mais distantes dos grandes centros consumidores); e iii) efeito negativo no mercado de oficinas, na medida em que o funcionamento de boa parte delas depende do fornecimento de peças produzidas por empresas independentes” (OLIVEIRA, Gesner. **Aspectos Concorrenciais do Mercado de Reposição de Peças de Automóveis**. Junho de 2009. P. 7).

⁴⁴ GRAU-KUNTZ. Karin. **Ainda sobre a questão das peças de reposição**. Revista Eletrônica do IBPI. Sobre a questão das peças de reposição must-match. Edição Especial. Janeiro de 2010. P. 80 e 81

Terceiro, argumentou que o direito de propriedade não pode ser absoluto. Como o mercado das montadoras é o da industrialização e venda de veículos novos, os desenhos industriais que lhes são concedidos não podem se voltar contra os fabricantes do *aftermarket* – que atuam com outra função, de reposição das peças que compõem os veículos –, sob pena de desrespeitar sua função social⁴⁵.

Quarto, a representação levantou a impossibilidade de se registrar partes e peças dos veículos como desenho industrial. Conforme a definição legal, essa espécie de propriedade intelectual é apenas visual, desvinculada de qualquer função técnica. Como as autopeças são necessárias para que o veículo preencha a sua finalidade, não poderiam ser registradas⁴⁶.

Quinto e último, afirmou que as estratégias adotadas pelas montadoras já ocorreram em outros países, destacando os desdobramentos dessas controvérsias nos Estados Unidos⁴⁷, na União Europeia⁴⁸ e na Austrália⁴⁹.

Concluiu que a conduta das representadas configuraria ilícito antitruste, com enquadramento normativo previsto no art. 20, inciso II, e art. 21, inciso V, da Lei nº 8.884/94, vigente à época⁵⁰.

3.3 ARGUMENTOS DAS MONTADORAS

⁴⁵ “O direito exclusivo vinculado ao registro de desenho industrial é caracterizado, nos termos do disposto no artigo 94 da lei 9.279/96, como uma propriedade. O direito de propriedade, por sua vez, por força do que define o artigo 5º, XXIII da Constituição do Brasil, há de atender a sua função social. Independentemente das discussões acadêmicas que colocam em questão o acerto da caracterização deste direito exclusivo como propriedade, a dinâmica da troca de valores inerente ao sistema da propriedade intelectual corresponde à relação entre o direito de propriedade e seu condicionamento ao cumprimento de sua função social, de sorte que o exercício do direito de propriedade que emana do registro de desenho industrial está condicionado à função social do direito garantido, isto é, à relação de troca de valores inerente ao sistema jurídico” (GRAU, Eros Roberto. Parecer. P. 12 e 13).

⁴⁶ Tese defendida por Newton Silveira em seu parecer.

⁴⁷ Projeto de lei que trata do direito de reparação dos proprietários de veículos (*right to repair act – HR 2048*) com a finalidade de determinar a divulgação de diagnósticos e serviços de reparo e de incentivar a competição no mercado secundário de veículos.

⁴⁸ Proposta de alteração da Diretiva 98/71/EC com a introdução de uma cláusula de reparação que consolida a liberalização dos mercados e faz aplicar a todos os Estados-Membros a concorrência no *aftermarket*.

⁴⁹ Aprovação do *Designs Act 2003*, com a defesa do direito de reparação.

⁵⁰ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; (...) V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Em resposta, as montadoras alegaram, em resumo, que: (I) há uma interdependência entre o mercado primário e secundário; (II) deve haver um retorno aos gastos com P&D; (III) a exclusão da concorrência trata-se de exercício regular do direito garantido pela proteção ao desenho industrial; (IV) partes isoladas de um objeto são passíveis de proteção; e, por fim, (V) em outros países a liberalização permanece em discussão e esta se dá no âmbito legislativo.

Em primeiro lugar, as representadas rebateram o argumento de que a proteção deve ser limitada ao mercado primário, afirmando que há uma interdependência entre o mercado de venda e de reposição, não se podendo falar em segmentação⁵¹, inclusive, a LPI não faz qualquer distinção entre os mercados. Nessa linha, defende-se a devida informação dos consumidores⁵², que, quando da decisão de compra no mercado primário, levam em consideração os custos de manutenção e a durabilidade do veículo⁵³. Sustentam, assim, que a concorrência no mercado primário impossibilita uma conduta anticompetitiva no mercado de reposição.

Outro argumento reiterado pelas representadas refere-se à necessidade de retorno aos investimentos em P&D. Aqui, por tratar-se de investimento de alto risco, diferencia-se retorno de ressarcimento, afirmando ser necessário que os investimentos gerem lucro e que não cabe ao CADE fazer um cálculo matemático para limitá-lo. Os fabricantes independentes, por sua vez, além de não possuírem os mesmos gastos em P&D, não estão vinculados à obrigação prevista pelo art. 32, parágrafo único, do CDC, que obriga os fabricantes a garantir o suprimento de autopeças para reposição durante todo o tempo que mantiver o veículo em sua linha de produção, bem como por um período razoável após o término da produção⁵⁴.

Um terceiro ponto exposto pela defesa é que os registros de desenho industrial encontram respaldo na Constituição Federal (art. 5º, XXIX) e na LPI (art. 94

⁵¹ “O chamado mercado primário, constituído pelo mercado de automóveis novos (mercado de bens duráveis) e o mercado secundário (mercado de produtos complementares), constituído pelas peças de reposição, compõe um único mercado sistêmico, onde o consumidor, quando adquire um automóvel novo, sabe que, no futuro, adquirirá, segundo uma probabilidade estimada, assistência técnica e peças de reposição daquele automóvel”. (Fagundes & Associados Consultoria Econômica. **Comentários aos Pareceres Econômicos**. Julho de 2010. Pág. 18)

⁵² As montadoras trouxeram, como exemplos de fontes de informação ao consumidor, informações veiculadas em revistas, propagandas e preços de seguro. Nesse sentido, afirmaram que todas essas informações são consideradas no momento da aquisição de um bem e, o fato de haver preços mais altos no mercado de reposição poderia levar as montadoras a perdas competitivas a longo prazo.

⁵³ VERNULM, Roberto; ARRUDA, Mauro. **Parecer sobre a representação da ANFAPE – Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças contra a Fiat Automóveis S.A.** Agosto de 2007. P. 6

⁵⁴ Parecer de José Roberto D’Affonseca Gusmão (2009, p. 24 e 25)

e 109), tratando-se de direito perfeitamente lícito e cuja oponibilidade é *erga omnes*. Assim, não há qualquer abuso: nem no registro – conferido legalmente pelo INPI – e nem no exercício desses direitos – de ajuizar ações para impedir o uso de bens protegidos por Propriedade Intelectual⁵⁵, pois faz parte da essência desses direitos a exclusão da concorrência, como forma de incentivo à inovação⁵⁶. As fabricantes independentes de autopeças, sim, estariam praticando condutas ilícitas, quais sejam, a prática de contrafação e a infração aos direitos de propriedade industrial das representadas⁵⁷.

Ademais, todas as limitações ao registro de desenho industrial estão previstas nos artigos 43 e 100 da LPI⁵⁸. A possibilidade de concessão de licença compulsória é prevista somente para o titular de patente que exercer seus direitos de forma abusiva, no entanto, o desenho industrial não pode ser restringido dessa forma⁵⁹.

Em quarto lugar, quanto à validade dos registros, sustenta-se que as partes isoladas de um veículo são criações estéticas, que têm um mercado próprio e são passíveis de registro pelo INPI. Essa, inclusive, é a medida mais benéfica ao consumidor, visto que os investimentos podem ser distribuídos entre os dois mercados, barateando o preço dos veículos⁶⁰. Ainda, as montadoras trazem argumentos referentes à qualidade das peças protegidas por desenho industrial, alegando que estas possuem garantia de qualidade e segurança, o que não poderia ser assegurado em caso de liberação do mercado secundário⁶¹.

⁵⁵ Ver parecer de Sílvio Venosa sobre abuso de direito (2012). Fls. 4707 a 4723 do PA.

⁵⁶ Diz Sepúlveda Pertence em parecer requerido pela Ford e pela Fiat: “nessa exclusão universal de terceiros, situa-se a essência dos direitos de propriedade industrial: o poder de impedir temporariamente terceiros de produzir, usar, gozar, colocar à venda e vender quanto seja objeto da patente ou do registro” e continua “Na ponderação entre a propriedade e a livre concorrência, o constituinte procurou premiar os inventores e, conseqüentemente, incentivar o desenvolvimento tecnológico do País; uma vez que, num cenário de livre concorrência absoluta, no qual a reprodução e a cópia das criações intelectuais fossem amplamente permitidas, o progresso tecnológico seria desencorajado, na medida em que não se retribuiria o inventor pelas pesquisas, o tempo e os recursos despendidos” (2010, P. 8). Ao mesmo tempo em que incentiva a inovação, por outro lado, restringe a concorrência, conforme destacado por Joshua D. Wright, em seu parecer: “The core of an IP Right is the ability to exclude or obtain a monetary remedy from other parties making, using or selling products that infringe upon the invention covered by the IP. This exclusivity comes at a cost to economic welfare because the patent holder might be able to increase price. At the same time, IP creates powerful incentives to innovate by enabling innovators to appropriate the economic value from their invention and innovation, thereby increasing economic welfare by incentivizing invention and innovation” (2017, P. 4).

⁵⁷ Parecer de José Roberto D’Affonseca Gusmão (2009, p. 14)

⁵⁸ *Ibidem*. P. 13

⁵⁹ Posição defendida nos pareceres de Fábio Ulhoa Coelho. (2009, P. 22), e José Sepúlveda Pertence (2010, p. 16)

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Fls. 3153 a 3175 do PA.

⁶¹ Diz Jorge Fagundes em seu parecer: “boa parte dos fornecedores independentes tende a comercializar produtos que podem ser caracterizados como cópias servis (ou “piratas”) das autopeças

Quinto e último, a defesa rebateu o argumento de direito comparado trazido pelas representantes, alegando, principalmente que, no caso da União Europeia, as tratativas permanecem em discussão e em âmbito legislativo⁶².

Por fim, as montadoras concluem que o objeto do processo extrapola a competência do CADE, que não pode invadir a competência do INPI e tampouco rever atos legislativos e judiciais⁶³.

3.4 CONCLUSÃO DO CADE

Depois de mais de dez anos de discussão, em março de 2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica decidiu, por quatro votos a três, que não foi comprovada a ocorrência de nenhum abuso concorrencial por parte das montadoras, apenas exercício regular do direito. Venceu o entendimento do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, e, seguindo seu posicionamento, o Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo.

De acordo com o voto vencedor, a criação do conceito de divisão entre mercado primário e secundário é artificial. Para que fosse plausível essa distinção, deveria ter sido prevista pela LPI⁶⁴. Conforme o art. 42 da LPI⁶⁵, a propriedade

colocadas no mercado por montadoras e fornecedores credenciados. Estas cópias são, em geral, de baixa qualidade, não atendendo requisitos mínimos de segurança, conformidade e nível tecnológico. Desse modo, frente a uma situação caracterizada pelo baixo nível de capacitação produtiva e tecnológica dos fornecedores independentes, poderia se configurar uma situação na qual as peças "ruins" poderiam expulsar as peças de melhor qualidade do mercado, na inexistência de direitos de propriedades bem definidos, o que teria implicações diretas em termos de menores níveis de eficiência econômica e bem-estar" (2007, P. 29)

⁶² "A UE não usa a legislação de concorrência para limitar o exercício legítimo dos direitos de propriedade intelectual. Há uma clara preferência na UE em responder preocupações com direitos de propriedade intelectual através de reformas legislativas ou regulatórias – como é o caso da Proposta." (CROCE, Ricardo; SPARKS, Will; CRESPO, Fernanda. **Parecer de advogado europeu no contexto da representação da ANFAPE perante o CADE**. Outubro de 2010. P. 2.)

⁶³ Diz Luis Fernando Schuartz em seu parecer: "a Representante demanda do CADE uma providência que requer, do referido órgão, o chamamento para si de competências que lei alguma lhe atribui, seja a competência 'legislativa' de reconfiguração dos limites permitidos de utilização de direitos de propriedade intelectual, seja a competência 'judicante' de invalidação de decisões adotadas pelo INPI no exercício regular das suas competências legais" (2010, P. 22).

⁶⁴ O voto cita o entendimento da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual na Resolução da ABPI nº 82: "Seja compreendida a oponibilidade erga omnes do direito de Propriedade Industrial. Não há na Constituição Federal ou na Lei da Propriedade Industrial – expressa ou implicitamente – qualquer limitação ao exercício dos direitos decorrentes do Registro de Propriedade Industrial em função de segmentações de mercado circunstanciais, ad hoc. Qualquer limitação nesse sentido, portanto, demandaria ampla discussão nacional e a alteração da Lei de Propriedade Industrial".

⁶⁵ Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso

industrial é oponível perante terceiros e, em eventual interpretação com o objetivo de limitar a atuação ao mercado primário, “o CADE estaria atuando como legislador positivo, visto que criaria, pela via interpretativa, obrigação de fazer e não fazer não prevista expressamente em lei, distanciando-se de sua atuação restrita aos casos de abuso da propriedade intelectual”⁶⁶.

O voto também critica a classificação do mercado *como must-match*, visto que há uma série de peças que não requerem a identidade absoluta para manter a originalidade e o valor intrínseco do automóvel. Para estas, haveria um mercado autônomo com desenhos próprios e exclusivos.

Sustenta, ainda, que a intervenção excessiva do CADE pode gerar outras falhas de mercado. Para se alcançar os mesmos fins garantidos pela proteção do desenho industrial, as montadoras poderiam recorrer a artifícios de proteção à marca.

Em resumo, o voto vencedor não identifica abuso de direito na conduta das representadas e destaca que a lei não limitou o direito de exclusividade a um determinado mercado, notadamente não recai sobre o mercado e sim sobre o objeto, protegendo-o em caráter *erga omnes*. Ademais, afirma que a concessão do registro é matéria exclusiva do INPI, não cabendo ao CADE avaliar a sua validade⁶⁷

Nesse sentido, afastar a incidência do art. 42 da LPI, para se chegar a conclusão de proibição do exercício *erga omnes*, configuraria controle de constitucionalidade da norma, “cuja competência refoge à atuação do CADE”⁶⁸. Para o Conselheiro Bandeira Maia, essa interpretação não poderia sequer ser feita pelo STF, por configurar interpretação *contra legem*⁶⁹. A solução seria uma nova legislação sobre a matéria, o que deve ser resolvido pelo Poder Legislativo, e não pelo CADE.

Eis a ementa da decisão:

II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente. (apesar de referir-se à patente, este artigo também se aplica ao desenho industrial, nos termos do art. 109, parágrafo único).

⁶⁶ Voto, p. 17 (SEI 0455442).

⁶⁷ Nesse ponto, houve concordância com o voto do Relator, que afirmou que o INPI atua na fase da obtenção do direito, enquanto o CADE atua na fase de seu exercício.

⁶⁸ Voto, p. 22.

⁶⁹ Explica o Conselheiro em nota de rodapé: “não quero em absoluto dizer que o Supremo, caso entendesse inconstitucional a lei, não poderia declará-la inconstitucional, apenas descarto a possibilidade de se estatuir uma interpretação conforme para se conferir a compreensão intentada nestes autos, pois essa leitura não se coadunaria com a disposição literal da lei, incidindo na hipótese mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes, de somente se admitir a interpretação conforme se não configurada violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original” (Voto, p. 30).

EMENTA: Processo Administrativo. Montadoras. FIAPs. Propriedade Intelectual. Concorrência. Mercado de Peças de Reposição. Registro de Desenho Industrial. Regra da Razão. Exercício Regular. Oponibilidade Erga Omnes. Voto pelo arquivamento do Processo Administrativo.

Em contraposição, vale ressaltar o posicionamento do Relator, Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, que, apesar de vencido, trouxe relevantes fundamentos em seu voto. Segundo o Relator, o exercício do direito de propriedade intelectual pelas montadoras é lícito e regular quando exercido no mercado primário, de venda de veículos, mas seria abusivo se direcionado também ao mercado secundário.

Para chegar a essa conclusão, o Relator realizou uma análise em quatro etapas: (I) definição do mercado relevante e verificação da existência de poder de mercado; (II) ponderação de prejuízos à livre concorrência e eficiências geradas ao bem-estar dos consumidores; (III) se os efeitos anticompetitivos superam as eficiências alegadas e (IV) por fim, exame do alegado exercício regular do direito.

Quanto ao mercado relevante, sustentou que cada autopeça de reposição, para cada tipo de veículo, constitui um mercado relevante distinto e as representadas possuem poder de mercado, pois são capazes de, unilateralmente, alterar as condições do mercado e excluir qualquer concorrência.

Entre os prejuízos à livre concorrência, foram constatados: (I) a monopolização do mercado secundário⁷⁰, (II) o efeito lock-in⁷¹ e (III) a assimetria de informação por parte dos consumidores⁷². Quanto às alegadas eficiências, como o

⁷⁰ Nesse sentido, o Relator trouxe o entendimento do Professor Norman W. Hawker, da Universidade de Michigan: “design patents do not merely impede competition in the crash parts Market; they eliminate competition” (HAWKER, Norman W. **Automotive aftermarkets: A case study in system competition**. The Antitrust Bulletin. vol. 56. no 1. Spring 2011. p. 71.); e da Professora Annette Kur, vinculada ao Instituto Max Planck na Alemanha, para quem “only a part with an identical shape will provide consumers with a suitable alternative. [...] The total block of competition in the aftermarket is an automatic and inevitable result simply of the design rights being granted” (KUR, Annette. **Limiting IP Protection for Competition Policy Reasons – A Case Study Based on the EU Spare-Parts-Design Discussion**. Research Handbook on Intellectual Property Law and Competition Law, 2008. pp. 327-328).

⁷¹ “Quando para um determinado produto primário escolhido entre várias alternativas o mercado só oferecer um único produto secundário compatível, quando o consumidor não puder encontrar alternativas no mercado secundário, encontrando-se assim em uma situação de dependência em relação a um único fabricante do produto secundário, falamos em efeito lock-in” (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)**. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. no 145, 2007).

⁷² O voto traz o entendimento de Nuno Pires de Carvalho: “[...] O comprador do automóvel novo, no ato de compra, não tem a expectativa de ter que trocar peças[...]. [...] não há na substituição das partes de carrocerias meras operações de reparação de rotina. Trata-se de eventos esporádicos, ocasionados

incentivo à inovação, recuperação de custos de P&D e garantia de qualidade das peças, concluiu que não se sustentam. No mercado secundário, não há inovação, visto que o investimento em design é voltado para o mercado primário⁷³, e é neste que devem ser recuperados os gastos com P&D.

Após a ponderação entre os efeitos anticompetitivos e as eficiências, defendeu que, no caso, os prejuízos superam, em muito, eventuais eficiências alegadas.

Por fim, afirmou que a conduta das representadas não configura exercício regular do direito. Contrariamente, trata-se de conduta abusiva, visto que o exercício do direito de propriedade industrial no mercado secundário, de maneira a impedir a atuação dos fabricantes independentes, extrapola seu fim econômico e social.

Assim, concluiu que a conduta das representadas configura infração à ordem econômica, por se enquadrar na hipótese do art. 20, incisos I, II e IV, e art. 21, inciso V, da Lei 8.884/94. Votou pela condenação, com a aplicação de multa pecuniária em valor mínimo e obrigação de cessação da conduta, “assim entendida como a não imposição dos direitos de propriedade intelectual, relativos a registro de desenho industrial de autopeças de reposição/reparação, contra fabricantes independentes no mercado secundário”⁷⁴.

A decisão vencida foi assim ementada:

Processo Administrativo. Mercado de autopeças de reposição. Mercado secundário. Exercício abusivo do direito de propriedade sobre desenhos industriais. Criação de dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de concorrentes. Monopolização do mercado e efeito lock-in. Ausência de justificativas. Infração à ordem econômica. Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF pela condenação. Voto pela condenação. Obrigação de cessação da conduta. Multa mínima.

Acompanharam o voto do Relator o Conselheiro João Paulo de Resende e o Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza. No entanto, venceu o entendimento pelo arquivamento do processo, conforme decidido pelo Conselheiro

por acidentes necessariamente imprevistos”. (CARVALHO, Nuno Pires de. **O caso das partes de carrocerias de automóveis**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 177.)

⁷³ “Assim, devendo a peça de reposição ser necessariamente idêntica à de fabricação original, sob pena de resultar impossível a restituição ao produto primário – o automóvel – de sua aparência original ou de sua identidade, o design de uma peça automotiva original resulta absolutamente irrelevante no momento da reposição de peças do veículo (mercado secundário) pelo seu proprietário. Ela é, como diz a expressão usada para denomina-las, must-match”. (Parecer de Eros Roberto Grau)

⁷⁴ Voto, p. 120.

Mauricio Oscar Bandeira Maia e pelas Conselheiras Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Paula Azevedo e Polyana Ferreira Silva Vilanova.

4 REFORMAS INSTITUCIONAIS NECESSÁRIAS À PRESERVAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE AUTOPEÇAS

O Caso ANFAPE traz um exemplo de atrito entre propriedade intelectual e direito da concorrência, que, após anos de discussão, não foi resolvido de modo satisfatório, prolongando o problema, tendo em vista que foi determinado o arquivamento do processo. O CADE entendeu que a questão não seria de sua competência, cabendo questionar a possibilidade de mudanças no âmbito legislativo, como vem ocorrendo em outros países.

4.1 LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO

O problema da concorrência no mercado de reposição de autopeças também foi identificado em outros países. Assim, passa-se a analisar como a União Europeia, os Estados Unidos e a Austrália têm lidado com a questão.

No continente europeu, a matéria de proteção dos desenhos industriais é regida pela Diretiva relativa à Proteção Legal de Desenhos e Modelos (Diretiva 98/71/CE⁷⁵). Esta possui uma disposição transitória, segundo a qual os Estados-membros deverão manter em vigor suas legislações referentes ao desenho industrial no mercado de reposição, podendo alterá-las somente nos casos em que o objetivo é a maior liberalização (solução *freeze plus*)⁷⁶.

Em 2002, foi elaborado o Regulamento n° 1400/2002⁷⁷, relativo à aplicação do n° 3 do artigo 81 do Tratado que institui a Comunidade Europeia – que traz regras

⁷⁵ LUXEMBURGO, **Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:399f8f58-0b0e-4252-a0a8-8c8600f55c5e.0011.02/DOC_1&format=PDF> Acesso em 5 de setembro de 2019.

⁷⁶ “Artigo 14°. Disposição transitória - Enquanto não tiverem sido adoptadas alterações à presente directiva, sob proposta da Comissão, nos termos do artigo 18, os Estados-membros manterão em vigor as respectivas disposições jurídicas existentes em matéria de utilização do desenho ou modelo de componentes utilizados com vista à reparação dos produtos complexos por forma a restituir-lhes a aparência original, e apenas introduzirão alterações a essas disposições quando o objectivo das mesmas for a liberalização do mercado desses componentes”.

⁷⁷ BRUXELAS, **Regulamento (CE) n° 1400/2002 da Comissão de 31 de Julho de 2002, relativo à aplicação do n° 3 do artigo 81 do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas**

de concorrência – a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor de automóvel. O regulamento buscou garantir a concorrência nos serviços de reparação e manutenção de peças, mas as peças continuavam sendo protegidas por desenho industrial em alguns países.

Então, em 2004, foi proposta uma emenda à Diretiva, após concluir-se que a situação de coexistência de regimes diferentes de proteção é “totalmente insatisfatória do ponto de vista do mercado interno”⁷⁸. A proposta foi chamada de *Repairs Clause*, e tinha como objetivo liberalizar o mercado secundário⁷⁹.

Após inúmeras discussões, em 21 de janeiro de 2014, o Conselho da União Europeia desistiu de dar prosseguimento à proposta de emenda. A decisão se deu em razão da ausência de consenso entre os Estados-Membros.

Atualmente o cenário, na Europa, encontra-se dividido. Por um lado, há países que proíbem expressamente a proteção do desenho industrial no mercado secundário, entre eles: Bélgica, Espanha, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Polônia, Reino Unido, Hungria, Letônia e Grécia⁸⁰. Por outro lado, há países que permitem a proteção das peças de reposição, entre eles: Alemanha⁸¹, Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Portugal, Suécia, República Tcheca, Chipre, Estônia, Lituânia, Malta, Eslováquia, Eslovênia, Bulgária e Romênia⁸².

Desse modo, mostra-se uma ausência de unanimidade e uma forte pressão das montadoras para impedir a liberalização do mercado secundário, por ser este um mercado bilionário e que contribui, em montantes elevados, para os lucros das

concertadas no sector automóvel. Disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Reg_1400_2002_-_Distribuicao_automovel_anterior.pdf

Acesso em 5 de setembro de 2019.

⁷⁸ A Comissão realizou uma análise dos mercados, demonstrando que, em uma amostra de 11 peças, dez delas são significativamente mais caras (entre 6,4% e 10,3%) no Estados-membros com proteção de desenho industrial, sendo a única exceção o radiador, que não constitui uma peça externa e, portanto, não goza de proteção. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0582&from=pt> > Acesso em 05 de setembro de 2019.

⁷⁹ O artigo 14º passaria a ter a seguinte redação: “Artigo 14.º 1. Não existe protecção a título de desenho ou modelo para os desenhos ou modelos que constituam componentes de produtos complexos utilizados, na acepção do n.º 1 do artigo 12.º, para efeitos de reparação destes produtos complexos no sentido de lhes restituir a aparência original. 2. Os Estados-Membros devem certificar-se de que os consumidores sejam devidamente informados acerca da proveniência das peças sobresselentes, de modo a poderem escolher de forma esclarecida entre peças sobresselentes concorrentes”.

⁸⁰ Na Grécia, há um prazo de proteção por cinco anos e uma remuneração equitativa e razoável.

⁸¹ Apesar de a legislação prever a proteção, na Alemanha há uma liberalização de facto, e, na prática, aplica-se a chamada *repair clause*.

⁸² Dados retirados de “The Economic Review of Industrial Design in Europe – Final Report. January 2015”. Disponível em: < https://ec.europa.eu/growth/content/economic-review-industrial-design-europe-0_en > Acesso em 05 de setembro de 2019.

montadoras. Destaca-se que a Alemanha e a França são os países com maior faturamento no mercado de reposição⁸³.

A discussão legislativa permanece na Europa e, em 2016, foram publicadas análises – uma econômica⁸⁴ e uma jurídica⁸⁵ – a respeito da proteção do desenho industrial. A conclusão de ambas foi de que é necessária uma harmonização, com a liberalização do mercado de reposição, mesmo que limitado às peças *must-match*.

De igual modo, há uma discussão similar no âmbito legislativo nos Estados Unidos. A matéria é regulada pelo *U.S. Patent Act*⁸⁶, que prevê a proteção dos desenhos ornamentais, por quatorze anos, por meio das chamadas *patents for designs*⁸⁷.

A preocupação com a ausência de competição no mercado de reposição conduziu à apresentação de sucessivas propostas legislativas: o *Right to Repair Act*⁸⁸, o *Access to Repair Parts Act*⁸⁹, o *PARTS Act*⁹⁰, entre outras. Assim como no continente europeu, continua havendo um debate a respeito da liberalização, em que, de um lado, há uma forte pressão das montadoras e, de outro, das fabricantes independentes de autopeças, apoiadas pelas seguradoras⁹¹.

⁸³ *Ibidem*. P. 142-144

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Legal review on industrial design protection in Europe – Final Report. 15 April 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/content/legal-review-industrial-design-protection-europe-0_en> Acesso em 05 de setembro de 2019.

⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Appendix L Patent Laws. United States Code Title 35 – Patents**. Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us176en.pdf>> Acesso em 05 de setembro de 2019.

⁸⁷ **35 U.S.C. 171 Patents for designs**. Whoever invents any new, original, and ornamental design for an article of manufacture may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title. (...) **35 U.S.C. 173 Term of design patent**. Patents for designs shall be granted for the term of fourteen years from the date of grant.

⁸⁸ H.R. 2048, 109th Cong. (2005)

⁸⁹ H.R. 3059, 111th Cong. (2009), de Zoe Lofgren e S.1368, 111th Cong. (2009), proposta idêntica de Shelton Whitehouse: “Access to Repair Parts Act - Makes it not an act of infringement of any design patent to make, use, offer to sell, sell, or import into the United States any article that is a component part of another article, if the sole purpose of the component part is for the repair of the article of which it is a part so as to restore its original appearance”.

⁹⁰ S. 812, 115th Cong. (2017), de Orrin G. Hatch: “This bill declares that it is not an act of infringement, with respect to a design patent that claims a component part of a motor vehicle as originally manufactured, to: (1) make, test, or offer to sell within, or import into, the United States any article of manufacture that is similar or the same in appearance to the component part claimed in such design patent if the purpose of such article is for the repair of a motor vehicle to restore its appearance as originally manufactured; or (2) use or sell within the United States any such same or similar articles for such restorations more than 30 months after the claimed component part is first offered for public sale as part of a motor vehicle in any country”.

⁹¹ HAWKER, Norman W., **The Automobile Aftermarket: Crash Parts, Design Patents, and the Escape from Competition** (March 22, 2010); Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1576671>> Acesso em 5 de setembro de 2019.

Na Austrália, por sua vez, desde 2004, há a possibilidade de competição no mercado de reposição de autopeças. Até então, a matéria relativa ao desenho industrial era regulada pelo *Design Acts 1906*, que não estabelecia nenhuma previsão especificamente a respeito deste mercado.

A lei de 1906 foi substituída pelo *Designs Act 2003*⁹² que entrou em vigor em junho de 2004. A nova lei, na *Section 72 (1)*⁹³, afirma que não viola o desenho industrial a reprodução de peças de reposição – o que ficou conhecido como *repair defence*.

Em relatório realizado em 2015 pelo *Advisory Council on Intellectual Property*⁹⁴, para avaliar os resultados da nova lei australiana, concluiu-se que não deve haver nenhuma mudança na cláusula que estabelece a liberalização do mercado de reposição.

Desse modo, a análise do direito comparado demonstra que o problema da proteção do desenho industrial no mercado secundário foi reconhecido por diversos países e a tendência é a liberalização deste mercado.

4.2 POSSÍVEIS ALTERAÇÕES NA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Apesar das discussões estrangeiras e da importância do assunto, o debate ainda é ínfimo no Brasil. Como visto, a questão foi discutida em âmbito regulatório, pelo CADE, no Caso ANFAPE, mas não foi resolvida de modo satisfatório, em razão da determinação de arquivamento do processo.

No caso em questão – como analisado acima –, venceu o posicionamento de que a conduta das montadoras, ao buscar impedir o uso de bens protegidos por desenhos industriais, constituiria um exercício regular do direito, visto que a LPI garante uma proteção *erga omnes*.

⁹² AUSTRALIA, **Designs Act 2003**. No. 147, 2003. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00086>> Acesso em 5 de setembro de 2019.

⁹³ **72 Certain repairs do not infringe registered design** (1) Despite subsection 71(1), a person does not infringe a registered design if: (a) the person uses, or authorises another person to use, a product: (i) in relation to which the design is registered; and (ii) which embodies a design that is identical to, or substantially similar in overall impression to, the registered design; and, (b) the product is a component part of a complex product; and (c) the use or authorisation is for the purpose of the repair of the complex product so as to restore its overall appearance in whole or part.

⁹⁴ AUSTRALIA, **Review of the Designs System**. Final Report, March 2015. Disponível em: <https://www.ipaustralia.gov.au/sites/g/files/net856/f/acip_designs_final_report.pdf> Acesso em 5 de setembro de 2019.

Apesar de garantida pela lei, essa proteção, no mercado secundário, não se justifica. Isso porque a característica *must match* da peça de reposição impossibilita qualquer inovação, visto que, para que cumpra sua função, a peça deve ser idêntica à original. Também é afastada a existência de concorrência no mercado secundário, pois não há alternativas para concorrer com a peça *must match*.

O mais adequado seria uma alteração dessa lógica de proteção absoluta por meio de mudanças na LPI, estabelecendo hipóteses em que não se aplicaria a proteção do desenho industrial, de modo a garantir a concorrência.

Desse modo, Denis Borges Barbosa apresentou uma interessante proposta de modificação, a fim de acrescentar um rol de limitações na lei, para as quais não se aplicaria a proteção por desenho industrial⁹⁵. Com base nessas limitações, seria garantida a concorrência no mercado de reposição, ao estabelecer que a proteção por desenho industrial não se aplica aos fabricantes de acessórios. Ademais, em sua proposta, o autor sugere que se exija que a peça de reposição mantenha a qualidade da peça original.

A alteração da lei de propriedade industrial, para garantir que a atuação dos fabricantes independentes de autopeças no mercado secundário não constitua uma violação à PI, seria a solução adequada para assegurar a concorrência neste mercado, como já ocorreu na Austrália e em muitos países da Europa. Cabe ao Brasil se atentar ao tema e trazer o debate para a esfera legislativa.

⁹⁵ O autor propõe o acréscimo, no capítulo da proteção conferida pelo registro de um art. 109-A, assim dispondo: “Art. 109-A - O disposto no caput do artigo anterior não se aplica: I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade de conseguir novas criações ornamentais, que venham a ser novas e originais. III - aos fabricantes de acessórios, implementos e peças de reposição de bens de consumo durável, que utilizem o objeto do desenho protegido exclusivamente para suprir a reposição, no interesse do consumidor, de parte integrante de produto já vendido, desde que obedecidas às práticas leais de concorrência e mantidas as especificações de qualidade do elemento original; IV - a produto, ou parte dele, objeto de desenho industrial registrado, que tiver sido colocado no mercado diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. Parágrafo único - Considerando a destinação do sistema de desenhos industriais ao interesse social, ao desenvolvimento econômico e social do País, a decisão judicial poderá declarar num caso específico que o disposto no caput do art. 109 não se aplica em outros casos que não os mencionados neste artigo, quando a hipótese não conflite injustificavelmente com a exploração normal de desenho registrado, nem prejudique injustificavelmente o legítimo interesse do titular do desenho protegido, levando em conta o legítimo interesse de terceiros”. (BARBOSA, Denis Borges. **Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais**. 2010. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.p df. Acesso em 11 de setembro de 2019).

5 CONCLUSÃO

Tendo em vistas os atritos e sinergias existentes entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Concorrencial, pode-se concluir que, apesar das diferenças entre as atividades típicas de cada área, deve haver uma complementariedade entre ambas em prol de um mercado competitivo e inovador.

Não é isto que ocorre no Caso ANFAPE, pois a solução dada resultou na restrição da concorrência e na proteção injustificada do desenho industrial no mercado secundário. Assim, em que pese não haver infringência da Lei de Propriedade Industrial, que garante a proteção, sem especificar para qual mercado, observa-se que os objetivos da concorrência não são atingidos. No resumo da ópera, os consumidores são os maiores prejudicados, pois têm que arcar com um preço mais alto e, muitas vezes, lidar com a falta de disponibilidade de peças no mercado.

Diante do exposto, deve-se fomentar novos e mais aprofundados debates sobre o tema para desenvolver uma alteração legislativa que garanta que a proteção da propriedade intelectual não se estenda injustificadamente.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JR., José Tavares de. **Restrições Verticais no Mercado Brasileiro de Autopeças: Impactos Anticompetitivos**. Dezembro de 2006. Parecer. (Fls. 23 a 36 do PA)

AUSTRALIA, **Designs Act 2003**. No. 147, 2003. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00086>> Acesso em 5 de setembro de 2019.

AUSTRALIA, **Review of the Designs System**. Final Report, March 2015. Disponível em:
<https://www.ipaustralia.gov.au/sites/g/files/net856/f/acip_designs_final_report.pdf>
Acesso em 5 de setembro de 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **A Proteção dos Mercados Secundários no Direito da Propriedade Intelectual no Brasil**. In: Revista Eletrônica do IBPI. Edição especial, janeiro de 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais**. 2010. Disponível em:
http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.pdf. Acesso em 11 de setembro de 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo I. 2ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Capítulos 11 e 12. P. 127 a 157.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Administrativo nº 08012.002673/2007-5**.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL, **Lei nº 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 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.

BRUXELAS, **Legal review on industrial design protection in Europe. Under the contract with the Directorate General Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (MARKT2014/083/D)** – Final Report. 15 April 2016.

Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/content/legal-review-industrial-design-protection-europe-0_en> Acesso em 05 de setembro de 2019.

BRUXELAS, **Proposta de DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO** que altera a Directiva 98/71/CE, relativa à protecção legal de desenhos e modelos (apresentada pela Comissão) {SEC(2004) 1097} Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0582&from=pt>> Acesso em 5 de setembro de 2019.

BRUXELAS, **Regulamento (CE) n° 1400/2002 da Comissão de 31 de Julho de 2002, relativo à aplicação do n° 3 do artigo 81 do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel.** Disponível em: <https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Reg_1400_2002_-_Distribuicao_automovel_anterior.pdf> Acesso em 5 de setembro de 2019.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A Propriedade Intelectual em Mercados Regulamentados. Os Casos das Indústrias Farmacêutica e Automotiva.** Curitiba: Juruá, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. 6 de novembro de 2009. **Parecer.** Fls. 3153 a 3175 do PA.

CROCE, Ricardo; SPARKS, Will; CRESPO, Fernanda. **Parecer de advogado europeu no contexto da representação da ANFAPE perante o CADE.** Outubro de 2010. (Fls. 3775 a 3789)

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **A Proteção da Propriedade Intelectual e a Defesa da Concorrência nas Decisões do CADE.** Revista do IBRAC, São Paulo, V. 16, N. 1, p. 121-147, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Appendix L Patent Laws. United States Code Title 35 – Patents.** Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us176en.pdf>> Acesso em 05 de setembro de 2019.

FAGUNDES & ASSOCIADOS Consultoria Econômica. **Comentários aos Pareceres Econômicos.** Julho de 2010. (Fls. 3481 a 3543 do PA)

FAGUNDES, Jorge. **Direito de Propriedade Intelectual das Montadoras sobre Peças de Reposição: Críticas ao Parecer do Prof. José Tavares.** Agosto de 2007. Nota Técnica. (Fls.1722 a 1750 do PA)

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

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **The Relation Between Antitrust and Intellectual Property Law on CADE's Case Law.** In: SILVEIRA, Paulo Burnier da. Competition Law and Policy In America. Kluwer Law International. P. 255-267

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 13ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda., 2008.

GRAU, Eros Roberto. Novembro de 2016. **Parecer**. (SEI 030044)

GRAU-KUNTZ, Karin. **O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica e recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)**. In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 145, p. 148-184, 2007.

GRAU-KUNTZ, Karin. **Ainda Sobre a Questão das Peças de Reposição**. In: **Revista Eletrônica do IBPI**. Edição especial, janeiro de 2010.

GUSMÃO, José Roberto D’Affonseca. Dezembro de 2009. **Parecer**. (Fls. 3002 a 3030 do PA)

HAWKER, Norman W. **The Automobile Aftermarket: Crash Parts, Design Patents, and the Escape from Competition**. 22 de março de 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1576671>> Acesso em 5 de setembro de 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, **Parecer nº 0044-2016-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-DJT-1.0**.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, **Parecer nº 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0**.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003.

LONDRES, **The Economic Review of Industrial Design in Europe – Final Report**. MARKT/2013/064//D2/ST/OP, January 2015. Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/content/economic-review-industrial-design-europe-0_en> Acesso em 5 de setembro de 2019.

LUXEMBURGO, **Directiva 98/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1998 relativa à protecção legal de desenhos e modelos**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:399f8f58-0b0e-4252-a0a8-8c8600f55c5e.0011.02/DOC_1&format=PDF> Acesso em 5 de setembro de 2019.

MITCHELL, William C.; SIMMONS Randy T. **Para Além da Política. Mercados, Bem-Estar Social e o Fracasso da Burocracia**. Rio de Janeiro: Editora Topbooks, 2003.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centellho, 1978.

OLIVEIRA, Gesner. **Aspectos Concorrenciais do Mercado de Reposição de Peças de Automóveis**. Junho de 2009. Parecer. (Fls. 2825 a 2891 do PA)

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Novembro de 2010. **Parecer**. (Fls. 3807 a 3825 do PA)

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES; Giovani Ribeiro Rodrigues. **Do Particularismo Normativo em Matéria de Propriedade Imaterial: legislar para quê(m)?** In: NETO, Antenor Demeterco; CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre. Temas de Direito Econômico: a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Curitiba: Clássica Editora, 2013. P. 9 a 27.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. Malheiros Editores, 2001.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Junho de 2010. **Parecer**. (Fls. 3423 a 3446 do PA)

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961

SILVEIRA, Newton. **O Abuso das Montadoras Face às Fabricantes Independentes de Autopeças**. In: Revista Eletrônica do IBPI. Edição especial, janeiro de 2010.

VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. São Paulo, Lex Editora: 2005.

VENOSA, Silvio. Janeiro de 2012. **Parecer**. (Fls. 4707 a 4723 do PA)

VERNULM, Roberto; ARRUDA, Mauro. **Parecer sobre a representação da Anfape – Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças contra a Fiat Automóveis S.A.** Agosto de 2007. (Fls. 1318 a 1334 do PA)

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. Eighth Edition. Oxford University Press: 2015.

WRIGHT, Joshua D. **CADE Investigation of Industry Design Registries. Statement of Professor Joshua D. Wright**. Outubro de 2017. Parecer. (SEI 0395495)