

A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CASO ANFAPE

THE INTERACTION BETWEEN ANTITRUST AND INTELLECTUAL PROPERTY IN THE ANFAPE CASE

Autora: Ana Carolina Folgosi Bittar

1) RESUMO

Leis de defesa da concorrência e de proteção intelectual são comumente apresentadas como requisitos para que um país se desenvolva economicamente. De fato, ambas as áreas tem como objetivo último o estímulo à inovação. Ocorre que não raro essas proteções entram em choque e podem acabar se neutralizando no seu objetivo comum. Este trabalho pretende analisar brevemente as principais implicações dessa interação, utilizando para tanto o exemplo concreto do caso ANFAPE, em que se discutiu as implicações concorrenciais das patentes de peças de reposição automobilísticas. Para tanto serão utilizados ensinamentos da doutrina sobre direito e desenvolvimento, propriedade intelectual e direito da concorrência.

Palavras-chave: direito da concorrência; propriedade intelectual; caso ANFAPE.

Antitrust and intellectual property laws are commonly presented as requirements for a country to develop itself economically. In fact, both areas have the ultimate goal of stimulating innovation. However, the protections they offer very often enter into conflicts and end up neutralizing themselves in their common goal. This paper aims to discuss briefly the main implications of this interaction, using the concrete example of the case ANFAPE, in which it was discussed the antitrust implications of patent protection of replacement automobile parts. To accomplish that goal we will make use of law and development, intellectual property and competition law doctrines.

Keywords: antitrust; intellectual property; ANFAPE case.

2) INTRODUÇÃO

A relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento é amplamente discutida na doutrina, sendo possível identificar duas principais posições. De um lado, há aqueles que argumentam que a propriedade intelectual é um empecilho ao desenvolvimento por dificultar o acesso ao conhecimento e reforçar as diferenças entre os países centrais, detentores de tecnologia, e os periféricos. De outro, há quem diga que não há desenvolvimento sem que se proteja o investimento feito na criação de novas tecnologias. Um aspecto por vezes negligenciado na discussão binária é que a chave para entender essa relação não diz respeito tanto ao instituto em si, mas à forma como ele se configura, e como ele interage com outros campos do Direito.

Em última análise, é possível dizer que, tanto quanto a proteção intelectual, também o direito antitruste tem como objetivo o estímulo à inovação. Por conta disso, a doutrina do *rule of law* aponta ambos como reformas necessárias para o desenvolvimento, mas falha, porém, ao não atentar para os potenciais atritos entre essas duas áreas.

O objetivo desse trabalho é examinar como dois requisitos da “*check-list* do desenvolvimento” – defesa da concorrência e proteção intelectual (justamente aqueles tidos como propulsores da inovação) – podem, na prática, minar-se, e como a autoridade antitruste brasileira tem se posicionado diante desses conflitos.

Para tanto, será feito, em primeiro lugar, um breve resumo sobre as principais linhas do Direito & Desenvolvimento. Em seguida, teceremos alguns comentários sobre a interação entre propriedade intelectual e direito da concorrência, para então ser possível analisar uma das mais relevantes decisões do CADE sobre o assunto, em um caso que tratou de abuso do direito industrial sobre peças de reposição de automóveis *must-match*.

3) DIREITO E DESENVOLVIMENTO

“Direito e Desenvolvimento” é o nome dado a uma ampla gama de estudos que, desde os meados do século XX, buscou responder, grosso modo, a uma pergunta básica: como o Direito pode fomentar o desenvolvimento? (PRADO, 2010, p. 2).

Os postulados dessa corrente têm sido questionados nas últimas décadas, seja porque parte das reformas defendidas como requisitos para o desenvolvimento fracassou em atingir esse objetivo, seja porque países como China, Índia, Brasil e Rússia conseguiram se desenvolver sem seguir a cartilha cirúrgica por ela pregada (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 1). Ainda assim, entender o raciocínio por trás desse pensamento é parte importante da

compreensão das reformas institucionais que foram feitas nas últimas décadas nos países periféricos.

PRADO (2010, p. 3-6) sistematiza o pensamento do Direito e Desenvolvimento de acordo com duas grandes perspectivas: (i) o Direito como um instrumento para atingir um objetivo de desenvolvimento; e (ii) o Direito como o próprio desenvolvimento. No primeiro caso, o direito pode ser tanto a. um meio do qual o Estado forte se utiliza para intervir e direcionar a economia ou b. um mecanismo pelo qual o Estado mínimo garante as condições necessárias para que os agentes privados possam atuar, como, por exemplo, a proteção da propriedade e garantia de executabilidade dos contratos. Pela segunda perspectiva, por outro lado, entende-se que algumas reformas legais podem representar o desenvolvimento em si, v.g. leis que garantam direitos políticos iguais para homens e mulheres.

Essas orientações também se evidenciam caso se opte por uma tipologia cronológica. De acordo com SCHAPIRO e TRUBEK (2012, p. 2-4), é possível distinguir três momentos no Direito e Desenvolvimento. No primeiro deles, que vai dos anos 50 até os anos 80, defende-se um arranjo institucional baseado no Estado, com internalização dos centros de decisão econômica e elaboração de “políticas econômicas ativas”, como “regulamentos de proteção e reserva de mercado, subsídios financeiros e benefícios tributários ou a instituição de propriedade estatal em setores considerados estratégicos”.

No segundo momento, que engloba o fim da década de 80 e toda a década de 90, o mercado toma o lugar do Estado como o grande vetor da economia e o *rule of law*, entendido um direito racional e capaz de garantir previsibilidade aos agentes econômicos¹, é eleito o grande requisito do desenvolvimento.

De acordo com Ohnesorge, a agenda Rule of Law, tinha três focos: (i) a criação e proteção dos direitos de propriedade, entendidos como elementares para o desenvolvimento do mercado; (ii) a criação e a efetiva proteção de direitos individuais econômicos, de modo a protegê-los de decisões não orientadas por valores formais-jurídicos por meio de leis, particularmente em campos como defesa da concorrência e proteção intelectual e (iii) a limitação da discricionariedade do governo (SCHAPIRO e TRUBEK, 2012, p. 7).

Essa é a visão prevalecente e mais difundida sobre como o Direito pode estimular o desenvolvimento². Não é à toa que, no Brasil, as principais leis de propriedade intelectual

¹ Nas palavras de POSNER (1998, p. 1), um dos maiores expoentes dessa linha, “markets are more robust than some market-failure specialists believe. But their vigor may depend on the establishment of an environment in which legal rights, especially property and contractual rights, are enforced and protected”.

² “The prevailing story goes like this: a rule of law to protect property rights and enforce contracts is an essential precondition to economic development because without it, transaction costs (in terms of unpredictability, enforcement problems, and so on) will be prohibitive in many cases. Thus, in the absence of legal order, markets will not grow and economics will falter.” (MILHAUPT e PISTOR, 2008, p. 17)

foram promulgadas nos anos 90 (Lei n.º 9.279/96, que trata da propriedade industrial; Lei n.º 9.456/97, lei de proteção de cultivares; Lei 9.610/98, que trata de direitos autorais; e Lei n.º 9.609/98, que cuida da proteção do software), assim como a lei que marca a expansão e reforço da atuação do CADE e da política de defesa de concorrência³ (Lei n.º 8.884/94).

Embora o discurso do *rule of law* seja atraente à lógica, na prática, muitas foram suas falhas. Carothers aponta algumas razões para o fracasso dessa política: incerteza quanto aos problemas que ela pretende atacar, que são amplíssimos (desde corrupção até crescimento econômico); falta de evidências sobre a relação entre bom funcionamento de um sistema jurídico nacional e investimento estrangeiro; indefinição sobre o que seria exatamente *rule of law*; resistência dos membros da sociedade em aceitar a mudança institucional; interesses de atores políticos e institucionais eventualmente conflitantes com as mudanças que se pretende fazer; e imprevisibilidade dos efeitos em cascata das mudanças (CAROTHERS, 2006, p. 15-28).

Como resposta à insuficiência dessa concepção, uma perspectiva mais fluida de desenvolvimento ganha força, marcando o terceiro momento, que possui duas ideias principais: a de desenvolvimento como descoberta e desenvolvimento como liberdade. Em ambos os casos, rejeita-se um conceito de desenvolvimento universal e imposto, e propõe-se uma maior conciliação entre Estado, sociedade e mercado. Na primeira hipótese, a ideia principal é de que “nem o Estado, nem as tecnologias ou os modelos existentes nas economias maduras são capazes de apresentar um caminho a ser perseguido” (SCHAPIRO e TRUBEKK, 2012, p. 13).

Já na segunda hipótese, cujo maior expoente é Amartya Sen (2000), o conceito de desenvolvimento “considera as liberdades dos indivíduos como os elementos constitutivos básicos. Assim, atenta-se particularmente para a expansão das capacidades (*capabilities*) das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam” (SEN, 2000, p. 32). O crescimento econômico continua sendo valorizado, mas de maneira instrumental: a riqueza é um dos meios que permite que as pessoas façam escolhas e levem a vida que desejam para si.

A princípio, a concepção de desenvolvimento como liberdade está ligada com uma perspectiva humanista e democrática do Direito, incumbido de garantir liberdades políticas, transparência institucional, direitos sociais, etc. Contudo, essa ideia também se relaciona com um movimento de flexibilização da proteção intelectual em nome do desenvolvimento científico e cultural (LESSIG, 2004).

³ Embora o CADE tenha sido criado pelo Decreto-lei 7.666/45, sua atuação antes da Lei n.º 8.884/94 era “bastante diluída e ineficaz”. A esse respeito, ver FORGIONI, 2008, pp. 94-145.

Por um lado, com o avanço da tecnologia digital, torna-se mais robusta a bandeira da liberdade cultural, que prega um direito autoral menos rígido e mais tolerante à interação das pessoas com as obras artísticas. Um exemplo disso é a ideia de “democracia semântica”, que defende a possibilidade de narrativas simbólicas de uma determinada época serem reescritas de forma a dar poder a grupos tradicionalmente excluídos. É o caso, por exemplo, das *fan fictions* de Harry Potter cujos personagens principais são negros ou das versões de *Star Trek* em que a missão é comandada por mulheres⁴.

Por outro lado, há certo consenso teórico de que todos os criadores baseiam-se, em maior ou menor grau, em criações precedentes (GOLDSTEIN, 1982), de modo que a proteção muito rígida seria um empecilho ao avanço tecnológico e científico.

Ademais, não raro as patentes são utilizadas de forma abusiva para excluir outros *players* do mercado. Essa prática é problemática tendo em vista que a competição entre os agentes é tão essencial para a inovação quanto a proteção intelectual, afinal o monopolista não precisa investir em novas tecnologias para garantir seu lucro.

Para melhor explicar como isso ocorre, será feito em seguida uma breve explanação de como a doutrina enxerga a complementaridade e os conflitos entre propriedade intelectual e concorrência, e como essas políticas podem ser moldadas para que se alcance o fim pretendido.

4) PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

O fundamento econômico básico dos direitos de propriedade intelectual é o incentivo à inovação. Teoricamente, os agentes econômicos apenas investiriam no desenvolvimento de novas tecnologias (ou, ao menos, fariam isso de maneira mais eficiente) se garantido o direito de exploração exclusiva dessa inovação por um determinado período. Com isso, seria possível recuperar o valor investido⁵, ao passo que se houvesse competição, esta pressionaria o preço

⁴ “Theorists, both traditional and postmodern, affirm the discursive nature of creativity: all creators borrow from earlier masters. But contemporary cultural theorists recognize as an important discursive tactic the reworking of a discriminatory narrative to retell history and empower oneself. Rewriting the popular narrative becomes an act of not only trying to change popular understandings, but also an act of self-empowerment”. (CHANDER e SUNDER, 2007, p. 619-620).

⁵ É importante destacar que a proteção intelectual não significa uma *garantia* de retorno do investimento. Nas palavras de GRAU-KUNTZ (2009, p. 84), “enquanto o proprietário da casa pode contar com o seu imóvel para se abrigar da chuva, o titular do exclusivo não poderá, de antemão, contar com qualquer garantia para ser compensado por sua invenção. Isso porque quem decidirá pelo cabimento da compensação e pelo montante do retorno econômico, ou seja, quem determinará o valor econômico da invenção é o próprio mercado. Se a invenção for bem recebida pelo mercado, o inventor contará com um bom retorno econômico; se a invenção não for bem recebida, o inventor não será compensado pelo investimento relacionado com a invenção. O direito

do produto a um valor próximo ao custo marginal. A esse fundamento somam-se outras justificativas, como a coibição ao *free riding* e a ideia de que cada um tem o direito de ser remunerado por seu trabalho (SAITO, 2012, p. 33-46).

Esse dogma, contudo, tem sido cada vez mais contestado. Em primeiro lugar, o desenvolvimento econômico dos países asiáticos, especialmente no campo das indústrias de alta tecnologia, contradiz essa ideia, tendo em vista que nesses países a proteção intelectual é bem fraca (OHNESORGE, 2006).

Em segundo lugar, embora o objetivo inicial dos direitos intelectuais seja estimular a inovação, cada vez mais se tem percebido que “a poorly designed intellectual property regime – one that creates excessively ‘strong’ intellectual property rights – can actually impede innovation” (STIGLITZ, 2008, p. 1969).

De acordo com LEMLEY (2004-2005, p. 1058-1059) e STIGLITZ (2008, p. 1710-1712), isso pode ocorrer das seguintes maneiras: (i) por meio da diminuição da competitividade, especialmente no caso da monopolização⁶; (ii) pela maior dificuldade em desenvolver tecnologias a partir de criações já existentes; (iii) ao estimular um comportamento *rent-seeking*; (iv) ao gerar distorções nos padrões de inovação, fazendo com que as pesquisas sejam direcionadas para gerar ou manter o monopólio no mercado (STIGLITZ, 2008, p. 1712); (v) em razão dos custos administrativos altos; e (vi) pelo fato de que o superinvestimento em P&D seria, por si só, distorcivo.

Neste trabalho, o que nos interessa é a primeira hipótese. O que ocorre nesse caso é que uma má configuração do regime legal, uma fraude na obtenção do direito de propriedade intelectual ou um abuso em seu exercício gera um desequilíbrio concorrencial, o que, de certa forma, leva a uma contradição interna com o próprio fundamento desse instituto. Isso porque

exclusivo sobre bens imateriais implica risco (e risco é parte do jogo econômico). A propriedade sobre coisas, ao contrário, implica a certeza de usufruto direto”.

⁶ Isso não significa que concordamos com a ideia, exaustivamente repetida, de que o direito da propriedade intelectual é uma exceção ao direito da concorrência ao permitir um “monopólio legal” (ao menos não no sentido econômico da palavra monopólio). Como bem explica Mark Lemley, “IP rights do not *ipso facto* confer monopoly power. While they do permit product differentiation, and sometimes give the owner power over price, there is a vast difference between an exclusive right and the sort of economic monopoly that is the concern of antitrust law. Indeed, the vast majority of patented products and processes are commercial failures. And even where a patented (or particularly a copyrighted or trademarked) product is successful in the marketplace, it normally competes for the attention of consumers with many other products, some themselves protected by IP rights. To choose just one example, virtually all mystery novels are copyrighted, yet no one could seriously claim that any one mystery novel held a monopoly in a relevant economic market. At the same time, it is too facile to say that antitrust law forbids monopoly. While it is certainly true that the goal of antitrust is to promote competition, the law has never made monopoly itself illegal. Rather, it has concerned itself with particular sorts of anticompetitive conduct designed to achieve market power. By contrast, a company that achieves and maintains a monopoly without engaging in such conduct will not run afoul of the antitrust law”. (LEMLEY, 2007, p. 11)

a concorrência também é essencial à inovação⁷, ao garantir que o mercado seja competitivo o suficiente para que os *players* busquem conquistar espaço e maximizar seus lucros.

Uma das maneiras mais comuns de abuso da propriedade intelectual com objetivo de eliminar a concorrência é o uso da exclusividade em um mercado primário para aumentar barreiras à entrada em um mercado secundário. A Microsoft, por exemplo, foi acusada de valer-se do monopólio no mercado de sistemas operacionais para obter posição dominante em mercados como o de processadores de textos, com o Microsoft Office, ou de *browsers*, com o Internet Explorer (STIGLITZ, 2008, p. 1702). Observe que, com o passar do tempo, a posição dominante em ambos os mercados vai, mutuamente, se reforçando e se alimentando⁸:

por conta do enorme poder exercido pela Microsoft através também do Microsoft Office, qualquer empresa que tente desenvolver um sistema operacional concorrente do Windows, além de dever superar a inexistência de uma cadeia de aplicativos compatíveis com seu sistema, deverá, ainda, convencer a Microsoft a criar uma versão do Office compatível com seu sistema operacional (SAITO, 2012, p. 206).

Outra estratégia comum é o aumento dos custos dos concorrentes (*raising rivals costs*), especialmente por meio de ações judiciais. Essa prática tem sido adotada com tanta frequência que se criou o termo *patent troll*⁹ para referir-se de forma pejorativa às empresas cuja única atividade é processar, oportunisticamente, quem fizer uso das tecnologias protegidas pelas patentes por elas detidas. SALOMÃO FILHO (2006, p. 7) faz menção a uma tática semelhante, a que chama de patentes defensivas:

[a]s patentes defensivas são parte de estratégias anticoncorrenciais bastante comuns. Mediante táticas chamadas “blocking e fencing”, as empresas procuram – por meio, respectivamente, da compra sistemática de todas as novas patentes e sua não-utilização ou, então, do pedido de patenteamento de todas as possíveis alternativas a

⁷ É importante mencionar que o direito antitruste também corre o risco de acabar por desestimular a inovação se mal desenhado. Nas palavras de HOVENKAMP (2012, p. 1), “antitrust policy often has reflected exaggerated fears of competitive harm and responded by developing overly protective rules that shielded inefficient businesses from competition at the expense of consumers.”

⁸ Essa situação é comum em mercados sujeitos aos efeitos de rede. De acordo com Pitofsky, “the combination of intellectual property protection and network effects will almost inevitably lead to monopoly and the monopoly can diminish or eliminate future innovation. The challenge for antitrust is to deal with these economics conditions by preserving competition without unreasonably undermining incentives to innovate” (PITOFSKY, 2001, p. 539)

⁹ O termo *patent troll* é usado desde o início dos anos 90 para designar empresas que propõe ações patentárias agressivas, mas ficou popular em 2001 quando utilizado por um funcionário da Intel para descrever um processo em que a empresa era ré. O voto do Justice Kennedy na decisão da Suprema Corte Americana no caso eBay v. MercExchange esclarece a racionalidade dessa prática: “An industry has developed in which firms use patents not as a basis for producing and selling goods but, instead, primarily for obtaining licensing fees. For these firms, an injunction, and the potentially serious sanctions arising from its violation, can be employed as a bargaining tool to charge exorbitant fees to companies that seek to buy licenses to practice the patent. When the patented invention is but a small component of the product the companies seek to produce and the threat of an injunction is employed simply for undue leverage in negotiations, legal damages may well be sufficient to compensate for the infringement and an injunction may not serve the public interest”. Sobre esse assunto, ver MERGES, 2010.

serem utilizadas pelos concorrentes – impedir o acesso de novos concorrentes ao mercado.

Esse tipo de conflito patentário tem trazido grandes problemas à indústria de alta tecnologia. Muitas *start-ups* têm que lidar com processos milionários discutindo eventual violação de patentes no início de suas atividades, processos estes que muitas vezes inviabilizam a sua continuidade no mercado mesmo quando obtêm uma decisão favorável, tendo em vista os custos financeiros do processo e a necessidade de pausar o desenvolvimento da inovação discutida (uma pausa, por menor que seja, pode ser fatal num mercado tão dinâmico como este). Por outro lado, empresas já estabelecidas no mercado gastam quantias astronômicas para proteger suas invenções, o que pode ser considerado uma ineficiência. Para se ter ideia, em 2011, pela primeira vez, os gastos da Apple e da Google em ações judiciais sobre patentes e em compras de patentes desenvolvidas por outras companhias excedeu os gastos com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos (New York Times, 2012).

Além disso, os direitos intelectuais também podem servir como ferramenta para a colusão. É possível, por exemplo, que o detentor de uma patente imponha condições de oferta, preço ou divisão de mercado ao licenciar o uso de sua patente, o que, na prática, pode ter os mesmos efeitos que a formação de um cartel (STIGLITZ, 2008, p; 1703).

Com o objetivo de que deixar mais claro como esse dilema tem se manifestado no Brasil, e como o CADE tem respondido a ele, passaremos a seguir a analisar um famoso caso em que se discutiu a interação entre direito da propriedade intelectual e direito da concorrência.

5) CASO ANFAPE

Um dos casos mais emblemáticos sobre os potenciais conflitos entre propriedade intelectual e defesa da concorrência no Brasil é o chamado caso ANFAPE¹⁰⁻¹¹. Embora a decisão tenha sido proferida em uma averiguação preliminar, e não em um processo administrativo, a profundidade da discussão e a consistência do voto do Conselheiro-relator, Carlos Ragazzo permitem que tomemos esse caso como paradigma.

¹⁰ AP n.º 08012.002673/2007-51 (Representantes: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - ANFAPE; Representados: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A., e Ford Motor Company Brasil Ltda.; Conselheiro-Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo; j. 15/12/2010).

¹¹ Outros exemplos de casos em que o CADE analisou condutas anticompetitivas derivadas de direitos de propriedade industrial são: AP n.º 08012.005727/2006-50; PA n.º 08012.008659/1998-09; AP n.º 08012.002034/2005-24; e a AP n.º 08012.004570/2000-50.

Nesta averiguação preliminar, a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (“ANFAPE”) acusa a Fiat, a Volkswagen e a Ford de cometerem abuso de direito de desenho industrial. Isso estaria sendo feito por meio da “imposição, por parte das montadoras atuantes no mercado primário de veículos e no mercado secundário de peças de reposição de seus direitos de propriedade industrial sobre determinadas autopeças, de maneira a impedir que fabricantes independentes atuantes no mercado secundário produzam peças substitutas às suas”.

Observe que há dois mercados relevantes distintos: o mercado primário, que envolve autopeças para veículos novos; e o mercado secundário, de autopeças para reposição. O abuso estaria ocorrendo no mercado secundário, em que as montadoras estariam pretendendo atuar com exclusividade para poder controlar os custos de manutenção e o tempo de vida útil do veículo sem a pressão competitiva dos fabricantes independentes de autopeças (“FIAPs”). O desenho industrial das autopeças serviria como instrumento para vincular os consumidores às montadoras no mercado secundário (efeito *lock-in*).

O objetivo da ANFAPE é que o desenho industrial das montadoras sobre as autopeças seja oponível apenas às demais montadoras no mercado primário, não aplicável aos FIAPs no mercado secundário, sob pena de violação do direito à concorrência.

O argumento de defesa das montadoras baseou-se, principalmente, no fato de que o direito de propriedade intelectual ser um estímulo à Pesquisa e Desenvolvimento (“P&D”) e, assim, atuar como complemento ao direito concorrencial, tendo em vista que as novas tecnologias intensificariam a competitividade do mercado e, por consequência, trariam benefícios aos consumidores.

Além disso, alegou-se que o mercado primário é altamente competitivo e que os custos de manutenção e reposição de autopeças já influenciariam na decisão dos consumidores na hora de comprar um carro. O argumento baseado na concorrência vertical tem como premissas as ideias típicas da Escola de Chicago de que os mercados primário e secundário formam um sistema; que os efeitos dessas relações econômicas devem ser vistos a longo prazo e que os consumidores são agentes completamente racionais, aptos a fazerem comparações de preços altamente complexas (GRAU-KUNTZ, 2007, p. 13).

Além de estar baseado em premissas frágeis, esse argumento possui ainda uma contradição interna, não explorada no voto em exame. Ora, se os consumidores na hora de comprar um produto de fato comparam os preços de todo o sistema (mercado primário + mercado secundário), é de se esperar que nesse cálculo fossem levados em conta os preços das peças de reposição fabricadas pelas FIAPs, mais baratas.

O parecer da SDE foi pelo arquivamento da AP. Em primeiro lugar, a propriedade industrial inviabilizaria a competição sobre alguns modelos específicos de autopeças, não eliminando a possibilidade de terceiros produzirem autopeças similares que não contenham desenhos industriais protegidos, como ocorre no *tunning*. Em segundo lugar, o desenho industrial serviria para evitar *free-riders* e proteger o investimento feito em P&D. Da mesma forma, tendo em vista que o CDC obriga as montadoras a manterem em estoque as autopeças por um período razoável de tempo, obrigação não imposta aos FIAPs, a propriedade industrial ajudaria a evitar o *cream skimming*. Outro argumento levantado foi que o desenho industrial serviria como meio de controle para a segurança do consumidor. Também a ProCade emitiu parecer recomendando o arquivamento, utilizando argumentos semelhantes.

Por outro lado, o parecer do MPF destaca a grande diferença de preços entre as peças de reposição com registros de desenho industriais e as demais, o que seria um indício de preços abusivos. Questionou-se se a receita do mercado primário não seria suficiente para remunerar a P&D. Foi apontado, ainda, que não há comprovação de falta de segurança dos produtos fabricados pelos FIAPs, principalmente tendo em vista que 70% deles têm cerca de 30 anos de experiência nesse mercado.

No voto, o Conselheiro Carlos Ragazzo começa por destacar o papel da diferenciação e da inovação como fortes componentes competitivos, de modo que haveria uma complementaridade entre direito da propriedade intelectual e direito antitruste. Em suas palavras, "por ter consciência do papel vital da diferenciação e da inovação sobre o desenvolvimento econômico e o bem-estar da sociedade e dos consumidores, o direito antitruste dispõe-se a aceitar essa aparente e temporária restrição à concorrência do ponto de vista estático, que a curto prazo pode até mesmo causar diminuições da oferta, aumentos de preços e exclusão de consumidores, em favor de uma eficiência dinâmica, que a longo prazo aumentará a competição por inovações e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, em favor do desenvolvimento econômico e dos consumidores".

A despeito desse balanceamento e do objetivo final comum, reconhece-se que algumas vezes a propriedade intelectual pode ferir o direito da concorrência de maneira ilegítima, havendo, efetivamente, uma conduta anticompetitiva ilegal. Há dois tipos principais de condutas anticoncorrenciais advindas de direitos de propriedade intelectual: (i) as decorrentes de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial, como *patent ambush*; *patent flooding*; modificação de patentes pendentes e pedidos indevidos de proteção adicional; e (ii) as decorrentes do abuso do direito de propriedade industrial em si, que geralmente (mas nem sempre) ocorrem no âmbito do licenciamento e englobam restrições

horizontais; fixação de preços de revenda; venda casada; exclusividade; licenciamento cruzado e *grantbacks*.

No caso em questão, o que haveria seria conduta unilateral exclusionária, mediante abuso de posição dominante destinado a limitar, criar dificuldades ou impedir a atuação de concorrentes no mercado por meio do exercício abusivo de direito de propriedade industrial.

Um dos argumentos levantados pelas rés foi que o direito industrial discutido foi obtido regularmente e que, assim, o exercício desse direito seria um ato lícito. Ocorre que, como todos os direitos, também o direito de propriedade industrial deve ser exercido de forma não abusiva, de acordo com o princípio da proporcionalidade, que envolve (i) adequação entre os meios adotados pela norma e os fins por ela pretendidos; (ii) necessidade de utilização desse meio para atingir tal fim; e (iii) predominância dos benefícios gerados em relação aos custos incorridos, o que se chama de proporcionalidade em sentido estrito.

Outro importante aspecto do caso é que se tratam de peças *must-match*, ou seja, peças de reposição que devem reproduzir exatamente o desenho da peça original para restituir ao automóvel a sua aparência original ou mesmo para que se encaixem de maneira adequada ao veículo.

Nas palavras do Conselheiro, “toda vez que o proprietário de um veículo da marca Fiat, Ford ou Volkswagen tiver que trocar uma autopeça desse veículo, ele precisará, necessariamente, adquirir essa peça, respectivamente, da Fiat, da Ford ou da Volkswagen. Isso significa, basicamente, que essas montadoras terão o monopólio do fornecimento das autopeças de reposição de seus veículos”, ainda que, dentre todas as peças de um veículo, poucas sejam protegidas por desenho industrial. Em resumo, todo consumidor que precisar substituir uma das peças protegidas deverá, necessariamente, recorrer ao monopolista.

Ainda adotando-se uma linha de direito antitruste como instrumento de proteção ao consumidor, o argumento de que não haveria assimetria de informações aos custos do mercado secundário foi afastado. Na verdade, o cliente até costuma levar em conta os preços de manutenção e revisão ao adquirir um veículo, mas os custos de reposição de peças, que são eventuais, são geralmente ignorados.

Embora reconhecidos os efeitos deletérios estáticos ao consumidor, esses até poderiam ser justificáveis ou suplantados por efeitos dinâmicos positivos como o incentivo às inovações. Ocorre que é difícil afirmar que todos os custos com P&D justifiquem a exclusividade em relação a poucas peças de um automóvel. Considerando que o investimento em P&D já é amortizado na venda de automóveis, em geral no mundo todo, não se sustenta a

ideia de que o monopólio no mercado de reposição de peças seja absolutamente necessário para que haja inovação.

Ademais, a finalidade dos direitos de propriedade industrial nas autopeças é dirigida ao mercado de venda de veículos, e não ao mercado de reposição, pois é no primeiro que as montadoras buscam diferenciação e inovação: é no momento da compra que o design do automóvel faz diferença¹².

Outro argumento levantado é que, mesmo sem a exclusividade nesse mercado, as montadoras gozam de vantagens competitivas, como o fato de serem fornecedoras originais, possuírem uma maior rede de distribuição, e gozarem da percepção de qualidade e confiabilidade por parte do consumidor.

Por fim, é preciso ter em mente que os direitos de propriedade industrial são instrumentais, pois são previstos “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento econômico do país”. Assim, se “verificar-se que o exercício de um determinado direito de propriedade industrial (ainda que obtido na forma do procedimento previsto em lei), não está cumprindo esse papel de garantir inovações, ou, ao menos, que não está tendo qualquer influência sobre a manutenção dos incentivos à inovação ao mesmo tempo que, de algum modo, esteja afetando severamente a concorrência”, “do ponto de vista econômico, esse é um quadro de completa e total ineficiência: o bem-estar da economia e dos consumidores é severamente prejudicado, sem quaisquer benefícios em contrapartida”.

Diante desse raciocínio, o Conselheiro Carlos Ragazzo concluiu existirem indícios suficientes de que a imposição dos direitos de propriedade industrial aos FIAPs no mercado secundário é uma forma desproporcional de exercício desse direito, pois não se justifica do ponto de vista de preservação do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico. Tanto a recuperação dos valores gastos com P&D quanto a garantia de qualidade e segurança dos produtos são fins que podem ser atingidos por meios menos lesivos à concorrência. Decidiu-se pela instauração de um processo administrativo cujo resultado possível pode ser a aplicação de multa somada à determinação de não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial em questão.

6) CONCLUSÃO

¹² De acordo com Karin Grau-Kuntz (2007, p. 40), “enquanto o design do para-lama pode influenciar o consumidor em sua decisão de preferir determinado automóvel, visto sob a perspectiva do mercado secundário de peças de reposição o *design* desta peça não exerce mais qualquer influência na escolha do consumidor, uma vez que ele não tem opção de manifestar a sua preferência neste mercado, pois a opção entre as alternativas de *design* dos veículos foi feita no momento da compra do produto primário”.

Ao longo deste artigo tentamos explorar brevemente a relação entre direito da concorrência e propriedade intelectual, tendo em vista que ambos são meios para atingir o desenvolvimento tecnológico, mas que com frequência entram em conflito.

Pela extensão de pontos de atrito, fica claro que não basta defender a adoção de leis de defesa da concorrência e de proteção da propriedade intelectual como políticas separadas. Tendo em vista as interações entre esses campos do Direito e a potencialidade de conflito ou de neutralização mútua dessas regras, é importante que se adote uma política coerente.

Isso significa que ambas as leis devem se contrabalancear, de modo que, se uma prevê fortes direitos, a outra preveja um forte controle. Nas palavras de LEMLEY (2007, p. 18-19)

[t]he goal of both IP and antitrust as regulatory policy should be to balance the need for incentives to innovate against the need for robust competition. We need both innovation and competition to achieve dynamic efficiency. IP laws should ideally encourage innovation up to the optimal level, but no further, because overly strong IP laws unduly interfere with competition and therefore reduce welfare unnecessarily. The same is true in reverse: overly aggressive competition law sometimes privileges static efficiency over innovation and therefore reduces long-term welfare. To this balance we must add another: too much emphasis on IP to encourage innovation may have the opposite effect, impeding innovation, while too much emphasis on competition in an effort to spur innovation may also prove counterproductive.(...)Whatever the current tilt and likely direction of the pendulum, our goal needs to be a world in which strong IP rights are coupled with strong rather than weak antitrust enforcement, and weak IP rights are coupled with weak rather than strong antitrust enforcement.

Trata-se de uma possível explicação para o grande desenvolvimento tecnológico dos países asiáticos, em que tanto a defesa da concorrência quanto a proteção intelectual é fraca. No Brasil, ao contrário, temos uma proteção intelectual rígida, que vai além dos requisitos do acordo TRIPS, mas um controle antitruste fraco nesse campo.

De fato, a atuação do CADE é sabidamente voltada à coibição de cartéis, sendo poucos os casos em que a autarquia examinou condutas exclusionárias decorrentes de direitos de propriedade intelectual. Com isso, o sistema jurídico brasileiro corre o risco de prejudicar a concorrência voltada à superação inovadora ao proteger excessivamente os direitos intelectuais mas sem coibir seus abusos¹³. O caso ANFAPE, contudo, mostra que aos poucos

¹³ “Virtually all agree that some level of intellectual property protection, specifically involving a patent and copyright system, is justified. But almost all further recognize that such protection is a double-edged sword. On the one hand, it properly encourages and rewards innovation, and prevents misappropriation. On the other hand, it prevents competition for a period of time within the zone of the intellectual property grant. A legal system that overprotects intellectual property and underenforces antitrust law thus poses dangers to competition and ultimately to innovation, just as one that underprotects intellectual property and overenforces antitrust principles can harm incentives to innovate.” (PITOFSKY, 2001, p. 542-543).

a defesa da concorrência no Brasil vem amadurecendo e que cada vez mais os juristas brasileiros são sensíveis à necessidade de equilíbrio entre esses campos do Direito.

7) BIBLIOGRAFIA

CAROTHERS, Thomas. "The Problem of Knowledge", in Carothers, T. Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge (Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace) 2006.

CHANDER, Anupam e SUNDER, Madhavi. Everyone's a Superhero: A Cultural Theory of 'Mary Sue' Fan Fiction as Fair Use. *California Law Review*, Vol. 95, p. 597, 2007; UC Davis Legal Studies Research Paper No. 110.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOLDSTEIN, Paul. Derivative Rights and Derivative Works in Copyright. *30 J. Copyright Soc'y U.S.A.* 209 (1982-1983)

GRAU-KUNTZ, Karin. Sobre a controvertida questão da patente "pipeline", In Revista Eletrônica do IBPI – Edição Especial – Patentes Pipeline, novembro de 2009. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/155123c1662385b4ffff819cac144221.pdf>

_____, 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), 2007. Disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.tonline.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffff1.pdf>

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. 2ª ed. St. Paul Minn: West Pub. Co., 1999.

_____. Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should Be Going (January 18, 2012). *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, 2011; U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-03. pp. 1-7.

LEMLEY, Mark. Property, intellectual property and free riding, In *Texas law review*, vol. 83, 2004-2005, pp. 1031-1075.

_____. A new balance between IP and antitrust, *Stanford law and economics Olin Working Paper*, n.º 340, 2007, pp. 1-20.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Press, 2004.

MERGES, Robert P. The Trouble with Trolls: Innovation, Rent-Seeking, and Patent Law Reform (2010). *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 24, p. 1583, 2010

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*. Chicago: University of Chicago, 2008.

OHNESORGE, John K.M. Developing Development Theory: Law & Development Orthodoxies and Northeast Asian Experience (February 2006). University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1024.

PITOFISKY, Robert. Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy (2001). *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. Paper 315.

PRADO, Mariana. "What is Law and Development?" (2010) *Revista Argentina de Teoria Juridica*, vol. 11 Número 1.

POSNER, Richard. Creating a Legal Framework for. Economic Development. *The World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 1 (February 1998), pp. 1-11.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público, In *Revista CEJ*, Brasília, n.º 35, out./dez. 2006, pp.12-19.

SAITO, Leandro. A "propriedade" intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares. São Paulo: Ibpi – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, 2012.

SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. "Redescobrimo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal", in SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*, São Paulo: Saraiva, 2012.

SEN, A. *Desenvolvimento como Liberdade* (trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Mendes), (3a reimpr.), São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STIGLITZ, Joseph E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights, *57 Duke Law Journal* 1693-1724 (2008).