

**Ministério Público Federal**

Ofício do MPF junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

PARECER N° 9/2017/MBL/MPF/CADE**PROCESSO ADMINISTRATIVO N°** 08012.002673/2007-51**REPRESENTANTE:** Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE.

1. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.;

REPRESENTADAS: 2. Fiat Automóveis S.A.; e

3. Ford Motor Company Brasil Ltda.

- Auto Trend Peças e Acessórios Ltda.;

- Força Sindical;

- Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região;

- Associação do Mercado de Autopeças do Rio de Janeiro ("AMAP-RJ");

- Orgus Indústria e Comércio Ltda.;

TERCEIROS - Sinvespes;**INTERESSADOS:** - Sincopeças-GO;

- Sincopeças-RS;

- Sindiauto;

- Sincopeças-PR;

- Fórum Latino Americano de Defesa do Consumidor ("FEDC"); e

- Sindicato da Indústria de Funilaria Automotiva do Estado de São Paulo ("Sindifupi").

RELATOR: **Conselheiro Paulo Burnier da Silveira****DIREITO ECONÔMICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONDUTA UNILATERAL. IMPOSIÇÃO DE REGISTROS DE DESENHO INDUSTRIAL NO MERCADO SECUNDÁRIO DE REPOSIÇÃO DE**

AUTOPEÇAS. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.

Responsabilidade objetiva antitruste. Caracterização da infração à ordem econômica uma vez comprovada a produção de um dos efeitos descritos nos incisos do *caput* do art. 36 da Lei n.º 12.529/2011. Prescindibilidade da análise do elemento subjetivo (culpa ou dolo) do agente.

Materialização de abuso de posição dominante por parte das Representadas decorrente dos efeitos negativos que a imposição do registro de desenho industrial no *aftermarket* causam no bem-estar da economia e dos consumidores. Exame pela regra da razão corroborado pela análise jurídico-constitucional.

A liberalização do mercado secundário aos fabricantes independentes de autopeças (FIAPs) se apresenta como a medida adequada, necessária e proporcional para a garantia da concorrência naquele mercado.

PARECER DO MPF PELA CONDENAÇÃO.

I. RESUMO DO CASO:

O presente processo administrativo centra sua análise em suposto abuso de direito de propriedade industrial por parte das montadoras representadas ao imporem registros de desenho industrial sobre autopeças de reposição com vistas a impedir os fabricantes independentes de autopeças (FIAPs) a atuar no respectivo mercado secundário.

Visa-se a definir neste caso se as Representadas estariam utilizando-se do poder econômico que detêm no mercado de fabricação de veículos (mercado primário ou *foremarket*) para concentrar o mercado de produção de peças de reposição para automóveis (mercado secundário ou *aftermarket*), bem como examinar os possíveis efeitos desta conduta no ambiente concorrencial.

II. RELATÓRIO:

O presente Processo Administrativo foi instaurado em 27.04.2011 pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), por meio de Nota Técnica¹ acolhida pelo Despacho n.º 292², para apurar suposta conduta de abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar a atuação de concorrentes, infrações estas passíveis de enquadramento no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei n.º 8.884/94 (correspondentes ao art. 36, incisos I, II e IV e seu § 3º, incisos III e IV, todos da Lei n.º 12.529/2011).

As condutas supostamente infracionais foram imputadas às Representadas **1. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., 2. Fiat Automóveis S.A. e 3. Ford Motor Company Brasil Ltda.**

O feito iniciou-se a partir de Representação³ ofertada em 04.04.2007 pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE em face das mencionadas montadoras.

De acordo com a citada representação, as Representadas teriam exercido de forma abusiva direitos de propriedade intelectual, valendo-se de medidas judiciais e extrajudiciais com o objetivo de inibir a fabricação e a comercialização de autopeças⁴ supostamente protegidas por um direito de propriedade industrial (desenho industrial). Segundo a ANFAPE, os direitos relativos a desenhos industriais de peças automotivas poderiam apenas ser exercidos no *foremarket*, de modo que, se a proteção ao desenho industrial fosse estendida ao *aftermarket*, haveria um abuso de direito com efeitos anticompetitivos.

Em 15.07.2007 a SDE deflagrou averiguação preliminar⁵. Já em 10.03.2008, decidiu pelo arquivamento do procedimento, recorrendo de ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁶.

Após parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE)⁷, que entendeu pelo arquivamento do feito, e desta Representação do MPF junto ao CADE (MPF-CADE)⁸, que opinou pela instauração do processo administrativo, **o recurso de ofício foi provido por unanimidade pelo Plenário do CADE, na 482ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 15.12.2010.**

Na ocasião, o então Conselheiro-Relator, Carlos Ragazzo, votou pelo provimento do recurso de ofício e pela consequente instauração deste processo administrativo⁹.

Delimitando o objeto do PA a ser deflagrado, salientou o E. Relator que o presente caso não questiona a validade dos registros de desenho industrial das Representadas, mas sim a sua imposição aos FIAPs, no aftermarket, o que poderia configurar potencial exercício abusivo do direito de propriedade industrial.

Logo, foi sugerido que se fizesse uma análise relacionada à eventual conduta anticompetitiva advinda de suposto abuso no exercício do direito em si, ou seja, se a oponibilidade, pelas Representadas, de seus direitos de propriedade industrial contra os FIAPs constituiria uma extrapolação dos limites desses direitos, consubstanciando um abuso e, consequentemente, uma conduta anticoncorrencial.

Nos termos do voto condutor do então Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo¹⁰:

“(vii) Tais conclusões levam a crer que a imposição dos registros de desenho industrial em questão diante dos FIAPs, por parte das Representadas, impedindo a concorrência desses agentes, tem o condão de gerar danos significativos à concorrência, danos esses não justificados por objetivos de inovação, de recuperação de investimentos, de apropriação, de manutenção de competitividade ou outros, provocando, assim, um resultado líquido negativo sobre o bem-estar da economia e dos consumidores;

(viii) Na medida em que produz tal resultado negativo, a imposição dos registros de desenho industrial das Representadas diante dos FIAPs revela-se: (a) um exercício abusivo do direito de propriedade industrial em questão, na medida em que se desvirtua dos fins socioeconômicos estabelecidos pela própria norma constitucional que ampara esse direito, que tem por objetivo —o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 5º, XXIX); (b) juridicamente desproporcional, pois compromete severamente o direito à livre concorrência, o direito dos consumidores e a repressão ao abuso de poder econômico, sem contrapartidas em termos de benefícios visados pelos direitos de propriedade industrial; e (c) uma potencial infração à Lei nº 8.884/94, pois consubstancia abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar a atuação de concorrentes, com potenciais efeitos danosos à ordem econômica;

(ix) Tal conduta é passível de intervenção por parte do CADE, que é a autoridade competente para constatar e punir abusos de poder econômico, ainda que decorrentes de direitos de propriedade industrial e, mais especificamente, de registros de desenho industrial, já que, além de o CADE estar legalmente compelido a tanto, não há imunidade antitruste para desenhos industriais e o INPI não é competente para empreender tal exame;

(x) Em se reconhecendo o ilícito antitruste, independentemente de medidas judiciais e legislativas eventualmente cabíveis, a providência adequada e necessária por parte do Cade para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica seria, além da multa cabível, determinar às Representadas a não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial em questão, nos termos dos arts. 23 e 24, V, da Lei de Defesa da Concorrência. A imposição dos registros a outras montadoras fabricantes de

veículos pode ser mantida, não se fazendo necessário o licenciamento compulsório dos registros de desenho industrial (...)

Em 28.04.2011, a extinta SDE procedeu à instauração do presente processo administrativo¹¹ **para apuração de abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar atuação de concorrentes, infração passível de enquadramento no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei n.º 8.884/94 (correspondentes ao art. 36, incisos I, II e IV e seu § 3º, incisos III e IV, todos da Lei n.º 12.529/2011).**

Após a apresentação de defesas¹², a Representante e as Representadas juntaram pareceres de juristas e economistas para embasar as suas teses. Ao longo da instrução, foram requisitadas informações e realizadas oitivas de testemunhas, dentre outras provas.

Diversas entidades associativas e outros agentes ingressaram no feito como terceiros interessados¹³. Em 09.05.2016, através do Despacho SG n.º 535/2016¹⁴, a Superintendência-Geral do CADE (SG) determinou o encerramento da fase instrutória.

Notificadas, as Representadas 1. Volkswagen, 2. Fiat e 3. Ford apresentaram tempestivamente suas alegações finais¹⁵.

A Superintendência-Geral do CADE, por sua Nota Técnica n.º 15/2016/CGAA1/SGA1/SG/CADE¹⁶ e seu anexo¹⁷, acolhida pelo Despacho n.º 09/2016¹⁸ do Superintendente-Geral Substituto em 15.06.2016, opinou pela existência de infração à ordem econômica perpetrada pelas Representadas, nos termos do art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, incisos IV, V, VI e XI, ambos da Lei n.º 8.884/94 (correspondentes ao art. 36, incisos I, II e IV e seu § 3º, incisos III, IV, V e XIX, todos da Lei n.º 12.529/11). Recomendou ainda que, *“para além da eventual aplicação de multa, seja, em particular, determinado às montadoras Representadas a não imposição dos desenhos industriais em questão em face dos fabricantes independentes de autopeças (FIAPs), nos termos dos arts. 37 e 38, inciso VII, ambos da Lei n.º 12.529/2011, de forma a eliminar a conduta anticompetitiva identificada”*¹⁹.

A ProCADE opinou em consonância com a SG, ressaltando o entendimento de que seja resguardada a proteção conferida às marcas segundo a legislação aplicável²⁰.

Paralelamente, foi realizada instrução complementar pelo Conselheiro-Relator com a juntada de novos documentos aos autos, razão por que foi mais uma vez aberto prazo para o oferecimento de alegações finais²¹.

Em 06.03.2017 vieram os autos ao Ministério Público Federal para parecer. Contudo, este *Parquet* Federal requereu a abertura de nova vista à ProCADE, posto que o opinativo da Procuradoria Especializada fora juntado aos autos antes de findo o prazo para apresentação de alegações finais pelas Representadas²².

Enfim, após ratificação do parecer anteriormente apresentado pela ProCADE²³, vieram os autos para manifestação do Ministério Público Federal.

III. FUNDAMENTAÇÃO:

III.1 Preliminares:

As preliminares suscitadas pelas Representadas foram detidamente analisadas pela SG em sua Nota Técnica n.º 15/2016/CGAA1/SGA1/SG/CADE²⁴ e pela ProCADE em seu Parecer n.º 42/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU²⁵, a elas não se fazendo nenhuma ressalva. Assim, **a fim de evitar desnecessárias delongas, o MPF adere e reitera a análise realizada pela SG e pela ProCADE no sentido da rejeição de todas as prefaciais levantadas.**

III.2 Mérito:

III.2.1 Da responsabilidade objetiva antitruste:

Da interpretação literal do art. 36, *caput*, da Lei n.º 12.529/2011²⁶ – com idêntica redação do art. 20 da Lei n.º 8.884/1994 – observa-se que a responsabilidade antitruste no Direito brasileiro independe de culpa, sendo, portanto, objetiva.

A responsabilidade objetiva antitruste tem reflexo importantíssimo no *standard* probatório, vez que exclui expressamente a necessidade de comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente da suposta conduta ilícita para a caracterização da infração concorrencial. **Em verdade, a conduta do agente (ação ou omissão: nexo causal) que causa o resultado antijurídico concorrencial previsto na norma pode até ser lícita; contudo uma vez verificado o resultado antijurídico (ainda que potencial) decorrente desta conduta (independentemente de dolo ou culpa), caracterizado estará o ilícito administrativo concorrencial!**

A propósito, esta questão é pacífica na jurisprudência dominante tanto do Eg. STF quanto desse Col. Tribunal Administrativo, consoante se constata nos seguintes julgados:

“Sustenta-se, então, que seria inconstitucional o citado dispositivo [art. 20 da Lei n.º 8.884/94], porque estaria a consagrar a responsabilidade objetiva. A inconstitucionalidade estaria, portanto, na cláusula, 'INDEPENDENTE DE CULPA'.

Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4º do art. 173, dispõe que 'a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros'.

Posta assim a questão, não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dando que tais objetivos cerceiam, limitam, ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência ou a livre iniciativa – livre concorrência que constitui princípio da ordem econômica (CF, art. 170, IV), livre iniciativa que é fundamento desta (CF, art. 170, caput).

A argüição de inconstitucionalidade não me parece, portanto, pelo menos ao primeiro exame, relevante, a ponto de autorizar a suspensão cautelar do dispositivo legal impugnado.”

(Voto condutor do Ministro Relator Carlos Velloso na ADI-MC 1094 DF, STF, Data de Julgamento: 21/09/1995, Tribunal Pleno – grifos nossos).

“Conforme já tive a oportunidade de me manifestar por ocasião do julgamento do Processo Administrativo n.º 08012.000261/2011-63 (Representante: SDE ex officio; Representadas: Associação Brasileira de Agências de Viagens de São Paulo – ABAV-SP e outras), entendo que a responsabilização por infrações contra a ordem econômica independe de culpa, tendo o legislador adotado um modelo de responsabilidade objetiva de forma expressa na legislação antitruste (caput do artigo 20 da Lei n.º 8.884/94, equivalente ao caput do artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011).

Entendo que tal responsabilidade é plenamente constitucional e legal. Do ponto de vista constitucional, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) teve a oportunidade de suspender liminarmente a eficácia do dispositivo que trata da responsabilidade objetiva por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1094-8, e não o fez, restando incólume sua presunção de constitucionalidade. (...)

Assim, quanto à caracterização dos ilícitos antitruste, o próprio texto legal afasta os elementos subjetivos do tipo infracional, fazendo com que o juízo acerca da licitude de determinada conduta independa da discussão de sua reprovabilidade, que se relaciona à etapa seguinte da atuação cognitiva da autoridade à aplicação de sanções e à dosimetria da pena – especialmente no que toca

ao critério de “boa-fé do infrator” trazido pelo art. 27, inc. II, da Lei nº 8.884/94 (e repetido no art. 45, II, da atual Lei nº 12.529/2011).”

(Voto-vista condutor do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no PA n.º 08012.003048/2003-01, julgado pelo Tribunal do CADE em 29/01/2015 – grifos nossos)

“Conforme já afirmei no meu voto-vista no Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, julgado em 28/05/2014, a lei antitruste, apesar de dispensar a comprovação de culpa, faz remissão expressa a esse conceito para conferir responsabilidade objetiva àqueles que cometam infrações contra a ordem econômica. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já se debruçou especificamente sobre o tema na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.094 (...)

Vê-se, nesse contexto, que o requisito de comprovação de culpa é dispensável na análise concorrencial.”

(Voto-condutor do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no PA n.º 08012.011791/2010-56, julgado pelo Tribunal do CADE em 03/02/2016 – grifos nossos)

Portanto, arrimado no colacionado magistério jurisprudencial, basta para configurar a ilicitude antitruste que se demonstrem a realização do ato (ainda que em si/isoladamente lícito!) e o nexos causal entre este e os resultados antijurídicos previstos na norma antitruste. Comprovada a produção, mesmo que potencial, de um dos efeitos descritos nos incisos do *caput* do art. 36 da Lei n.º 12.529/2011, caracterizada está a infração à ordem econômica. Neste norte, a avaliação do abuso de posição dominante não requer a demonstração jurídica de culpa ou dolo na atuação das empresas.

III.2.2 – Propriedade Industrial e Concorrência:

Os direitos de Propriedade Industrial conferem a seu titular exclusividade para a exploração da criação, impedindo que terceiros se utilizem comercialmente dela sem sua autorização. O objetivo desta restrição é remunerar o criador pelos custos incorridos e recompensar os esforços despendidos na sua criação, de sorte a instituir incentivos para estimular o desenvolvimento tecnológico²⁷.

No Brasil, a proteção à propriedade industrial está prevista no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal²⁸, que apenas autoriza os direitos exclusivos temporários para que se promova o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, sendo estes os próprios fundamentos para a proteção das criações intelectuais.

No caso em tela, as autopeças objeto do presente feito estão protegidas, no âmbito da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), por registros de desenho industrial, que se diferem de outros direitos de propriedade industrial, como as patentes e as marcas.

De fato, o art. 95 da Lei de Propriedade Industrial prevê:

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

O desenho industrial, portanto, protege a concepção ornamental de um produto, suscetível de reprodução industrial, de modo que o seu registro confere ao titular a exclusividade na exploração do produto, com o poder de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto do registro durante a vigência do período de proteção.

A Constituição Federal, no entanto, também alberga os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor²⁹, além da repressão ao abuso do poder econômico³⁰, sendo com base nestes ditames que se funda a Lei de Defesa da Concorrência.

Neste contexto, a interface entre a propriedade industrial e o antitruste deve objetivar a consecução dos mandatos constitucionais, nomeadamente quanto à harmonização entre os princípios do livre mercado e concorrência, da inovação e do desenvolvimento tecnológico, econômico e social³¹.

A priori, embora o direito antitruste e o direito da propriedade intelectual pareçam proteger interesses antagônicos, ambos asseguram o bem-estar dos consumidores a partir da garantia da inovação, ainda que de modos distintos. Ao passo que a propriedade industrial incentiva a inovação tecnológica por meio da concessão da exploração exclusiva de determinado produto ou processo por seu inventor, o direito antitruste assegura que tecnologias, produtos e serviços possam transitar em um ambiente competitivo, por meio da coibição de práticas lesivas aos mercados.

Veja-se que esta também é a orientação dos órgãos de defesa da concorrência estadunidense, *U.S Department of Justice* (DoJ) e *Federal Trade Commission* (FTC): “*As leis de propriedade intelectual e as leis antitruste dividem o propósito comum de promover a inovação e aumentar o bem-estar do consumidor*”³².

Há, portanto, uma relação de complementariedade entre ambos. Entretanto, em determinadas situações o exercício da propriedade industrial pode afetar a concorrência, produzindo efeitos anticoncorrenciais característicos de uma infração anticompetitiva.

Destarte, a Lei de Propriedade Industrial, adotando justamente este viés, concede isenções antitruste apenas aos direitos de propriedade industrial que tutela, não amparando eventuais abusos concorrenciais perpetrados mediante sua indevida utilização.

Isto é, os direitos de que gozam os titulares de propriedades industriais só podem ser exercidos nos limites de sua função econômica e social, como instrumentos concorrenciais, sob pena de configuração de infração à ordem econômica³³.

Os direitos de propriedade intelectual são, pois, moldados pelo Direito da Concorrência para que seja combatido o abuso de poder de mercado, sobretudo quando deste se origina poder de monopólio.

Assim, segundo ensina Paulo Eduardo Lilla:

*“Evidentemente, as leis antitruste não interferem na concessão dos direitos de propriedade intelectual, mas apenas impõem condições para a exploração desses direitos com o objetivo de evitar os efeitos negativos decorrentes de estratégias anticoncorrenciais. É nesse contexto que as leis de defesa da concorrência servem como instrumentos de política pública complementares às leis de proteção da propriedade intelectual (...)”*³⁴ (grifos nossos)

Portanto, não restam dúvidas de que o exercício do Direito de Propriedade Industrial pode entrar em conflito com o Princípio da Livre Concorrência, ainda que ambos sejam protegidos pela Constituição Federal. **É que “apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”**³⁵.

III.2.3 Do mercado relevante:

Segundo a SG, o mercado relevante de fabricação e venda de veículos novos (mercado primário ou *foremarket*) seria segmentado do mercado de produção e venda de peças de reposição para automóveis (mercado secundário ou *aftermarket*).

Como aduzido, este processo administrativo trata do mercado secundário, no qual há a produção e venda de peças visíveis destinadas à reposição no mercado automobilístico (por exemplo: portas, para-lamas, para-choques, capôs, faróis e calotas). Neste mercado atuam as montadoras, os FIAPs e fabricantes terceirizados ou autorizados de autopeças.

O caso em tela analisa especificamente peças *must-match*³⁶, ou seja, autopeças de reposição que devem reproduzir exatamente o desenho da peça original para restituir ao automóvel sua aparência originária, necessitando encaixar-se de maneira adequada no veículo. Desta forma, tendo em vista tratar-se de peças geralmente produzidas para um veículo específico de determinada montadora, **inexiste substitutibilidade entre as autopeças de reposição, seja sob o ponto de vista da demanda ou da oferta:**

(i) pela oferta: a existência de desenho industrial por parte das montadoras já é empecilho para outra empresa reproduzir as autopeças ora avaliadas, especialmente se este desenho for oponível em face dos FIAPs;

(ii) pela demanda: os consumidores não visualizam diferentes tipos de peças como substitutas entre si³⁷.

Há, então, mercados múltiplos, visto que os consumidores não podem utilizar produtos secundários de outros fornecedores (por razões de incompatibilidade) e que o custo de migração para outro produto primário é demasiado elevado, consoante será a seguir melhor abordado³⁸.

Portanto, em consonância com (i) o voto-condutor do então Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo no julgamento do recurso de ofício na averiguação preliminar e (ii) a Nota Técnica SG n.º 15/2016, **entende este *Parquet Federal* que cada tipo de peça de reposição (*must-match*) de cada veículo compõe um mercado relevante distinto, dentro do mercado secundário de autopeças de reposição.**

Quanto ao mercado relevante geográfico, é inconteste que abrange o mercado nacional de autopeças de reposição.

III.2.4 Da posição dominante das Representadas:

É dispensável a análise do poder de mercado que cada Representada possui no mercado primário, uma vez que o exame do presente caso centra-se no *aftermarket*.

Registre-se, contudo, que de acordo com estudo efetuado pela OCDE, em caso de mercados múltiplos, o fabricante de bens que atua tanto no *foremarket* como no *aftermarket* detém provavelmente um importante *market share* no mercado secundário, posto que será frequentemente o único ou principal fornecedor neste último³⁹.

Assim, a posição dominante das Representadas decorre das próprias características do *aftermarket*. De fato, elas são titulares dos registros de desenho industrial das autopeças de reposição dos veículos que produzem, constituindo-se como as fabricantes principais de tais peças. Destarte, **é inegável que as Representadas dominam os respectivos mercados relevantes das autopeças de reposição que fabricam.**

De consequência, não há dúvidas de que as Representadas são capazes de alterar unilateralmente as condições de mercado, nos termos do art. 36, § 2º da Lei n.º 12.529/2011, restando configurada sua posição dominante.

III.2.5 Da análise da Conduta Imputada:

Dada a complexidade deste *hard case*⁴⁰, será necessário para a identificação do suposto ilícito concorrencial avaliar as práticas das Representadas tanto sob o prisma econômico-concorrencial (regra da razão) como por um viés jurídico-constitucional.

A análise econômico-concorrencial **deve seguir a regra da razão (análise pelos efeitos), de sorte a examinar se a conduta imputada às Representadas afeta (e em que medida) a concorrência. Para tanto, será preciso realizar um balanço entre as eficiências e os malefícios que a imposição unilateral dos registros de desenho industrial das montadoras diante dos FIAPS causa ao bem-estar da economia e dos consumidores.**

Por sua vez, o exame jurídico-constitucional procurará equacionar, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, o potencial conflito entre os dois direitos constitucionalmente protegidos (propriedade intelectual e concorrência).

III.2.5.1 – Da análise pela regra da razão:

Como será demonstrado, a manutenção dos desenhos industriais em questão diante dos FIAPs no *aftermarket* está a gerar mais malefícios do que benefícios ao bem-estar da economia e dos consumidores.

De fato, sob o enfoque legal, trata-se de verdadeiro abuso de posição dominante destinado a limitar, criar dificuldades ou impedir a atuação de concorrentes no mercado secundário. As Representadas, valendo-se da imposição de registro de desenho industrial das autopeças, estão dificultando ou impedindo a atuação de concorrentes nesse mercado, em prejuízo ao ambiente concorrencial.

(i) Dos efeitos anticompetitivos da prática:

A respeito dos elementos que devem ser analisados quanto aos possíveis efeitos anticoncorrenciais advindos de práticas no *aftermarket*, a OCDE estabelece que:

“A análise da prática de enforcement antitruste revela que o poder de mercado dos fabricantes de equipamentos em aftermarkets é mais provável de surgir se os mercados secundários são exclusivos. Ademais, para que surjam preocupações concorrenciais com o aftermarket, o produto primário deve ser um bem durável com um ciclo de vida longo. A probabilidade de efeitos anticompetitivos se baseia no estabelecimento de uma série de fatores, tais como:

** A disponibilidade para os consumidores de informações suficientes sobre os custos do ciclo de vida do bem primário e seus produtos secundários no momento da compra do bem primário e a possibilidade de os consumidores utilizarem tal informação para fazerem escolhas informadas e racionais.*

** O grau do efeito lock-in dos clientes antigos durante o tempo de vida do produto primário e a habilidade deles de migrar para fornecedores concorrentes caso o preço dos produtos ou serviços no aftermarket se eleve acima de níveis competitivos.*

** A força dos efeitos de reputação no mercado primário e sua capacidade para restringir os comportamentos oportunistas no mercado secundário pelo fornecedor do produto primário que busca explorar os consumidores aprisionados no mercado de reposição.”⁴¹*

No caso em tela, estão presentes diversos dos elementos mencionados no referido estudo da OCDE, merecendo destaque:

- produto primário que é bem durável - ciclo de vida longo;
- informações insuficientes para os consumidores, que fazem escolhas desprovidos de dados efetivos e concretos;
- elevado grau do efeito *lock-in*; e
- baixo efeito de reputação no *foremarket* dos agentes que exploram os consumidores aprisionados no *aftermarket*.

De fato, as autopeças discutidas nestes autos são *must-match*, ou seja, precisam apresentar o mesmo desenho da peça original para poder restituir ao automóvel a sua aparência original. Desta forma, **se a exclusividade dos registros de desenho industrial puder ser oponível no *aftermarket*, apenas as Representadas produzirão e comercializarão as autopeças sobressalentes dos respectivos veículos, de modo que haverá o reconhecimento de um monopólio por parte das Representadas em relação a cada mercado de autopeças de reposição que produzem.**

Como bem esclareceu o Conselheiro Carlos Ragazzo, 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. Ou seja, as montadoras terão o **monopólio do fornecimento de autopeças de reposição de seus veículos**⁴².

Os proprietários de automóveis, uma vez adquirido o veículo, terão apenas uma opção de fornecedor de peças de reposição, sendo obrigados a se submeter às opções, aos preços e às condições impostas pelas montadoras.

Ora, os automóveis são bens de consumo duradouros, com ciclo de vida prolongado e de alto valor, de forma que se mostra irrazoável a sua troca sempre que for preciso reparar determinada peça de reposição (*must-match*). Neste contexto, o consumidor terá como única opção adquirir a respectiva peça protegida por registro de desenho industrial.

Verifica-se, deste modo, a ocorrência do denominado efeito *lock-in*, pelo qual o consumidor fica aprisionado à montadora fabricante de seu veículo, sujeitando-se às consequências do exercício de um poder econômico, potencialmente abusivo.

Sobre este efeito, aduz a OCDE:

*“A literatura identifica riscos para a concorrência apenas se há efeitos *lock-in*. A habilidade do fabricante do produto primário em explorar sua base já instalada deve-se principalmente à incapacidade dos clientes em (i) substituir o produto secundário por bens secundários concorrentes ou (ii) adquirir um produto primário diferente sem incorrer em custos substanciais de substituição. Entre os fatores que tornam os efeitos *lock-in* prováveis estão os altos custos de substituição devido a diferenças físicas ou tecnológicas entre os produtos no *aftermarket* e a vinculação dos produtos do mercado secundário aos produtos do *foremarket* (...) **A magnitude dos efeitos *lock-in* influenciará os incentivos do fabricante do produto primário para monopolizar o mercado secundário correspondente e sua capacidade de cobrar preços supracompetitivos no *aftermarket*.**”⁴³(grifos nossos)*

O monopólio a ser exercido pelas Representadas no *aftermarket* implicará efeitos nefastos à concorrência, à economia e aos consumidores, tais como aumento de preços e piores condições de venda. Neste cenário, o consumidor ao comprar determinado veículo cujas peças são protegidas por desenhos industriais somente terá um fornecedor a quem recorrer para reparar seu veículo.

É evidente que caso passem a ser o único agente no *aftermarket*, as Representadas poderão impor o preço de monopólio, maximizando seus lucros e elevando os custos de transação dos produtos e apropriando-se de parte do excedente do consumidor.

In casu, interessante aduzir o estudo empírico realizado pela autoridade antitruste francesa no qual foi comparado o preço de autopeças de reposição na França (onde os registros de desenho industrial são oponíveis no *aftermarket*) e na Alemanha e Espanha (onde o mercado secundário foi liberalizado). A conclusão apresentada ratifica o potencial efeito acima referido, uma vez que foi verificado que as autopeças analisadas são consideravelmente mais caras na França que nos países onde não há proteção no *aftermarket*⁴⁴.

É importante também destacar que o efeito *lock-in* é acentuado pela denominada “miopia do consumidor”. No momento da compra de um veículo no *foremarket*, os consumidores defrontam-se com assimetrias de informações, a eles não sendo disponibilizados dados sobre o custo de vida dos automóveis e, principalmente, de suas peças de reposição.

A este respeito, vale transcrever importante trecho do voto-condutor do Conselheiro Carlos Ragazzo:

“103. Conforme de denota de uma simples busca no site das Representadas ou de suas concessionárias na internet, as autopeças objeto deste feito não fazem parte dos planos de manutenção ou revisão comumente disponibilizados pelas montadoras. Isso faz sentido, tendo em vista que não se trata, ao que parece, de peças que precisam ser trocadas com frequência, e que portanto despertem com antecedência a atenção do consumidor. Ao contrário, são peças que, a princípio, precisam ser repostas apenas em caso de acidente ou desgaste muito prolongado. Assim, a publicidade das montadoras que diz respeito às suas ofertas de revisão e trocas de peças comuns não parecem se aplicar de modo adequado às autopeças analisadas nestes autos.

104. Ainda nesse sentido, um exame de revistas especializadas, como as mencionadas pela Volkswagen (fl. 3416), demonstra, igualmente, não haver informações constantes, individualizadas e em volume relevante sobre os preços e condições de venda das autopeças de reposição objeto deste processo.

105. Desse modo, além do simples fato de não parecer factível que um consumidor, no momento da compra do veículo, efetivamente pesquise as condições de venda um pára-choque ou de uma porta de mercado de reposição, não parecer evidente que haja grande disponibilidade de informações ao consumidor a respeito das condições de reposição dessas peças.”

De fato, os consumidores não levam em conta, ao menos com caráter decisivo, tais questões ao comprar um automóvel, realizando escolhas otimistas de que não necessitarão repor peças aparentes. Desta forma, ainda que tivessem acesso às informações sobre os custos dos preços e as condições de venda das peças de reposição quando da compra do bem primário, os consumidores ainda assim não seriam capazes de utilizar tais dados para realizar escolhas informadas e racionais.

Cabe reiterar que as autopeças discutidas neste processo são aquelas aparentes, as quais não requerem uma manutenção previsível e periódica, devendo apenas ser trocadas se sobrevier acidente ou desgaste prolongado. Logo, trata-se de peças bastante distintas daquelas normalmente consideradas pelo consumidor-médio ao escolher qual veículo adquirir, não sendo tampouco objeto de publicidade pelas montadoras⁴⁵.

Além disto, esta “miopia do consumidor” também contribui para um não significativo efeito de “reputação negativa” das montadoras que buscam explorar os consumidores através do efeito lock-in no aftermarket. De fato, as Representadas não perdem relevante poder de venda no mercado primário como retaliação aos preços praticados no mercado secundário, tendo em vista a limitação dos consumidores “não sofisticados”, maioria da categoria, em ter acesso a informações completas e realizar escolhas economicamente racionais.

Vale mencionar, ainda, que **o exercício dos registros de desenho industrial no mercado secundário pode também impactar a disponibilidade dos produtos, como efetivamente já vem ocorrendo segundo comprovou a SG, que indica que várias das autopeças objeto destes autos estão em falta no mercado**⁴⁶.

O panorama acima desenhado demonstra que os fabricantes independentes constituiriam efetivas alternativas para os consumidores. Entretanto, se os FIAPs forem excluídos do mercado secundário os consumidores ficarão inteiramente dependentes das decisões das Representadas em produzir mais ou menos peças.

Outra consequência negativa da exclusão dos FIAPs do *aftermarket* diz respeito ao **mercado de oficinas.** Ora, as peças produzidas pelos fabricantes independentes são indispensáveis ao funcionamento das oficinas independentes, de sorte que estas terão sua capacidade competitiva reduzida se não mais puderem contar com as peças fabricadas pelos FIAPs. Além de danos ao respectivo mercado relevante, isto causaria ainda mais efeitos deletérios aos consumidores do mercado secundário, posto que eles ficariam submissos às oficinas autorizadas.

Portanto, a conjugação de todos os fatores acima elencados permite concluir que a manutenção do exercício dos direitos de desenho industrial pelas Representadas no *aftermarket* acarretará efetivo poder de monopólio nesse mercado, potencialmente causando consequências severas aos consumidores, como maiores preços, ausência de opções e piores condições de compra.

(ii) Das supostas eficiências:**- Recuperação dos custos de pesquisa e desenvolvimento (P & D):**

O exercício dos direitos de desenho industrial pelas Representadas diante dos FIAPs é fundado sobretudo na literal disposição da Lei de Propriedade Industrial, que não estabeleceu qualquer delimitação que exclua da proteção conferida um mercado específico, em termos econômicos.

Neste sentido, a justificativa mais contundente invocada pelas Representadas para a oponibilidade dos direitos de desenho industrial no mercado secundário em foco é a recuperação de custos de P&D.

Os agentes econômicos investem vultosos montantes para o desenvolvimento de criações intelectuais, de modo que o período de exclusividade conferido pela legislação é imprescindível para que os custos empregados sejam reavidos e os inventores sejam recompensados pelo investimento realizado. Inexistindo o direito à exclusividade os agentes não teriam incentivos para atuar na produção inventiva. Nesta perspectiva, os direitos de propriedade industrial são também um instrumento fomentador do desenvolvimento tecnológico.

Segundo aduzido pelas Representadas, os FIAPs se apresentariam como *free riders* ao utilizarem os direitos exclusivos das montadoras, uma vez que estariam se apropriando dos investimentos realizados para o desenvolvimento das autopeças em questão. Assim, a chancela para os FIAPs usarem livremente os registros de desenho industrial das Representadas constituiria um notório desincentivo para a produção tecnológica no País.

Entretanto, como bem exposto pelo então Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo no julgamento do recurso de ofício na averiguação preliminar e pela Superintendência-Geral na Nota Técnica n.º 15/2016, **há robustos indícios nos autos de que os custos de P&D das Representadas com o desenvolvimento das autopeças de reposição discutidas são ressarcidos já no mercado primário.**

De acordo com dados apresentados pela SG no §563 da Nota Técnica n.º 15/2016⁴⁷, os custos reais para a criação de um novo desenho industrial são entre 50 e 60 euros (R\$ 205,00 a R\$ 246,00⁴⁸) por veículo novo vendido no *foremarket* na Europa. Tendo em vista que tais montadoras são multinacionais com estratégias globais, é pouquíssimo provável que os investimentos nos automóveis comercializados no Brasil sejam mais elevados que aqueles do continente europeu.

Some-se a isto o fato de outras montadoras operantes no Brasil não se valerem da exclusividade dos desenhos industriais no mercado secundário. Ora, se esta última fosse de fato essencial para a recuperação dos custos de P&D, as demais montadoras também exerceriam o referido direito no *aftermarket*.

Logo, considerando os baixos custos dos investimentos nos desenhos industriais das autopeças discutidas em relação ao preço integral do automóvel, bem como o fato de tal comportamento não ser uma prática generalizada no mercado, **a justificativa apresentada não parece ser suficiente para impedir a restrição do exercício de tais direitos no mercado secundário, em prol do direito difuso da saudável e lícita livre concorrência no mercado nacional.**

De fato, os direitos de desenho industrial das autopeças de reposição encontram sua *ratio essendi* no mercado primário, uma vez que objetivam incentivar o desenvolvimento tecnológico das montadoras ao produzirem novos carros, buscando inová-los e diferenciá-los dos demais. Uma vez vendido o carro, apenas um determinado modelo de peça será útil ao consumidor (as denominadas peças *must-match*), **de modo que inexistente fomento à inventividade no *aftermarket*.**

Daí que é no próprio *foremarket* que as Representadas possuem incentivos para inovar e têm seus custos recuperados, além dos lucros esperados ao produzirem uma invenção.

Portanto, considerando que a aparência do veículo é um importante elemento de sucesso comercial dos modelos e que a competitividade no mercado primário é acentuada, **a restrição dos direitos de desenho industrial no *aftermarket* não diminuirá os incentivos dos fabricantes em investir em inovações para seus automóveis.**

- Segurança e qualidade:

As Representadas aduzem também que a exclusividade na produção e fornecimento das peças de reposição seria indispensável para assegurar a qualidade dos produtos e a segurança dos consumidores. Contudo, **não apenas inexistem indícios nos autos de que as peças fabricadas pelos FIAPs possuem qualidade inferior àquelas produzidas pelas Representadas, como estas também enfrentam problemas referentes à qualidade e segurança de suas peças, frequentemente sendo seus veículos objeto de recalls.**

Neste sentido, os dados apresentados pela SG sobre o recorde de *recalls* de veículos em 2014 indicam que os itens de qualidade e segurança não seriam uma preocupação exclusiva quanto aos produtos fabricados pelos FIAPs, recaindo, inclusive, sobre as próprias montadoras⁴⁹.

Além disto, como apropriadamente já pontuado nos presentes autos, **os registros de desenho industrial não se prestam a assegurar a qualidade e segurança dos produtos, mas a recompensar os criadores pelos esforços empregados na invenção, de sorte a proteger seu *design*.** Por certo, eventuais danos decorrentes das peças produzidas pelos FIAPs podem ser devidamente reparados e/ou indenizados de acordo com a legislação vigente, sendo o fabricante o responsável exclusivo pelos prejuízos que causar.

- Proteção contra crime:

Outro argumento alegado pelas Representadas é que, ao permitir a fabricação das autopeças de reposição pelos FIAPs, o CADE estaria acobertando crimes contra a propriedade industrial, indo de encontro à política nacional antipirataria.

Ressalta-se, porém, que a discussão empreendida neste processo administrativo se refere à oponibilidade dos direitos de desenho industrial no *aftermarket*, não se tutelando a possibilidade de os FIAPs ludibriarem os consumidores (vendendo seus produtos como se originais fossem) ou lesarem a imagem das empresas Representadas.

O que é objetivado neste caso é a liberalização do mercado secundário aos FIAPs para permitir que eles concorram com as montadoras, através da produção de produtos genéricos, de modo transparente e leal. Evidentemente que não se propugna pela prática de ilícitos, sejam cíveis ou penais, decorrentes do uso indevido de marcas de terceiros em seus produtos.

Neste sentido, muito pertinente é a ressalva feita pela ProCADE em seu parecer de que a proteção conferida às marcas deve ser resguardada. De fato, caso os FIAPs venham a praticar ilícitos contra os direitos de marca das Representadas, eles devem ser devidamente responsabilizados em conformidade com a legislação pertinente.

- Cream Skimming:

Finalmente, a última justificativa apresentada pelas Representadas indica que os FIAPs possuem vantagens competitivas em virtude dos custos adicionais que as montadoras possuem para manter o abastecimento nacional de autopeças de reposição mesmo após cessada a produção do veículo⁵⁰. Desta forma, asseveram que os FIAPs podem apenas produzir as peças que lhes confirmam maiores lucros, cessando a fabricação quando esta se tornar economicamente inviável.

Todavia, **também não há nos autos indícios que permitam aferir o quanto de custos adicionais as Representadas incorrem pela referida obrigação a que se encontram submetidas, ou mesmo se aqueles efetivamente existem.**

Por outro lado, **pela posição dominante de que gozam no mercado secundário, são as próprias Representadas que se encontram em situação privilegiada em relação aos FIAPs.** Estes possuem maior dificuldade em se estabelecer e manter no mercado por conta, v. g., das várias e diferentes estratégias de fidelização de clientes utilizadas pelas Representadas⁵¹.

Ressalte-se, ainda, que as Representadas possuem maior contato com os clientes, por meio de uma cadeia de concessionárias disseminada por todo o País, conferindo-lhes capilaridade além de ganhos decorrentes de economias de escala.

Portanto, ainda que de fato existam custos adicionais oriundos da obrigação legal das montadoras em manter estoque de peças de veículos descontinuados, não é possível concluir, como visto, que os FIAPs possuem vantagens competitivas em relação às Representadas. Afinal, estes não são os únicos fatores que devem ser levados em consideração para determinar os custos totais de determinado empreendimento. A rigor, nesta relação de vantagem competitiva, por tudo quanto considerado, tem-se que a balança pende em favor das Representadas.

Pelo exposto, as razões invocadas pelas Representadas para justificar a manutenção da oponibilidade dos registros de desenho industrial de autopeças de reposição no *aftermarket* são refutáveis. De fato, os supostos efeitos positivos da não liberalização do mercado secundário não se mostram suficientemente robustos para impedir a limitação do exercício dos direitos industriais discutidos neste caso.

(iii) Da ponderação entre os efeitos positivos e negativos do exercício dos direitos de desenho industrial no aftermarket:

Como demonstrado, o exercício dos registros de desenho industrial no *aftermarket* acarretará um monopólio das Representadas, eliminando os demais agentes do mercado e, conseqüentemente, provocando efeitos nefastos ao ambiente concorrencial e ao bem-estar social:

“Ainda, torna-se impossível ignorar os efeitos nefastos gerados pelo exercício abusivo dos desenhos industriais em face dos FIAPs, no mercado secundário de autopeças de reposição – aftermarket, caso o Cade compactue com a conduta das Representadas. Como já demonstrado, haveria a eliminação completa de toda a cadeia produtiva dos fabricantes independentes de autopeças, que atuam no Brasil há anos, antes mesmo das montadoras iniciarem tal conduta abusiva. Além do considerado desemprego e todos os demais problemas advindos do desaparecimento de um mercado, a exclusão desses agentes do mercado desencadearia uma extrema ineficiência econômica e problemas extremos, sob o prisma antitruste e dos consumidores por ele protegidos, uma vez que a concorrência seria plenamente extirpada, tendo em vista que as montadoras tornar-se-iam monopolistas. “ (§ 605, Nota Técnica nº 15/2016 da SG)

Ações cujos efeitos negativos superam as eficiências não podem ser chanceladas pela autoridade antitruste que, ademais, deve assegurar a livre iniciativa e a livre concorrência impedindo abusos do poder econômico, em benefício de toda a coletividade.

Deste modo, pela análise efetuada no caso em apreço, não restam dúvidas de que as eficiências suscitadas pelas Representadas não são razoáveis para justificar o exercício do direito de propriedade industrial examinado no mercado secundário.

Como visto, tal cenário agravaria ainda mais a situação de hipossuficiência dos consumidores, eis que estes estariam à mercê das decisões das montadoras, seja quanto ao preço, às condições de venda ou aos produtos ofertados.

Portanto, conclui-se que as Representadas não demonstraram a supremacia do interesse público e do bem-estar social que justificassem a manutenção do *status quo*.

Nas palavras de Phillip Areeda, não foi possível demonstrar a existência de uma “virtude redentora” (*redeeming virtue*)⁵²:

“Quando as partes alegam outros fins que não a supressão da concorrência por si só, nós devemos perguntar se o objetivo é legítimo e se a supressão à concorrência de fato ajuda a atingir esse objetivo, bem como se esse não poderia ser obtido de uma maneira menos restritiva ao livre mercado. Apenas um objetivo legítimo pode justificar uma restrição à concorrência e a legitimidade reside na sua consistência com o direito em geral e com as premissas do direito antitruste em particular”

III.2.5.2 Da Avaliação Jurídico-Constitucional:

Conforme acima exposto, a imposição dos registros de desenho industrial das montadoras em face dos FIAPs revela, sob a ótica da regra da razão, um cenário econômico-concorrencial ineficiente e negativo, tendo em vista que os malefícios produzidos no mercado superam os benefícios gerados.

Sob a análise jurídico-constitucional, a conclusão não será diferente!

Diante de eventuais conflitos de direitos constitucionais, tal como ocorre neste caso entre direitos de propriedade industrial e o direito da concorrência, deve-se efetuar a ponderação de interesses, através do emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵³.

Sobre o tema, esclarece ainda Humberto Ávila:

“O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.”⁵⁴

Neste contexto, deve-se analisar se a liberalização do mercado secundário através da não imposição dos registros de desenho industrial das Representadas aos FIAPs é uma medida adequada a promover a livre iniciativa e a livre concorrência. **Isto é, se tal provimento é apto à consecução do fim almejado (a defesa da concorrência).**

Como demonstrado, a preservação dos registros de desenho industrial no acarretará um monopólio das Representadas, eliminando os demais agentes do mercado e conseqüentemente deixando o consumidor submisso às decisões das montadoras. **Deste modo, a imposição de tais direitos de propriedade industrial não se apresenta como medida apropriada para a promoção do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País.**

Por outro lado, a manutenção do exercício dos registros de desenho industrial apenas no *foremarket* aportará um ambiente concorrencial materialmente lícito e hígido ao mercado secundário. Ora, a competição entre as Representadas e os FIAPs é demasiado salutar para a economia e os consumidores, posto que resultará em mais opções para estes últimos, com preços menores e melhores condições de venda.

Assim, resta evidente que a limitação do exercício dos direitos de propriedade industrial analisados ao mercado primário é medida adequada para a promoção não apenas da livre concorrência, como também do desenvolvimento econômico do Brasil.

Ainda, é preciso examinar se a medida ora discutida (exercício dos registros de desenho industrial apenas no mercado primário) é necessária, ou seja, se é o meio menos restritivo dentre todos aqueles adequados para a consecução do fim pretendido.

Ressalte-se que os supostos efeitos positivos (ainda que não sejam indúvidos, como demonstrado!) indicados pelas Representadas para justificar o exercício dos direitos de desenho industrial no *aftermarket* **podem ser plenamente atingidos por outros meios menos danosos à concorrência.**

Especificamente quanto à recuperação de custos de P&D e aos incentivos à produção inventiva, já foi demonstrado que eles não restam concretamente abalados pela abertura do mercado secundário. O mesmo ocorre em relação às demais justificativas, como aquelas referentes à defesa da qualidade dos produtos e da segurança dos consumidores e à proteção contra crimes.

Deste modo, a liberalização do mercado secundário aos FIAPs representa a medida necessária, tendo em vista que é o meio adequado menos custoso para a promoção da concorrência.

Por fim, no que toca à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se os ganhos obtidos com a medida superam as perdas geradas. Neste sentido, **resta evidente que os benefícios**

decorrentes da não oponibilidade dos registros de desenho industrial frente aos FIAPs no aftermarket mostram-se muito superiores aos eventuais custos acarretados.

De fato, os prejuízos que advêm da abertura do mercado secundário aos FIAPs são mínimos, não sendo abalados os objetivos que justificam a proteção aos desenhos industriais. Além disto, os benefícios são inúmeros, representando a própria manutenção de um ambiente concorrencialmente são, em que os agentes podem atuar em igualdade de condições, de sorte a favorecer os consumidores e a economia pátria.

Portanto, os efeitos anticompetitivos gerados pelo comportamento das Representadas ao oporem seus registros de desenho industrial com vistas a excluir os FIAPs do mercado secundário não são justificados por ganhos de eficiência, ficando consubstanciada uma restrição desarrazoada da concorrência.

Sob este prisma, fica evidente que a decisão indicada pela análise econômico-concorrencial é ratificada sob a ótica jurídico-constitucional. De fato, a restrição dos registros de desenho industrial das Representadas no *aftermarket* está plenamente de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Ora, como já remarcado, a melhor interpretação do texto constitucional indica que apenas são autorizados os direitos exclusivos temporários que promovam o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, o que não ocorre com o exercício dos desenhos industriais pelas Representadas no mercado secundário.

Ademais, o exame através do princípio da proporcionalidade determinou que a liberalização do *aftermarket* é realmente a medida adequada, necessária e proporcional para a garantia da concorrência naquele mercado. É esta, portanto, a melhor solução para compatibilizar o conflito entre os direitos constitucionais analisados neste caso.

III.2.6 Das penas a serem aplicadas às Representadas:

Em relação às penas a serem aplicadas, além da multa deve ser igualmente imposta a obrigação de não-fazer consubstanciada na não-imposição, pelas Representadas, de seus registros de desenho industrial em relação aos FIAPs no mercado secundário de reposição de autopeças, sob pena de multa diária a ser fixada por esse Tribunal Administrativo do CADE. Este último provimento encontra seu fundamento no art. 38, inciso VII da Lei n.º 12.529/2011, de acordo com o qual poderão ser impostos quaisquer outros atos ou providências necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica⁵⁵. Como visto, **a medida adequada, necessária e proporcional para a garantia da concorrência no aftermarket é permitir aos FIAPs que atuem neste mercado.**

Quanto à dosimetria da multa, a jurisprudência desse Col. Tribunal Administrativo tem se posicionado pela aplicação da legislação mais benéfica quanto à quantificação das penas em virtude de violações ao direito concorrencial. Tal postura tem como embasamento o voto da Conselheira Ana Frazão proferido no âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.009834/2006-57.

Considerando o cenário supra-analisado e as peculiaridades do presente caso, o Parquet Federal opina que a aplicação das penas seja adequadamente modulada pelos critérios estabelecidos no artigo 45 da Lei n.º 12.529/2011, especialmente a boa-fé do infrator, prevista no inciso II do referido dispositivo.

No entender do MPF as Representadas atuam de boa-fé, não restando nos autos qualquer comprovação de dolo ou culpa na conduta geradora do resultado antijurídico concorrencial (infração administrativa antitruste). Portanto, **ainda que o elemento subjetivo (dolo ou culpa) seja dispensável para a caracterização do ilícito antitruste, sua inexistência no caso deve ser apreciada para fins de modulação da multa a ser aplicada.** Neste sentido, a propósito, a própria jurisprudência desse Col. Tribunal Administrativo do CADE:

“Assim, quanto à caracterização dos ilícitos antitruste, o próprio texto legal afasta os elementos subjetivos do tipo infracional, fazendo com que o juízo acerca da licitude de determinada conduta independa da discussão de sua reprovabilidade, que se relaciona à etapa seguinte da atuação

cognitiva da autoridade à aplicação de sanções e à dosimetria da pena – especialmente no que toca ao critério de “boa-fé do infrator” trazido pelo art. 27, inc. II, da Lei n.º 8.884/94 (e repetido no art. 45, II, da atual Lei n.º 12.529/2011).” (Voto-vista condutor do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no PA n.º 08012.003048/2003-01, julgado pelo Tribunal do CADE em 29/01/2015 – grifos nossos)

Além disto, trata-se igualmente de questão inovadora não apenas sob o prisma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas também da comunidade antitruste internacional. O exame da interface entre a propriedade intelectual e o antitruste pelas autoridades de defesa da concorrência, notadamente quanto aos efeitos anticompetitivos do exercício de propriedades industriais em *aftermarkets*, ainda é bastante limitado consoante corroborado pela conclusão de estudo elaborado pela OCDE sobre o tema⁵⁶.

Assim, tendo em vista tais circunstâncias, entende este *Parquet* Federal que a multa a ser aplicada às Representadas deve ser fixada com base nos precedentes do CADE em casos de estilo, observando-se que o seja no patamar próximo do mínimo legal ante a existência de recomendação de medida comportamental (obrigação de não-fazer).

IV. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, o MPF afasta as preliminares e, no mérito, opina:

(i) pela **condenação** de todas as Representadas por infração à ordem econômica, com fulcro no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, IV e V, ambos da Lei n.º 8.884/94 (correspondentes ao art. 36, incisos I, II e IV e seu § 3º, incisos III e IV, todos da Lei n.º 12.529/2011);

(ii) em caso de condenação, requer **a expedição de ofício com cópia da decisão desse Tribunal Administrativo à Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) para ciência e providências que entenda cabíveis, especialmente em relação à promoção de maior transparência por parte das montadoras quanto às informações técnicas relevantes sobre as autopeças de reposição quando da venda de veículos no *foremarket*, com fulcro no art. 6º, III da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).**

Brasília-DF, 17 de julho de 2017.

MÁRCIO BARRA LIMA
Procurador Regional da República
Representante do MPF junto ao CADE

¹ Fls. 4035/4039.

² Fl. 4040.

[3](#) Fls. 01/21.

[4](#) Trata-se de peças aparentes de veículo, como calotas, faróis, grades de radiador, lanternas, pára-choques, retrovisores, rodas, capôs, pára-lamas, portas, tampas traseiras etc.

[5](#) Fls. 1253/1259

[6](#) Fls. 2409/2472.

[7](#) Fls. 2777/2813.

[8](#) Fls. 3232/3240.

[9](#) Fls. 3933/3934.

[10](#) Fls. 3850/3932.

[11](#) Fls. 4035/4041.

[12](#) Fls. 4118/4178 (Volkswagen), 4301/4365 (Ford) e 4430/4501 (Fiat).

[13](#) A participação como terceiros interessados dos agentes mencionados em epígrafe foi deferida no Voto condutor do então Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo no julgamento do recurso de ofício na averiguação preliminar (fls. 3855/3857) e na Nota Técnica SG n.º 117/2012 (fl. 4635).

[14](#) Documento SEI n.º 0197456.

[15](#) Documentos SEI n.º 0203042 (Ford), n.º 0203815 (Volkswagen) e n.º 0203820 (Fiat).

[16](#) Documento SEI n.º 0209160.

[17](#) Documento SEI n.º 0211185.

[18](#) Documento SEI n.º 0210267.

[19](#) Fl. 156 da Nota Técnica SG n.º 15/2016.

[20](#) Parecer n.º **42/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU** (Documento SEI n.º 0235702).

[21](#) Documentos SEI n.º 0320332 (Ford), n.º 0320266 (Volkswagen) e n.º 0319771 (Fiat).

[22](#) Documento SEI n.º 0327376.

[23](#) Documento SEI n.º 0330261.

[24](#) Fls. **47/55**.

[25](#) Documento SEI n.º 0235702.

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

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.” (grifos nossos)

27OCDE. *Competition Policy and Intellectual Property Rights*. 1989, p. 10.

28“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.”

29Art. 170, *caput* e incisos III, IV e V da Constituição Federal.

30Art. 173, § 4º da Constituição Federal.

31FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *The Relation Between Antitrust and Intellectual Property Law on Cade's Case Law*. In SILVEIRA, Paulo Burnier da (ed.). *Competition Law and Policy in Latin America*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. p. 258.

32US. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. Nova Iorque: William S. Hein & Co., 2008, p.3, tradução livre.

33FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 328.

34LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: uma Abordagem sob a Perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 57/58.

35SARMENTO, Daniel. *Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 293.

36A descrição de autopeças *must-mach* pode ser encontrada no documento “*Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 98/71/CE, relativa à protecção legal de desenhos e modelos*” (2004).

37Ou seja, tal como asseverou a SG, uma lanterna do modelo “Fusion”, da montadora Ford, não substitui uma lanterna do modelo “Uno”, da Fiat, e assim por diante.

38OCDE. *Competition Issues in Aftermarkets - Background note by the Secretariat*. Junho de 2017, p. 21; UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)*, § 56.

39OCDE. *Competition Issues in Aftermarkets - Background note by the Secretariat*. Junho de 2017, p. 22.

40Expressão de Ronald Dworkin (WORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. SP: Martins Fontes, 2002).

41OCDE. *Competition Issues in Aftermarkets - Background note by the Secretariat*. Junho de 2017, p. 7. Tradução livre.

42O monopólio poderá vigor por até 25 anos, nos termos da Lei de Propriedade Industrial, tempo esse maior que a vida média do próprio veículo.

43OCDE. *Competition Issues in Aftermarkets - Background note by the Secretariat*. Junho de 2017, p. 8. Tradução livre.

44 Estudo apresentado pela SG na Nota Técnica n.º 15/2016, fl. 138. O voto do então Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo também cita estudo no mesmo sentido elaborado pela União Europeia: “*A análise de uma amostra de preços de 11 peças sobresselentes para 20 modelos de veículos em nove Estados-Membros e na Noruega, dos quais seis prevêem a protecção de desenhos ou modelos e quatro não o fazem, revela que os preços de dez destas peças são significativamente mais altos nos Estados-Membros com protecção de desenhos ou modelos do que nos outros Estados-Membros (...) Estes resultados revelam que os fabricantes*

de veículos, enquanto titulares de direitos, exercem uma pressão considerável sobre o mercado nestes Estados-Membros, em detrimento dos consumidores.” (fl. 3881).

45 Estas falhas de mercado que constituem a “miopia do consumidor”, tais como a assimetria de informações e o sobre-otimismo e a racionalidade limitada dos consumidores, são descritos na Nota Conjunta n.º 08/SENACON-CADE, de 12 de maio de 2014 (“Análise sobre interface entre política de defesa do consumidor e defesa da concorrência”). p. 7/11.

46 Elencando, inclusive, diversas ações judiciais movidas por consumidores lesados, matérias jornalísticas e reclamações em SACs das montadoras, em sites especializados e até em redes sociais – Fls. 107/112, Nota Técnica SG n.º 15/2016.

47 Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/C.

48 Cotação realizada pela SG em 3.11.2015, valor de conversão R\$ 4,1156.

49 Vide § 573 da Nota Técnica 15/2016 da SG, pg. 143.

50 Esta obrigação das montadoras decorre do art. 32 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90): “Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

51 Por exemplo, é comum a catividade no período de garantia do veículo, durante o qual o consumidor apenas pode trocar as peças por produtos originais, sob pena de perda daquela.

52 AREEDA, Phillip. “The Rule of Reason” in *Antitrust Analysis: General Issues*. Washington. D.C: Federal Judicial Center, 1981, p. 8. (tradução livre).

53 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 104.

54 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158.

55 Ressalte-se que esse Col. Tribunal do CADE já impôs obrigação de não-fazer como pena à infração à ordem econômica, com base no art. 38, inciso VII da Lei n.º 12.529/2011, **nos termos do voto condutor do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior no Processo Administrativo n.º 08012.003422/2004-41, julgado na 94ª SOJ, em 09/11/2016.**

56 OCDE. *Competition Issues in Aftermarkets - Background note by the Secretariat*. Junho de 2017.



Documento assinado eletronicamente por **Márcio Barra Lima, Procurador Regional da República**, em 27/07/2017, às 11:23, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade n.º 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0367341** e o código CRC **8621C590**.