

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR

UMA REFLEXÃO À LUZ DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

LAÉRCIO FARINA

Pós-graduado em Direito Processual, Civil e do Trabalho pela USP.
Membro do Ibrac, da AASP e do Iasp. Advogado.

DENIS ALVES GUIMARÃES

Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Pesquisador visitante (*Michigan Grotius Research Scholar*) na University of Michigan. Membro do Conselho Deliberativo do Ibrac, da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP e da rede de especialistas do Instituto Millenium. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Civil

RESUMO: Este artigo traz uma reflexão sobre a interação entre direito da concorrência e defesa do consumidor no que diz respeito a casos que envolvem direitos de propriedade industrial. É sustentado que, nos casos em que o detentor de um direito de propriedade industrial se utiliza deste direito para monopolizar determinado mercado relevante (mercado secundário ou *aftermarket* de peças de reposição), os danos ao consumidor podem ser experimentados de forma imediata, ao contrário do que ocorre usualmente quando os consumidores são prejudicados de forma mediata via diminuição das opções no mercado. Indica-se, ainda, que nestes casos a redução das opções do consumidor não parece poder ser compensada pela obtenção de eficiências que fariam com que estas condutas pudessem ter um efeito líquido positivo (algum tipo de benefício ao consumidor).

PALAVRAS-CHAVE: *Aftermarket* – Peças de reposição – Serviços pós-venda – Custos de troca – *Lock in*.

ABSTRACT: This paper addresses the interface between antitrust and consumer law in cases involving industrial property. It is argued that when an industrial property right holder exercises such right in a way it monopolizes a given relevant market (a spare parts aftermarket), consumers can be harmed directly (and immediately), unlike the usual effect of consumer harm taking place indirectly via decrease in consumer choice. It is also argued that there is no consistent evidence that such direct harm can be outweighed by efficiencies that would make such practices positive in terms of welfare.

KEYWORDS: *Aftermarket* – Spare parts – After-sale services – Switching costs – *Lock in*.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Constituição Federal – 3. Lei 12.529/2011 – 4. Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor – 5. O caso das autopeças – 6. Direitos de propriedade industrial e a possibilidade de seu abuso – 7. Da possível conduta anticoncorrencial e de seus efeitos – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Direito da concorrência e defesa do consumidor,¹ como se sabe, são disciplinas muito próximas, ambas fundamentais para o que se tem chamado de *ordem jurídica do mercado* (USP, 2005). Quer dizer, o arcabouço normativo e institucional criado para a tutela da concorrência e do consumidor é imprescindível para que o mercado possa funcionar de forma saudável, tendo suas falhas (as chamadas *falhas de mercado* – ver, por exemplo: (NUSDEO, 2000, p. 138; e STIGLITZ, 2000, p. 76) mitigadas.

Hoje, após 20 anos de funcionamento efetivo do chamado Cade moderno, encontra-se bastante difundido o conceito de defesa da concorrência (que não se confunde com o conceito de concorrência desleal) que, para Averitt e Lande (OSTI, 2009, p. 377), consiste na manutenção de um mercado com opções abertas para os consumidores. Já o direito do consumidor, para os mesmos autores, tem como missão (dada a existência de opções garantidas pelo direito da concorrência) proteger a possibilidade do consumidor poder escolher entre as opções. Isso significa, principalmente, falar das normas que têm por objetivo garantir a maior fluidez possível das informações necessárias ao exercício da livre escolha.

Imagem interessante para que se compreenda de forma muito clara a relação entre as duas disciplinas é a de que o direito do consumidor tutela os interesses destes de forma imediata, enquanto o direito da concorrência o faz de forma mediata. Trata-se exatamente da mesma ideia elaborada por Averitt e Lande: o direito do consumidor constitui-se de uma série de normas aptas a tutelar seus interesses no curto prazo, quer dizer, sua proteção pode ser invocada de forma imediata pelos consumidores. Por outro lado, pouco serão úteis estas normas se o mercado não oferecer aos consumidores algumas possibilidades de escolha, o que é garantido pelo direito da concorrência. Sem este, não há como garantir que, no médio e longo prazos, os consumidores continuem tendo opções no mercado, daí se falar em proteção mediata dos interesses.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É válido lembrar que as duas disciplinas possuem *status* constitucional. Já no art. 1.º da CF/1988, que trata dos princípios fundamentais, é referida a livre-iniciativa (inc. IV), a outra face da livre concorrência (GRAU, 2000, p. 225). No art. 5.º (que trata dos direitos fundamentais), por sua vez, é estabelecido que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (inc. XXXII).

No art. 170 da CF/1988, concorrência e consumidor são colocados como princípios da ordem econômica nos conhecidos incs. IV e V.

1. Os autores agradecem Julia Raquel Haddad pela assistência na atualização do texto.

Não nos interessa aqui entrar no debate sobre a aplicação de princípios (ver, por exemplo: ÁVILA, 2005, p. 9; e DIMOULIS, 2006, p. 61) – até porque os dois aqui referidos têm sua aplicação garantida pela existência das leis ordinárias que regulam a matéria –, mas tão somente apontar referido *status* constitucional já no início desta exposição, particularmente porque a Constituição Federal de 1988 também conferiu esse *status* à outra disciplina que guarda forte interface com as duas primeiras, qual seja, a propriedade industrial. Nesse sentido, também cumpre apontar dispositivos dos arts. 5.º e 170 da CF/1988. Estabelece o inc. XXIX do art. 5.º que “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”. O inc. III do art. 170 da CF/1988, por sua vez, estabelece a “função social da propriedade” como princípio da ordem econômica.

Ora, mas qual seria a forte interface da propriedade industrial com a defesa da concorrência e do consumidor, a ponto de justificar a relação aqui estabelecida? O que ocorre é que em alguns casos em que se tem identificado a tão falada *interface entre concorrência e propriedade industrial* (1 Conferência SBDC, 2009; ABA Section of Antitrust Law, 2007), independentemente de qualquer conclusão a que possam chegar as autoridades antitruste (ex.: normas de propriedade industrial infringindo ou não normas de defesa da concorrência), observam-se danos imediatos aos interesses dos consumidores.

Para explicar o caráter imediato do dano experimentado pelos consumidores em alguns casos que envolvem concorrência e propriedade industrial (e também para apresentar aos que eventualmente não conheçam a Lei de Defesa da Concorrência àquele que talvez seja seu principal dispositivo), é conveniente voltar ao diploma legal que regula a concorrência, mencionado acima no contexto da afirmação de que existem leis ordinárias a propiciarem a aplicação dos dispositivos constitucionais que prescrevem a necessidade da proteção da concorrência e do consumidor. Trata-se da Lei 12.529/2011.

3. LEI 12.529/2011

Já em seu art. 1.º, a lei prescreve que “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de *liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*”. Seu Parágrafo único prescreve ainda que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Mais uma vez, sem pretender entrar em debate superficial sobre princípios constitucionais, o fato é que não se pode deixar de mencionar que a lei de defesa da concorrência, já em seu art. 1.º, reproduz *todos* os princípios constitucionais

relacionados nesta exposição (a repressão ao abuso do poder econômico, que decorre da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, é positivada no art. 173, § 4.º), e que isso certamente tem que exercer alguma influência sobre a interpretação realizada pela autoridade antitruste (FORGIONI, 2007, p. 19).

Mas o dispositivo a que nos referimos como possivelmente sendo o principal é o art. 36, que estabelece: “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; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

Conforme se depreende de sua redação, não há dúvidas de que qualquer conduta que *tenha por objeto* ou *possa produzir* os efeitos prescritos pelos incs. I a IV, é passível de punição pelo Cade. Quer dizer, não é necessário que os indesejáveis efeitos relacionados nos incisos do art. 36 cheguem a ocorrer para que se possa entender que houve uma infração da ordem econômica (FORGIONI, 2007, p. 65). Todavia, as decisões do Cade não refletem unanimidade no sentido de que basta a possibilidade de que determinada conduta possa dar causa aos referidos efeitos para que ocorra um ilícito antitruste.

Passando agora a uma breve menção aos efeitos previstos nos incs. I a IV, tem-se que o inc. I exerce uma função de “vala comum”, que pode abrigar os mais diversos tipos de efeitos econômicos indesejáveis, e que, exatamente por ser tão abrangente, é objeto de discussão e críticas.

Já o inc. II é de aplicação mais efetiva, pois busca coibir qualquer conduta que possa levar à dominação de um determinado mercado relevante, e por isso guarda maior relação com a conduta aqui analisada. Como será visto logo adiante, nos casos em que o detentor de um direito de propriedade industrial se utiliza deste direito para monopolizar determinado mercado relevante, pode ocorrer a chamada *monopolização imediata de mercado relevante*, como de fato ocorre quando o fabricante do *produto principal* se utiliza de alguma conduta para impedir que outros agentes com ele concorram no *mercado secundário*. A contraposição entre um mercado de produto principal e um mercado secundário se refere aos casos em que estamos diante de dois (ou mais) mercados distintos, mas relacionados. É o caso dos mercados de produtos/equipamentos e seus correspondentes mercados de peças de reposição e serviços de manutenção. As expressões mais comuns que podem representar essa contraposição são: mercado primário vs. mercado secundário, *foremarket* vs. *aftermarket*, mercado principal vs. mercado derivado, mercado *upstream* vs. mercado *downstream*, mercado a montante vs. mercado a jusante.

Nesses casos, o consumidor que adquiriu o produto principal da empresa praticante da conduta ficará sem qualquer opção de escolha no mercado secundário, pois, como visto, na hipótese, o fabricante do produto/equipamento monopolizou

o mercado de peças e manutenção para aquele produto/equipamento. Portanto, pode-se dizer que *nesses casos os danos ao consumidor podem ser experimentados de forma imediata*, ao contrário do que ocorre usualmente, quando os consumidores são prejudicados de forma mediata via diminuição progressiva das opções no mercado.

O inc. III, a despeito de suscitar interessantes discussões de ordem acadêmica, não vem encontrando qualquer receptividade por parte dos aplicadores da Lei Antitruste. A razão é a mesma que já era sustentada por muitos ainda na época de discussão do projeto de lei que viria a se tornar a já revogada Lei 8.884/1994, a de que tal dispositivo seria apenas uma base legal ou braço operacional para combater preços supostamente altos, sem qualquer base econômica para chegar a tal conclusão (FRANCO, 2006, p. 437).

Finalmente, o efeito previsto pelo inc. IV, o *abuso de posição dominante*, costuma ser o maior motivo de preocupação por parte das autoridades de defesa da concorrência, pois nesse caso tratar-se-ia de condutas empreendidas por agentes já detentores de *posição de mercado* ou *posição dominante*, que naturalmente se encontram em posição muito fortalecida, tendo, portanto, maior facilidade para impor prejuízo ao funcionamento dos mercados.

Não é exatamente o caso da hipótese descrita quando tratamos do inc. II acima, em que empresas que atuam em regime de competição no mercado primário (produto/equipamentos) praticam uma conduta no sentido de monopolizar de forma imediata o mercado secundário (peças/serviços de manutenção). Isso porque, para sermos exatos, essas condutas consistem na criação, por meio de algum artifício, de poder de mercado elevado ou total (monopolização), em um mercado secundário que depende de um mercado primário (obviamente – conforme suas autoexplicativas denominações já indicam). No caso do abuso de posição dominante (inc. IV), note-se que essa posição existe em relação a determinado mercado relevante, no qual o abuso se dará a partir de condição (poder de mercado) já detida pelo agente econômico em seu (único) mercado de atuação. Trata-se de situações distintas, portanto.

4. LEI 8.078/1990, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2.º da Lei), e aqui importa lembrar que a principal característica dessa legislação, no que concerne à interação entre concorrência e consumidor, é a já mencionada proteção do direito de informação ao consumidor que, no jargão do direito econômico, é referida como a falha de mercado da assimetria de informação. Como afirmado no início deste texto, sem informação adequada o consumidor não pode usufruir das opções de mercado facultadas pela aplicação efetiva da legislação de defesa da concorrência.

O chamado direito de informação do consumidor está referido em diversos artigos do Código de Defesa do Consumidor: no art. 4.º, IV, como princípio; no art. 6.º, III, como direito básico; também é referido no conjunto das regras sobre publicidade e em vários outros dispositivos.

5. O CASO DAS AUTOPEÇAS

Para que se possa avançar na discussão é necessário partir para o tipo de caso citado ainda quando mencionávamos a Constituição Federal de 1988, para demonstrar o *status* constitucional das disciplinas da concorrência, do consumidor e da propriedade industrial, quais sejam casos em que uma conduta questionável sob o ponto de vista antitruste, e que tenha interface com a propriedade industrial, resulte em efeitos no mercado simultaneamente problemáticos sob a ótica da defesa da concorrência e também do consumidor.

Quando abordamos passagens da Lei de Defesa da Concorrência explicamos de forma sucinta que, nos casos referidos acima, o que ocorre é o que chamamos de monopolização imediata de mercado relevante (no caso, um *aftermarket* ou mercado secundário), pois, ao contrário do que trata o inc. IV do art. 36 da Lei 12.529/2011, nesses casos não ocorre exatamente abuso de posição dominante, já que, anteriormente à prática da conduta, não há agente econômico detentor de poder de mercado que possa, conseqüentemente, abusar de poder. O que há é, a rigor, uma conduta que tem como efeito a monopolização de um mercado relevante secundário (citamos o exemplo das peças de reposição e dos serviços de manutenção em relação ao mercado primário de produto/equipamento), daí se falar em formação de posição dominante ou, nos exatos termos do inc. II do art. 36 da Lei 12.529, de conduta que possa levar o agente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. Afirmou-se ainda que, com isso, pode haver danos imediatos aos interesses dos consumidores, que podem, a partir de uma única conduta, ficar privados de qualquer opção de escolha no mercado relevante que sofreu a restrição.

Os direitos de propriedade industrial são extremamente importantes para que se possa fomentar a evolução tecnológica, mas ocorre que esses mesmos direitos podem ter sua regular utilização distorcida de forma a criar uma posição dominante. Dissemos que a *monopolização imediata de mercado relevante* ocorre quando o fabricante do *produto principal* se utiliza de alguma conduta para impedir que outros agentes com ele concorram no *mercado secundário*. É o que vem ocorrendo, por exemplo, nos setores de fabricação de automóveis e venda de autopeças.

Algumas montadoras que atuam em regime de intensa competição no mercado de fabricação de automóveis obtiveram perante o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial – registros de desenho industrial (DI) de autopeças “externas” dos veículos, tais como lanternas, faróis, para-choques, retrovisores, rodas, calotas, peças da carroceria como para-lamas, capôs, portas etc.

As mesmas montadoras (bem como outras montadoras) sempre atuaram no mercado de autopeças em regime de competição com fabricantes independentes (FIAPs) – alguns desses fabricantes desenvolvem suas atividades no Brasil há mais de 50 anos. Conforme explica José Tavares de Araujo Jr., os fabricantes independentes, neste e em outros mercados, atuam por meio do processo de engenharia reversa, prática difundida em nível mundial, que inclusive tem o reconhecimento de sua legalidade e caráter pró-competitivo nos tribunais dos EUA (ARAUJO JR., 2006, p. 11).

Entendemos desnecessário abordar aqui a óbvia questão de que automóveis e autopeças constituem mercados relevantes distintos: não há qualquer possibilidade de substituição quer pelo lado da oferta quer pelo lado da demanda.

A conduta possivelmente anticoncorrencial que foi praticada por algumas montadoras (destaque-se o ano de 2006 em diante) consiste na utilização de medidas judiciais e extrajudiciais com o objetivo de impedir que os FIAPs fabriquem e comercializem autopeças protegidas pelos DIs concedidos a essas montadoras. Ora, o problema concorrencial reside no fato de que, com essas medidas, algumas montadoras impedem o funcionamento dos fabricantes independentes de autopeças e, com isso, o mercado de peças de reposição é monopolizado pelas respectivas montadoras. Isso porque cada montadora praticante dessa conduta passa a ser a única fabricante de autopeças para os veículos de sua marca. Quer dizer, se o consumidor adquire um veículo “v” de uma montadora “m” e precisar fazer a reposição das chamadas peças externas do veículo “v”, não terá outra opção senão adquirir as peças da montadora “m”, tendo em vista que as peças externas de diferentes veículos não são substituíveis entre si, pois precisam guardar correspondência com o *design* do veículo respectivo (ex.: o para-lama do veículo “v” não pode ser utilizado no veículo “x”). Note-se que o problema não é privilégio brasileiro, tendo casos semelhantes sido observados nos EUA, na UE e na Austrália.

Ora, mas alguém há de perguntar: se o INPI concedeu o registro de desenho industrial, não o fez justamente para conferir monopólio temporário ao autor daqueles *designs*, com o objetivo de recompensar o investimento feito? A pergunta certamente é pertinente, mas veremos que a tese a ela subjacente não resiste à análise da questão. Isso porque, ainda que os registros de DI tenham sido concedidos de acordo com o que prescreve o Código de Propriedade Industrial, tal tese representaria a existência de uma *isenção antitruste* viabilizada por meio de ato administrativo emanado pelo INPI (a concessão do DI), sendo que só uma lei pode eximir setores da economia (como ocorre com alguns setores regulados) ou mesmo agentes econômicos de sua sujeição à Lei Antitruste, que, por si só, não exclui nenhum setor ou agente de sua aplicação. Superada, portanto, qualquer dúvida sobre a competência dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros para tratar da matéria (Brasil, 2010; Salomão Filho, 2001, p. 136 – há quem sustente o contrário: Brasil, 2008), cabe agora tangenciar a questão da propriedade (ou impropriedade)

dos referidos registros de DI e a possibilidade de esses registros estarem sendo utilizados de forma abusiva.

6. DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A POSSIBILIDADE DE SEU ABUSO

É de conhecimento notório que os direitos de propriedade industrial são monopólios temporários conferidos aos agentes econômicos para que estes possam ser adequadamente remunerados por sua criação, mantendo-se, assim, o incentivo à inovação, que inclusive constitui uma das formas de eficiência reconhecidas pela lei de defesa da concorrência. Tem-se, então, que concorrência e propriedade industrial são instrumentos complementares de desenvolvimento econômico, mas, na prática, em vários momentos esses instrumentos podem entrar em conflito (ABA, 2007, p. 1), exatamente como ocorre, é bom lembrar, com consagrados instrumentos de política econômica monetária, fiscal, cambial e comercial (NUSDEO, 2000, p. 180).

A concessão de cada direito de propriedade industrial é disciplinada pelo Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996 – LPI), e tais montadoras foram ao INPI e obtiveram os registros de DI para as referidas autopeças externas. Segundo o art. 95 da LPI, “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

Tendo o texto do art. 95 da LPI em mente, surge a seguinte pergunta: é desenho industrial o *design* do carro como um todo, que precisa ser protegido para que determinada montadora não venha a ter o desenho de seu veículo copiado por outra, podendo manter, assim, uma vantagem competitiva em seu mercado? (mercado principal de fabricação de veículos novos – SILVEIRA, 2009); ou, é desenho industrial o *design* de uma simples peça componente do desenho do veículo, como é o caso de lanternas, faróis, para-choques, retrovisores, rodas, calotas, peças da carroceria como para-lamas, capôs, portas etc.?

A questão é discutível, e nem o INPI chegou a dar uma resposta a ela. O fato de o INPI ter concedido o registro de DI para as montadoras que a ele foram solicitá-lo, como se sabe, não implica que o órgão tenha feito uma análise de mérito a respeito (arts. 106 e 111 da LPI), como efetivamente não fez. O fato é que a concessão dos DIs criou a possibilidade de monopolização do mercado de autopeças pelas montadoras praticantes da conduta aqui descrita, e isto, como visto, constituiu a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para analisar o caso (repita-se: ato administrativo de concessão do DI não pode constituir isenção antitruste).

A questão que se coloca, então, é se tais montadoras poderiam utilizar os registros de DI como base para praticar uma conduta que tem por efeito a monopolização do

mercado de autopeças. Quer dizer, o exercício do direito de propriedade garantido pela concessão dos DIs estaria sendo feito de forma regular ou abusiva? Embora a LPI só trate expressamente do abuso de direito e do abuso de poder econômico relacionado à titularidade de patentes, é sabido que o abuso de direito é doutrina amplamente consagrada na teoria geral do direito (HUCK, 1997), o que faz que a utilização deste instituto seja plenamente cabível quanto aos desenhos industriais.

De acordo com “ampla literatura acadêmica sobre a interface entre antitruste e propriedade intelectual”, os direitos de propriedade industrial estão sempre referidos a mercados relevantes específicos, e não podem ser usados para restringir artificialmente as opções do consumidor (ARAUJO JR., 2006, p. 3). Ainda que assim não fosse, viu-se que a Constituição Federal de 1988 condiciona o exercício dos direitos de propriedade industrial à sua função social. Também o faz a própria LPI, que dispõe que os direitos de propriedade industrial são protegidos com consideração do seu interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Dado que estes direitos são *monopólios temporários conferidos aos agentes econômicos para que estes possam ser adequadamente remunerados por sua criação*, cabe questionar se as montadoras, ao vender os veículos novos (mercado primário), já não deveriam ter fixado seus preços de forma a obter rendimentos suficientes para cobrir seus investimentos em P&D, no caso, o investimento feito para que o *design* do veículo pudesse constituir uma vantagem competitiva no mercado de fabricação de veículos novos.

Não, com isso não se está a sustentar nenhuma ideia arbitrária para controlar preços sem o correspondente fundamento econômico (FRANCO, 2006, p. 437). Mas vimos que nossa ordem constitucional e legal objetiva proteger os *direitos do consumidor*, talvez principalmente por meio do *direito à plena informação*. Não parece ser prática, de acordo com o espírito da lei a venda de um produto primário por um preço “x”, conhecido pelo consumidor, que na verdade será acrescido de um preço “y”, desconhecido pelo consumidor e que não poderá ser por ele evitado: não haverá alternativas no mercado secundário (autopeças), visto que o consumidor estará *preso* ao preço monopolista praticado pela montadora no *aftermarket* em razão da presença de elevados *custos de troca* (v. item seguinte desta exposição).

Fica clara, então, a possibilidade de que a conduta de tais montadoras, amparadas em direito de propriedade, esteja sendo praticada com abuso de direito, excedendo a motivação econômica subjacente ao reconhecimento do direito de propriedade e, ao mesmo tempo, impondo danos imediatos à concorrência (monopolização imediata do mercado relevante de peças de reposição) e aos consumidores que, a partir de uma única conduta, ficam privados de *possibilidade de escolha* (que deve ser garantida pelo *direito da concorrência*) e do *direito à informação* (garantia da legislação de *defesa do consumidor*).

A possibilidade de que o abuso de direitos de propriedade industrial possa constituir uma infração à legislação de defesa da concorrência foi reconhecida pela SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (órgão extinto com a

entrada em vigência da nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011 –, sucedido pela Superintendência-Geral do Cade), em passagem de nota técnica que tratou do tema (BRASIL, 2008). Com efeito, e sem surpresa, pode-se dizer que o próprio INPI, por meio das palavras de seu presidente, de forma inequívoca, manifestou a visão de que o Cade é a instituição detentora de competência para analisar se um direito de propriedade industrial está sendo utilizado de forma abusiva, em infração à Lei Antitruste, pela simples razão de que o INPI não detém expertise para fazer tal análise (Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP, 2008). Porém, o órgão instrutor do SBDC (a então SDE) entendeu de forma diversa no caso concreto, afirmando que a ele não competia se pronunciar sobre a questão diante da existência do registro dos desenhos industriais. Não é demais repetir que tal tese implica o reconhecimento de uma isenção antitruste por meio de ato administrativo (concessão de DI pelo INPI), contrariamente ao que dispõe a Lei de Defesa da Concorrência, que não excetua nenhum setor ou agente econômico de sua sujeição. Somente a lei poderia fazê-lo.

Assim, portanto, temos que a solução para o caso é tanto econômica quanto jurídica. Havendo um direito de propriedade (no caso, dos detentores dos registros de desenhos industriais) que tem sua utilização balizada por fatores sociais e econômicos, e também havendo, de outro lado, a legislação de defesa de concorrência, promulgada para tutelar o bom funcionamento do mercado, também balizada por princípios jurídicos e objetivos econômicos, somente o esgotamento da instrução e o julgamento por órgão especializado, o Cade poderá solucionar o mérito econômico do caso.

7. DA POSSÍVEL CONDUTA ANTICONCORRENCIAL E DE SEUS EFEITOS

Dado que é impossível, nesta exposição, chegar a um tratamento conclusivo da matéria, passa-se agora a abordar os principais problemas subjacentes à conduta possivelmente anticoncorrencial aqui descrita, e que certamente deveriam ser objeto de profunda análise por parte do SBDC.

Tem-se que a atuação dos FIAPs representa garantia de concorrência no *aftermarket*. A monopolização desse mercado por algumas montadoras visa a acabar com a pressão competitiva exercida pelos FIAPs sobre elas. Como apontado por José Tavares de Araújo Jr., com a monopolização do *aftermarket* as montadoras adquirem tanto o poder de controlar os custos de manutenção para o consumidor quanto o poder de controlar a vida útil do veículo: “na ausência de pressões competitivas, os fabricantes de bens duráveis procurarão limitar a vida útil de seus produtos, já que a lucratividade potencial dos novos modelos é inversamente proporcional à idade média dos estoques vendidos em períodos anteriores” (ARAÚJO JR., 2006, p. 2).

Por outro lado, com a pressão competitiva imposta pela atuação dos FIAPs, cada montadora tem poder limitado para planejar a redução da vida útil de seus veí-

culos, uma vez que, se o fizer, correrá o risco de perder participação no mercado primário assim que a queda da durabilidade de seus veículos puder ser percebida pelos consumidores. Certamente isto não ocorre de um momento para outro, mas, a médio prazo, a durabilidade dos veículos constitui um fator de competitividade no mercado primário.

Se, ao contrário, essas montadoras adotam uma conduta no sentido de monopolizar o mercado secundário, poderão reduzir a vida útil de seus veículos sem se preocupar em perder participação no mercado primário, pois, mesmo que os consumidores percebam que estão sendo vítimas de uma prática nociva (ou simplesmente percebam que detêm um produto menos durável), não terão outra opção senão adquirir as peças de reposição originais, que, agora (após a monopolização do mercado secundário), terão preços monopolísticos. Onde, saliente-se, se encontra a compensação da montadora à eventual perda de participação no mercado principal, como será visto adiante.

O frequente argumento (encontrado em casos nacionais e internacionais de tentativa de monopolização de mercados secundários) de que os consumidores podem trocar seus veículos por outros produzidos por outras montadoras que não estão empreendendo condutas no sentido de monopolizar o *aftermarket* (isto é, o argumento de que, sendo o mercado primário competitivo, não há que se preocupar com a competição no mercado secundário) desconsidera os *custos de troca* (*switching costs*) do veículo, como, por exemplo, a desvalorização que este sofre no momento da revenda. Note-se que, ainda que o consumidor esteja disposto a incorrer nesse custo e vender seu veículo para comprar outro de uma montadora que não monopolize o mercado secundário, outro consumidor adquirente do primeiro veículo passará a ser o prejudicado pela monopolização. Note-se que aqui voltamos ao problema da *assimetria de informação* que afeta o *consumidor* em muitos mercados de serviços pós-venda e peças de reposição.

Além disso, o mesmo argumento (havendo competição no mercado primário, não há que se preocupar com o mercado secundário) desconsidera também o fato de que o automóvel é um produto durável, ficando o consumidor “preso” à aquisição das respectivas autopeças. Trata-se do efeito *lock in*, amplamente reconhecido pela literatura antitruste (BORENSTEIN, MACKIE-MASON, NETZ, 1995, p. 455). O ex-Conselheiro do Cade Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu voto no caso *Power-Tech/MATEC*, utilizou o conceito de *lock in* como “fato do usuário ao comprar o equipamento ser obrigado a incorrer nos custos de manutenção do mesmo, qualquer que estes sejam, já que não haverá como substituir o equipamento devido ao seu elevado custo” (BRASIL, 2003, p. 17). Diz-se que “a empresa praticante da conduta restritiva vai auferir lucros monopolistas durante todo o período em que houver viabilidade econômica na manutenção do produto, isto é, enquanto os gastos com manutenção não forem elevados o suficiente para motivar a troca por um novo produto” (GUIMARÃES, 2007, p. 273). No caso do setor automobilístico, com

o *lock in*, as montadoras praticantes da conduta auferirão lucros monopolistas no mercado secundário durante toda a vida útil do veículo.

A título exemplificativo, a questão pode ser ilustrada com situações análogas que podem ser observadas em relação aos mais diversos produtos. Em geral se observa um preço muito atrativo no equipamento principal, e virtualmente escorchantes no *refill* (exclusivamente produzido pela empresa produtora daquele). Célebre é o exemplo da máquina fotográfica Polaroid. Produto baratíssimo, cujo filme (só por ela fabricado) custava muito caro. Empresas de lâminas de barbear também têm se valido de prática similar. Notório, nos dias que correm, o mercado das impressoras para computador. Para certas marcas e modelos, o preço da impressora nova não é suficiente para a aquisição de três cartuchos de tinta de impressão.

No setor de autopeças (bem como em outros em que elevados custos de troca estão presentes) ocorre o *lock in*, que traz efeitos perversos para o consumidor, seja pelo valor do bem e sua importância para a moderna vida em sociedade, seja porque o consumidor muitas vezes não considera a *viabilidade econômica da manutenção do produto*. Isto quer dizer que, não tendo condições financeiras de trocar seu veículo por um mais novo que requeira menos manutenção (ou praticamente nenhuma manutenção, no caso da aquisição de um automóvel zero Km), o consumidor é obrigado a adquirir peças de manutenção para manter seu veículo em condições mínimas de funcionamento. Daí a grande importância da existência de um mercado de autopeças competitivo. Com a monopolização desse mercado secundário, os consumidores ficam sujeitos a preços monopolistas de peças originais por um longo período.

O argumento de que a competição no mercado primário faz desnecessária a competição no mercado secundário é flagrantemente falacioso na medida em que, caso tais montadoras realmente acreditassem na possibilidade de migração dos consumidores para veículos de outras marcas que não monopolizassem o *aftermarket*, não praticariam a conduta de monopolização do mercado secundário se esta pudesse causar uma perda de participação no mercado primário. Ainda que o mercado secundário seja extremamente lucrativo (mais ainda se for monopolizado), tal estratégia não parece crível na medida em que uma atual perda de participação no mercado primário representa redução das vendas futuras no mercado secundário. Quer dizer, as montadoras praticantes da conduta creem que *não* terão sua posição enfraquecida no mercado principal. *A não ser que tenham chegado à conclusão de que essa perda seria compensada pelos lucros monopolísticos no aftermarket.* Quer-se dizer que, *perdendo ou não perdendo participação no mercado principal*, há racionalidade econômica na conduta de monopolização do mercado secundário.

Note-se que os lucros extraordinários no *aftermarket* teriam a função de financiar novos investimentos em P&D para o mercado principal (ARAUJO JR., 2006, p. 2). Importante notar que a conduta possivelmente anticompetitiva no mercado secundário pode gerar receitas monopolísticas aptas a melhorar a posição da mon-

tadora no próprio mercado primário. Por meio de tal conduta, dada empresa pode auferir receitas que a auxiliarão a ganhar participação no mercado principal, tendo em vista as inovações tecnológicas obtidas com o investimento em P&D (financiado pela conduta aqui questionada), participação adicional diretamente relacionada à perda de participação das montadoras que não contaram com esses “recursos adicionais” para investimento em P&D (recursos provenientes da conduta possivelmente ilícita). Não será por outro motivo que o MPSP – Ministério Público do Estado de São Paulo (em ação civil pública referente ao setor de autopeças) – demonstrou que um carro montado a partir de peças de reposição pode custar oito vezes o preço do mesmo carro novo.

Tem-se, assim, que a monopolização do mercado secundário pode gerar outros efeitos nocivos para além da redução do *bem-estar do consumidor* e do *bem-estar agregado* ocasionada pela prática possivelmente anticompetitiva no mercado de autopeças, podendo também, futuramente, provocar distorções competitivas no próprio mercado de veículos, ou *foremarket*. Se, por um lado, pelo menos sob uma ótica conservadora da política de concorrência, não caberia à autoridade antitruste se preocupar com a distribuição de margens de lucro entre agentes econômicos atuantes em um mercado competitivo (fabricação de veículos), por outro não parece razoável aceitar que a omissão da autoridade de defesa da concorrência em relação a uma prática anticompetitiva (mercado de autopeças) possa gerar uma distorção no mercado de fabricação de veículos.

Claro que seria difícil mensurar essa possível distorção competitiva no mercado de fabricação de veículos, assim como também o é aferir os prejuízos ao bem-estar agregado e ao bem-estar do consumidor puro ocasionados pela possível prática anticompetitiva no mercado de autopeças. Mas desta última tarefa a autoridade antitruste não pode se esquivar. Assim entendeu o Plenário do Cade, de forma unânime, ao rever a decisão da então SDE no sentido de encerrar a investigação preliminar. Dessa forma, o caso voltou à SDE para a instauração de processo administrativo, procedimento adequado para o desenvolvimento de investigação aprofundada – agora em curso perante a Superintendência-Geral do Cade, o órgão sucessor da extinta Secretaria –, por meio da qual se possa chegar a uma conclusão sobre as importantes questões antitruste em debate.

8. CONCLUSÃO

Com isso, voltamos ao artigo de Osti (cuja citação de Averitt e Lande reproduziu-se logo no início deste texto para abordar a relação entre direito da concorrência e do consumidor), desta vez para reproduzir a citação de Weber Waller, para quem “o objetivo do direito do consumidor e do direito antitruste é ou deveria ser o bem-estar do consumidor” (OSTI, 2009, p. 377). Todavia, sabe-se que, no direito antitruste, o bem-estar do consumidor é um conceito discutível (BORK, 1993;

GUIMARÃES, 2008, p. 61) e que por isso são grandes os desafios colocados diante da autoridade de concorrência, sejam eles entendidos como desafios de natureza *política* ou *técnica* (tanto quanto é possível dividi-los nessas duas categorias em um debate complexo como este).

Quanto aos desafios *políticos*, coloca-se: qual o objetivo da política de concorrência? Tutelar o bem-estar agregado (ou eficiência alocativa ou crescimento econômico – WILLIAMSON, 1968, p. 18), o bem-estar do consumidor puro (ou eficiência distributiva ou distribuição de riqueza – FISHER E LANDE, 1983, p. 1580), a eficiência inovativa (inovação) ou ainda outro objetivo? Quanto aos *técnicos*, pergunta-se: quantos recursos terão que ser despendidos para se aferir eventuais danos ao bem-estar agregado? Mais difícil ainda é medir os impactos sobre o bem-estar do consumidor puro e, pior ainda, aplicar um modelo de análise apto a avaliar os impactos da conduta sobre a inovação (CARDOSO, 2007, p. 27).

Sem a pretensão de dar a palavra final, que cabe à autoridade após a realização da competente análise econômica, diante de tudo que aqui foi exposto, não nos parece que a conduta praticada possa ter qualquer efeito positivo em termos de bem-estar agregado ou bem-estar do consumidor puro. Resta ao Cade se preparar para a análise da alegação de tais montadoras, qual seja a de que a conduta praticada estaria de acordo com o objetivo de propiciar inovação tecnológica (eficiência inovativa).

9. BIBLIOGRAFIA

I CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO SBDC: balanço e desafios na formulação da política antitruste, 2009. São Paulo. Painel 6: Concorrência e Propriedade Intelectual.

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Intellectual property and antitrust handbook*. Chicago: ABA Publishing, 2007.

ARAUJO JR., José Tavares. *Restrições verticais no mercado brasileiro de autopeças: impactos anticompetitivos*. Dez. 2006. Disponível em: [www.ecostrat.net/files/Autopecas-Nota_tecnica_Jose_Tavares.pdf]. Acesso em: 09.03.2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORENSTEIN, Severin; MACKIE-MASON, Jeffrey K.; NETZ, Janet S. Antitrust policy in aftermarkets. *Antitrust Law Journal*. vol. 63. p. 455-482. 1995.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox – a policy at war with itself*. Washington, D.C.: The Free Press, 1993.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Representante: 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. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, 15 de dezembro de 2010. Voto do Conselheiro-relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

- Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000572751194.pdf]. Acesso em: 22.02.2011.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.000172/1998-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda. Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC). Relator: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Brasília, 26 de março 2003. Voto-vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, p. 17, nota de rodapé n. 20. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000150461010.pdf]. Acesso em: 09.03.2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Coordenação-geral de Assuntos jurídicos. Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda. Brasília, 10 de março 2008. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000345991879.pdf]. Acesso em: 12.03.2010.
- BRASIL. Ministério Público Federal – Ofício perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – Anfape. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, 8 de março 2010. Parecer MPF/CADE n. 23/2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000510781292.pdf]. Acesso em: 12.03.2010.
- CARDOSO, Fernanda G. Análise de eficiências compensatórias: lições dos casos Ambev e Nestlé-Garoto. *Boletim de Informações da FIPE*. n. 324. p. 26-30. São Paulo: FIPE, set. 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- FISHER, Alan A.; LANDE, Robert H. Efficiency considerations in merger enforcement. *California Law Review*. vol. 71. n. 6. p. 1580-1696. dez. 1983.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- FRANCO, Gustavo H. B. *Crônicas da convergência – ensaios sobre temas já não tão polêmicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP, 2008, São Paulo. Palestra proferida pelo Dr. Jorge de Paula Costa Ávila (Presidente do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial).
- GUIMARÃES, Denis Alves. *Condicionamentos jurídicos para a implementação de políticas públicas: relações institucionais, política de concorrência e política regulatória*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

- _____. Monopolização de *aftermarkets*: racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado. *Revista do IBRAC*. vol. 14. p. 271-300, São Paulo: IBRAC, 2007.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- OSTI, Cristoforo. Interpreting Convergence: where antitrust meets consumer law. *European Competition Journal*. vol. 5. n. 2. p. 377-408. ago. 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVEIRA, Newton. Parecer Partes isoladas do desenho industrial de um produto seguem sendo um desenho industrial? mar. 2009.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3. ed. New York/London: Norton, 2000.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2005, São Paulo. Curso de pós-graduação Direito e Economia, ministrado pelos professores Eros Grau, Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo e Paula Forgioni. São Paulo: Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2005.
- WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*. vol. 58. n. 1. p. 18-36. mar. 1968.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito autoral e propriedade industrial como espécies do gênero propriedade intelectual. Suas relações com os demais direitos intelectuais, de Eliane Y. Abrão – RT 739/86 (DTR\1997\231);
- Os direitos de propriedade industrial como instrumentos para a defesa do consumidor, de José Carlos Tinoco Soares – *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 4/981 (DTR\2012\490);
- Painel III – Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial, de Arthur Barrionuevo, Mário Possas, Paula Forgioni, Pietro Ariboni, Fernando Marques, Cleveland Prates Teixeira – RIBRAC 10/183 (DTR\2011\5102); e
- Propriedade industrial – Modelo de utilidade. Prescrição da ação de contrafação e inocorrência de concorrência desleal, de P. R. Tavares Paes – *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 1/1307 (DTR\2012\1853).