



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO



TATIANA COUTINHO FERREIRA

**CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS RELACIONADAS À
PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

São Paulo
2012

TATIANA COUTINHO FERREIRA

CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS RELACIONADAS À
PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial à obtenção do
título de mestrado em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

São Paulo
2012

TATIANA COUTINHO FERREIRA

CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS RELACIONADAS À
PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie como requisito parcial à obtenção do
título de mestrado em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Alessandro Serafin Octaviani Luis-orientador
Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito

Professor Vicente Bagnoli
Professor chefe do Núcleo de Direito Político e Econômico da Universidade
Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito

Professor José Maria Arruda de Andrade
Mestre e Doutor em Direito Econômico e Financeiro
Universidade de São Paulo.

São Paulo
2012

Dedico este trabalho aos meus pais, que me inculcaram o prazer da leitura e do estudo, a todos os professores que acreditam no milagre da educação, e aos futuros estudiosos do Direito Concorrencial e da propriedade intelectual.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Alessandro Octaviani, membro do Conselho do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pelas valiosas observações realizadas.

À Professora Doutora Karin Grau-Kuntz, pelas inestimáveis sugestões e escritos gentilmente cedidos.

Ao Professor Vicente Bagnoli, exemplo de bondade, ética e perseverança.

Ao Mestre Rafael Rocha de Macedo, pelo constante incentivo ao aprimoramento profissional, pelo apoio, assistência e compreensão despendidos ao longo da jornada.

A Renato Santiago, pela disposição, gentileza e preocupação com os alunos da pós-graduação.

Às bibliotecárias da Faculdade de Direito, sempre tão atenciosas, solícitas e obstinadas em oferecer um dos melhores acervos da Capital de São Paulo.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela valorização da ética e da tradição contribuindo há mais de 140 anos para o aprimoramento intelectual e pessoal dos jovens.

Resumo

A presente dissertação buscou analisar as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão ao qual compete a defesa da livre concorrência no Brasil, relacionadas à propriedade industrial e às condutas anticompetitivas. Foram selecionados acórdãos proferidos entre 1994 e 2012, período em que a liberalização do mercado interno permitiu o exercício da livre iniciativa e da concorrência. Para melhor compreensão do tema, realizou-se breve estudo da propriedade industrial como vantagem competitiva em contraposição aos tradicionais entendimentos que a classificam como Direito Real ou Monopólio legalmente assegurados.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Condutas anticompetitivas. Propriedade Industrial.

Abstract

The present work is an attempt to evaluate the decisions rendered by the Administrative Council for Economic Defense, the administrative body responsible for defending free competition in Brazil related to industrial property and anticompetitive conducts. We select a series of judgments delivered between 1994 and 2012, period in which the liberalization of internal market allowed the exercise of free enterprise and competition. In order to provide a better understanding of the issue, we performed a brief study approaching the industrial property as a competitive advantage face to traditional views that see it as a Right in Rem or Monopoly legally assured.

Keywords: Competition Law. Anticompetitive Conduct. Industrial Property

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	9
2. NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	12
2.1 TEORIA DO MONOPÓLIO	12
2.2 TEORIA DO DIREITO REAL	14
2.3. INSTRUMENTALIDADE CONCORRENCIAL.....	16
2.4 CONCORRÊNCIA ESTÁTICA E CONCORRÊNCIA DINÂMICA	20
3. A PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
4. APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS CONCORRENCIAIS À PROPRIEDADE INDUSTRIAL	31
4.1. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O DIREITO ANTITRUSTE: INSTRUMENTOS PARA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA	31
4.2. DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL ...	33
5. CONDUTAS ANTICORRENCIAIS E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....	38
5.1 DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	40
5.1.1 Metodologia da Pesquisa.....	40
5.1.2 Acórdãos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	41
a) Setor Agrícola.....	42
b) Setor Automotivo	49
c) Setor de Informática.....	67
d) Setor Industrial	92
e) Setor de bebidas	109
6. CONCLUSÃO	124
APÊNDICE I.....	128
APÊNDICE II.....	129
APÊNDICE III.....	133
APÊNDICE V	146
APÊNDICE VI	147
BIBLIOGRAFIA	150

1. INTRODUÇÃO

A propriedade intelectual abrange duas classes de criações intelectuais: a do direito autoral e a da propriedade industrial.

Para ser classificada como propriedade intelectual, não basta que a criação provenha do intelecto. É necessário que a ela seja reconhecido o “desejo do público de dar o status de propriedade a essas invenções e expressões”, conforme lição de Robert Sherwood:

O termo “propriedade intelectual” contém tanto o conceito de criatividade privada como o de proteção pública para os resultados daquela criatividade. Em outras palavras, a invenção e a expressão criativa, mais a proteção, são iguais à ‘propriedade intelectual’¹.

Dentre as espécies vinculadas à propriedade intelectual, ou seja, o direito autoral e a propriedade industrial, conforme assinalado acima, esta última é definida por Gama Cerqueira como o “conjunto dos institutos jurídicos que visam garantir os direitos de autor sobre as produções intelectuais do domínio da indústria e assegurar a lealdade da concorrência comercial e industrial.”²

Quanto ao direito autoral, no Brasil, ele é regido pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que tutela as criações artísticas, literárias, musicais, obras plásticas e programas de computador. O *software*, apesar de ser enquadrado como programa de computador, encontra-se regido pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, cujas disposições específicas regem os parâmetros mínimos para licenciamentos e impõem sanções para a realização de cópias não autorizadas.

Já a propriedade industrial está disciplinada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que trata do reconhecimento de registro às marcas e desenhos industriais e concessão de patentes para as invenções e modelos de utilidade.

A propriedade industrial³ se tornou imprescindível elemento do cenário econômico, uma vez que o aprimoramento e a replicação do conhecimento adquiriram papel de destaque na economia contemporânea.

¹SHERWOOD, Robert M. Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico. São Paulo: EDUSP, 1992. p.32.

²CERQUEIRA, João da Gama,.Ibidem. p. 73.

³ Tendo em vista que tanto a propriedade industrial como os *softwares* podem ser utilizados como instrumentos para a prática de condutas anticompetitivas, no termo “propriedade industrial” estará incluído os programas de computadores. Por outro lado, a marca será excluída dessa discussão, a

Até o fim do século XIX, as indústrias tradicionais eram caracterizadas por inúmeras fábricas que utilizavam diferentes processos de produção de manufaturas visando a economia de escala e com baixos níveis de inovação tecnológica.

Superados os limites à produção em série, os agentes econômicos se voltaram ao aprimoramento tecnológico dos produtos destinados ao mercado de consumo.

O apelo midiático e a cultura do consumismo impelem os fabricantes de produtos com tecnologia embarcada a produzirem bens cada vez mais modernos e com novas funções.

As empresas da nova economia possuem alto nível de inovação e investimentos iniciais baixos, pois a principal matéria prima é o conhecimento adquirido, principalmente em universidades de tecnologia.

As plantas industriais que objetivavam a produção em massa de produtos com baixo valor agregado cederam lugar aos laboratórios de pesquisas e desenvolvimentos de novas tecnologias e materiais.

Com a globalização do mercado de consumo, a produção dos bens foi transferida para empresas distantes das sedes onde antes eram desenvolvidos.

A entrada de produtos estrangeiros diminuíram, possibilitando não só o ingresso de novos competidores, mas também a alternância na liderança dos mercados relevantes materiais.

A transferência de valoração dos bens produzidos em massa para os dotados com alto valor agregado e tecnológico é explicado por José de Oliveira Ascenção:

(...) na sociedade da informação, a informação se transforma em novo factor de produção, a acrescer aos classicamente enumerados. (...) diremos que o que parece claro é que a informação se transformou em mercadoria. Ela é apropriada e transaccionada. O domínio das fontes de informação dá poder. E esse poder é possivelmente hoje o mais forte de todos os factores de denominação (...).⁴

As inovações tecnológicas estão presentes em bens de consumo cujo valor para troca por outro produto ou seu custo de manutenção variam de acordo com o tempo de vida útil. O proprietário de um laptop pode optar por adquirir um novo

jurisprudência não aponta sua utilização nas condutas anticoncorrenciais.
⁴ASCENÇÃO. José Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. Revista Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, n.3, mar. 2002. p. 138. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27320/direito_intelectual_exclusivo_liberdade.pdf?sequence=1>. Acesso em 8 de abril de 2012.

produto, ao invés de trocar apenas o hardware que porventura tenha perdido sua função. Já o dono de um automóvel não consideraria a hipótese de trocar de veículo, caso a injeção eletrônica deste apresente defeito.

Esse fato, denominado efeito *lock in*, se dá quando a aquisição do produto novo exige investimentos tão altos que o proprietário é impelido à manutenção corretiva –, permite que os fabricantes do produto primário detenham o controle do mercado à jusante, em razão dos direitos sobre a propriedade industrial dos itens de manutenção.

Além disso, os custos de transação que incorrem sobre o adquirente desestimulam a troca do bem principal ante o defeito do mecanismo, que se mostra essencial ao seu funcionamento.

Nos bens de informática, o custo de transação incide na necessidade de migração de dados para o novo sistema operacional ou aplicativo. Nesse mercado, o efeito *lock in* não se faz presente. Todavia, o padrão de interconexão imposto pelos fabricantes de sistemas operacionais obriga o consumidor a adquirir aplicativos por eles comercializados, sob pena de mau funcionamento dos *hardwares* e *softwares*.

Assim, apesar de a lei assegurar ao titular da propriedade o direito de exclusividade, esta prerrogativa não poderá ser utilizada com o fim precípua de manter a dependência dos consumidores ou impedir que os concorrentes adentrem ao mercado secundário.

Esse tipo de conduta tem sido reiteradamente punido pelas jurisdições americanas e europeias, mas, no Brasil, poucos foram os casos analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Por fim, antes de abordarmos as condutas anticoncorrenciais apreciadas pelo CADE, necessário se faz compreender a propriedade industrial sob o prisma da diferenciação competitiva, razão pela qual foi realizada comparação desta com institutos do Direito de Propriedade e do Monopólio.

Cabe aqui ressaltar que, no decorrer da pesquisa, houve a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por meio da Lei nº 12.529/11, fato que nos motivou a realizar um breve exame da evolução normativa antitruste, no que se refere à prática de condutas anticoncorrenciais relacionadas à propriedade industrial.

2. NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A natureza jurídica da propriedade industrial possui duas correntes: a Teoria do Direito Real e a Teoria do Monopólio.

Para melhor compreensão do presente estudo, será proposta a Teoria da Vantagem Competitiva, que, apesar de possuir adeptos na Europa, ainda é pouco empregada no Brasil.

A Teoria da Vantagem Competitiva se mostra mais adequada para o estudo da Jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, uma vez que considera a não rivalidade da propriedade industrial e o seu caráter dinâmico.

Em observância à ordem de precedência histórica, será abordada a Teoria do Monopólio, seguida da Teoria do Direito Real, e, posteriormente, a Teoria da Vantagem Competitiva.

2.1 TEORIA DO MONOPÓLIO

Tem origem na tradição inglesa de monopólio legal de direito privado, concretizado através do *Statute of Monopolies* de 1624.

A Teoria do Monopólio defende que o Estado assegura ao titular da propriedade industrial o direito de exclusiva utilização do bem registrado.

As inovações decorrentes de evoluções tecnológicas resultantes de investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) são utilizadas exclusivamente pelos titulares do Registro ou da Patente, títulos que asseguram o direito de exclusiva por meio do amparo estatal.

Adeptos dessa corrente, como Leonardo Vizeu Figueiredo, defendem que o monopólio natural não é defeso pela Constituição e encontra respaldo legal no artigo 20, II, § 1º, da lei de proteção da concorrência.⁵

⁵FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal. Rio de Janeiro.Revista Forense nº 405. p.293.

O monopólio seria, ainda, um incentivo para motivar as empresas a investirem nas inovações tecnológicas, já que o retorno financeiro estaria assegurado pela intervenção do Estado.⁶

O monopólio natural, desse modo, teria como função assegurar ao titular não apenas o retorno dos investimentos, mas a aferição de lucro mediante a *conditio non faciendi* imposta pelo Estado.

Denota-se que a intervenção do Estado tem como objetivo impedir que terceiros repliquem a inovação sem autorização do titular, coibindo assim a concorrência desleal por meio do *free riding*.

Por outro lado, o monopólio legal independe do resultado econômico do bem patenteado, tendo em vista que o direito de exclusividade será oposto *erga omnes* tão somente com a outorga do registro ou patente reconhecido pelo INPI.

Denis Borges Barbosa esclarece que o termo “monopólio” advém da exclusividade de uso da tecnologia, mas que não pode ser confundido com o monopólio *strictu sensu* pelo fato de ser apenas a exclusividade legal de uma oportunidade comercial – e não exclusividade de mercado.⁷

Ao contrário do Direito de Propriedade, a Constituição Federal não afirma que o inventor terá o monopólio sobre a propriedade industrial, mas sim que os autores de inventos industriais e criações industriais serão protegidos ao usá-los.

A Carta Republicana privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência, de forma que não há que se falar em monopólio natural ou legal. Não é a oportunidade comercial que é monopolizada, mas tão somente se reconhece o uso exclusivo sobre o bem patenteado.

Qualquer agente que queira concorrer no mesmo mercado terá livre acesso, desde que não copie o produto protegido. A propriedade industrial, de modo algum, confere ao seu titular o monopólio sobre determinado setor econômico ou comercial, visto que tal conduta seria antagônica aos princípios da liberdade de iniciativa, assegurados pelo artigo 170 da Constituição Federal.

Por essas razões, a Teoria do Monopólio não se aplica à propriedade industrial, pois o direito de exclusividade se dá sobre o *corpus* que materializa a ideia, e

⁶VISCUSI, W. Kip; Vernon, John M. HARRINGTON JR. JOSEPH E . *Economics of Regulation and Antitrust*. Second Edition Cambridge, MA: The MIT Press, 1998. p.89.

⁷BARBOSA, Denis. O Conceito de Propriedade Intelectual. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_pi.html>. Acesso em 20 de abril de 2012.

não há qualquer restrição sobre o setor econômico em que o produto é comercializado.

A propriedade industrial pode ser utilizada independentemente da apreensão física do bem que a materializa. A fabricação de um produto com desenho industrial já registrado não impede a simultânea fabricação por terceiro não autorizado.

Da mesma forma, a não rivalidade desmistifica a tese do monopólio, considerando-se que a ideia abstrata pode ser utilizada por infinitas pessoas e em inúmeros lugares, ainda que o Estado tente adotar medidas para coibir a replicação não autorizada.

2.2 TEORIA DO DIREITO REAL

O Direito de Propriedade pode ser definido como “um conjunto de direitos (*bundle of rights*) sobre um recurso, que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra interferência por outros agentes”.⁸

Oliveira Ascensão explica que a adoção dos Direitos Reais à propriedade intelectual tem como origem a Revolução Francesa. Apesar de proclamar a abolição de todos os privilégios contrários ao interesse da burguesia, a propriedade sobre os bens escritos foi mantida em razão de ir ao encontro dos interesses dos revolucionários.

(...) a Revolução Francesa foi em primeira linha orientada pelos homens da pena – portanto, os principais interessados na proteção dos escritos. Rapidamente engendraram uma justificação da proteção que lhes interessava. Esta passava pelo recurso à propriedade.

A propriedade era então divinizada. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 17, proclamava: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado (...)”⁹. Convinha então buscar abrigo para a proteção dos autores na sombra da sagrada propriedade. Já se não tratava dos execráveis privilégios, era uma propriedade que se reivindicava. Mais ainda. O direito reclamado não

⁸ COOTER, R. & Ulen, T. *Law and Economics*. Glenview, Scott, Foresman and Company, 1988.

⁹DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789. ARTICLE XVII - *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em 10 de junho de 2012.

é só de propriedade: é “a mais sagrada de todas as propriedades”. É o sagrado do sagrado, a tender para uma proteção máxima¹⁰.

Não obstante a interpretação analógica entre o Direito Real e os bens intangíveis preceder o ano de 1790, fato é que o Código Civil Brasileiro¹¹ e a Lei de Propriedade Industrial adotaram a tradição francesa.

Apesar de os dois diplomas versarem sobre os direitos dos titulares de bens jurídicos com características unívocas, tanto os artigos 42 e 44 da Lei de Propriedade Industrial como o artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro possuem redações semelhantes:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

(...)

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

(...)

§ 3º O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

(...)

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

A aplicação dos institutos do Direito Real aos bens intangíveis decorre da inexistência de normas específicas que possam ser a eles aplicados. Por essa razão, os direitos reais são utilizados como paradigma dos direitos de propriedade industrial.¹²

¹⁰ASCENSÃO, José Oliveira. A Pretensa "Propriedade" Intelectual. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol. 20. Julho de 2007, p.243 et sequet.

¹¹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

¹² BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade (...), p.200.

Todavia, é necessário atentar para as intrínsecas características dos bens intangíveis, que em muito divergem da propriedade imóvel.

Ao contrário dos bens sensíveis, que podem ser apreendidos e cuja utilização por diversas pessoas não é simultânea, a propriedade intelectual é uma criação abstrata que exige substrato físico para se fazer presente.

A posse do certificado de patente não garante ao seu titular o exercício do direito sobre determinada ideia, mas apenas sobre os bens concretos que a represente de forma palpável.

Por isso, é possível que vários agentes econômicos utilizem simultaneamente a mesma ideia, ainda que inexistindo autorização do titular.

José Roberto d’Affonseca Gusmão se ampara nas lições do jurista alemão J. Kohler ao defender que:

(...) se um terceiro produz um objeto de acordo com uma invenção patenteada, o inventor não tem contra ele uma ação reivindicatória, já que o objeto de seu direito não é o objeto sobre o qual se materializa a invenção, mas uma ação de contrafação, que sanciona se (sic) direito exclusivo de exploração. A natureza imaterial do objeto proíbe, segundo Kohler, que se relacione a ele um direito de propriedade, o que explica a necessidade da criação de uma nova categoria de direitos.¹³

As diferenças acima mencionadas demonstram que a analogia entre a “propriedade” industrial e a propriedade imobiliária resultou mais da necessidade de proteger juridicamente as obras intelectuais do que, necessariamente, da existência de correlação entre as identidades físicas e mercadológicas entre ambos.

2.3. INSTRUMENTALIDADE CONCORRENCIAL

Com o advento da propriedade industrial, “os institutos da patente de criações industriais e do registro de sinais distintivos, vieram pôr à mostra a insuficiência de base científica dos escritores de direito e levá-los a pesquisas, para as quais não estavam preparados filosoficamente”.¹⁴

¹³GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. A Natureza Jurídica do Direito de Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.gipi.com.br/repository/231.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2012.

¹⁴BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual – Porto Alegre: Livraria do

A pouca familiaridade dos juristas para tratar com a propriedade industrial e a premente necessidade de proteção obrigou a adaptá-la aos tradicionais institutos jurídicos do Direito Real e do Monopólio.

A esse respeito, Comparato traz contundente ensinamento:

(...) a aplicação da noção de propriedade aos inventos industriais não é logicamente sustentável.

O direito de propriedade tem por objeto um bem, material ou imaterial, cuja fruição não depende do desenvolvimento de uma atividade pelo proprietário. Trata-se de uma situação estática, redutível a relação de pura pertinência, com ou sem posse direta do bem.

No invento industrial, diferentemente, é preciso distinguir a idéia, do seu suporte material (coisa tangível ou sensível, energia). Aqui, objeto da proteção jurídica não é, apenas, a relação de autoria ou criação da idéia (o chamado "direito moral", nas obras literárias, científicas ou artísticas), mas também e sobretudo a reproduzibilidade do seu suporte concreto pela exploração empresarial. No primeiro caso há, portanto, nitidamente, um *habere*; no segundo, um *facere*. A mera comunicação da idéia inventiva não ofende o direito exclusivo do inventor, desde que se não conteste a relação de paternidade, que não tem conteúdo patrimonial. Tampouco viola essa exclusividade a simples posse de um ou alguns dos objetos fabricados a partir da invenção, desde que não se tente reproduzir indevidamente o invento, ou ajudar outrem a escoar os objetos indevidamente fabricados.¹⁵

Os bens intangíveis são propriedades dinâmicas, visto que o retorno financeiro ocorre mediante a aceitação da ideia inovadora pelo mercado de consumo.

A patente só possui valor econômico se houver diferenciação do produto frente aos concorrentes, produto este que deve necessariamente ser explorado para conferir lucro ao seu titular.

Além disso, os concorrentes são diretamente afetados pela nova tecnologia, visto que a participação destes no mercado tende ao decréscimo na medida em que o produto inovador mantenha ou amplie a sua vantagem competitiva.

Os bens imobiliários, ao contrário, se valorizam por fatores externos à ação do proprietário, tal como ocorre na especulação imobiliária., sendo, por esta razão,

Advogado, 2000, p. 40.

¹⁵COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 283, 1983, p 43.

considerados bens estáticos, de modo que não é imperativo que o proprietário empreenda para obter retorno financeiro.

Ainda, o fato de alguém usar uma criação técnica não impossibilita outra pessoa de também fazê-lo, em toda extensão, e sem prejuízo da fruição da primeira, o que se denomina de bem não rival.”¹⁶

O ato inventivo em si pressupõe o estímulo à concorrência e o aumento do bem-estar social. Neste sentido, o sistema de patentes possui caráter de instrumentalidade concorrencial na medida em que a proteção, aliada ao apelo econômico, fomenta a concorrência entre as empresas¹⁷.

Kuntz defende que:

Quanto maior a qualidade de inovação expressa no bem imaterial, maior será a vantagem concorrencial do seu titular em relação aos outros bens, ou, em outras palavras, maior será a dimensão do prêmio que ele receberá pelo seu esforço inovador. Aqui desponta claro que o prêmio que se pretende garantir pelo esforço inovador e um prêmio de natureza concorrencial e nunca um prêmio de caráter monopolista.¹⁸

A proteção da Propriedade Industrial, em verdade, a permitir ao seu titular usufruir da vantagem competitiva obtida no mercado com livre concorrência e onde se busca satisfazer a constante necessidade do consumidor por novos produtos e serviços.

O ciclo virtuoso derivado da ideia que resulta em novo produto e gera mercado de consumo, com subsequente ganho de capital e entrada de novos competidores que buscarão aprimorar o produto original, deverá ter seu desenvolvimento resguardado das condutas anticoncorrenciais que visam paralisar a inovação destrutiva.

A proteção ao titular da propriedade industrial deverá impossibilitar o *free rider* de com ele concorrer diretamente, posto que a fruição do lucro sem prévio investimento caracteriza enriquecimento ilícito.

¹⁶BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual. Ed. Lumen Juris. RJ. 2010 pag. 68.

¹⁷KUNTZ, Karin Grau. Direito de Patentes – Sobre a interpretação do artigo 5º, XXIX da Constituição Federal. p. 6. Disponível em <http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html>. Acesso em 24 de março de 2012.

¹⁸KUNTZ, Karin Grau. O Desenho Industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. Uma análise crítica à recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE). Revista de Direito Mercantil nº 145. p. 174.

Os agentes econômicos que estão à margem do mercado serão incentivados a desenvolver nova tecnologia para rivalizar com o produto dominante, a fim de capitalizar tanto quanto o produto pioneiro.

Guillermo Cabanellas defende que *esas inversiones non se realizan por un afán de diversión o goce intelectual, sino para lucrar con su producto, y ese lucro no será posible si los competidores pueden apropiarse de los conocimientos de ellas resultantes*.¹⁹

Richard Posner ressalta que a ausência de proteção das invenções impediria o retorno dos gastos realizados, caso outra pessoa pudesse utilizar o mesmo conhecimento oriundo dos investimentos²⁰.

Dentro de tal perspectiva, a Lei Patentária evita acontecimentos dessa natureza, mas, em contrapartida, impõe aos concorrentes os custos de desenvolvimento de novas tecnologias, que mais lucrativas serão quanto maior for o seu período de proteção²¹.

Por esta razão, é imprescindível compreender a importância competitiva da propriedade industrial não sob o ponto de vista estático, mas sob o ponto de vista dinâmico e concorrencial:

(...) a defesa da concorrência é inserida então no debate, uma vez que ao entender a patente meramente como monopólio, então ela seria totalmente contrária à defesa da concorrência. Já se ela gera inovação, por conseguinte, estimula a competitividade. Então patente e defesa da concorrência, teriam sempre os mesmos objetivos.²²

Hovenkamp esclarece que o direito patentário cria direitos exclusivos sobre a tecnologia e não sobre o mercado.

Em muitos casos, o direito patentário não cria monopólio, pois há alternativas ao bem patenteado. Em algumas circunstâncias, uma patente pode criar o monopólio de uma determinada tecnologia, que pode ser utilizada em mais de um mercado.

¹⁹“Esses investimentos não são realizados por diversão ou gozo intelectual, mas para lucrar com o seu resultado, e o lucro não seria possível se os competidores pudessem se apropriar dos conhecimentos deles resultantes.” - Tradução livre. LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas de. Derecho de Las Patentes de Invención. 2ª Ed. Buenos Aires, Heliasta, 2004, v.1. p.56.

²⁰ POSNER, Richard A. LANDES, William M. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. p. 294 et sequet. Cambridge. 2003.

²¹ HOVENKAMP. *Ibidem*. p.269

²² FREITAS PINTO, Kátia do Valle. *Integração entre propriedade intelectual (...)* p.37.

Do exposto, conclui-se que a propriedade industrial possui instrumentalidade concorrencial decorrente de sua não rivalidade e confere uma vantagem competitiva temporária, que permite ao titular usufruí-la frente aos seus concorrentes pelo tempo que perdurar o apelo mercadológico, ou, em último caso, pelo período final previsto na Lei de Propriedade Industrial²³.

2.4 CONCORRÊNCIA ESTÁTICA E CONCORRÊNCIA DINÂMICA

Somente com o surgimento de uma nova modalidade de bens – os imateriais –, de que decorreu a criação de diversos institutos jurídicos, tendo por objeto essa espécie de propriedade, que se retirou, em parte, o caráter estático da tutela dos bens, enquanto tais, conforme lição de Modesto Carvalhosa.

Segundo Schumpeter “o impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista.”²⁴

No entendimento do doutrinador, o que interessa, com efeito à economia moderna, é o aproveitamento dos bens e o exercício das atividades rentáveis, e não mais apenas a sua propriedade.

Em consequência, o Direito passa a disciplinar a titularidade do bem, no que respeita à sua utilização econômica.

Decorrente da industrialização, em termos de produção em massa, o patrimônio passou a ser conectado como um bem instrumental, criador de riquezas

²³BRASIL. Lei nº 9.279 de 1996: Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 17 de junho de 2012.

²⁴SCHUMPETER. Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Editado por George Allene Unwin Ltd. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro. Editora Fundo de Cultura. 1961. p.110. Disponível em <<ftp://ftp.unilins.edu.br/leonides/Aulas/Form%20Socio%20Historica%20do%20Br%202/schumpeter-capitalismo,%20socialismo%20e%20democracia.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2012.

e, como tal, ligado ao sistema global de produção, e não mais apenas de manipulação e conservação individuais.²⁵

A propriedade industrial é comumente analisada, sob o ponto de vista econômico, por meio de sua função estática, ou seja, pelos seus efeitos mercadológicos imediatos, cujos benefícios são assegurados apenas e tão somente em proveito de seu titular.

O efeito estático da propriedade poderá ser exemplificado pelo uso imediato do bem desprovido de impacto econômico futuro. Neste caso, assegura-se apenas o seu direito de propriedade e seu valor atual de mercado, sem considerar o impacto futuro no mercado em que sua (in)utilização causará frente aos demais agentes econômicos.

Todavia, o aumento do dinamismo na formulação e no oferecimento ininterrupto de novos bens de consumo acabará por “forçar a propriedade estática a cede [r] diante da propriedade dinâmica, baseada no trabalho ou na utilização das coisas”²⁶.

Na hipótese da propriedade industrial, é usual que os doutrinadores a considerem como instrumento jurídico que assegura ao titular o retorno do investimento por ele realizado, por meio da vedação *erga omnes* de uso, fabricação e comercialização.

O assente posicionamento nesse sentido parece desconsiderar a volatilidade econômica e a crescente importância do conhecimento, o que impede que se considere a propriedade industrial como investimento tão somente pela propriedade do título patentário ou de registro.

Conforme exposto no capítulo anterior, a propriedade industrial confere vantagem competitiva ao seu titular ao permitir que este se evidencie no mercado de consumo.

A propriedade industrial possui papel dinâmico na Economia, tendo em vista que não é o título patentário que irá assegurar o seu sucesso comercial, mas sim a forma como determinado bem intangível irá impactar futuramente na conduta dos demais agentes e até mesmo na organização de determinado mercado.

No entendimento de Barbara Rosenberg:

²⁵CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Direito Econômico. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p.325.

²⁶BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual – Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000, passim.

Se, por um lado, a exclusividade na exploração dos direitos de propriedade intelectual pode mitigar a concorrência estática e criar ineficiências alocativas que resultam em custos sociais, por outro lado, essa exclusividade tem efeitos positivos, em termos de eficiência dinâmica, na medida em que estimula a concorrência pela inovação.²⁷

E Calixto Salomão salienta que:

(...) no caso do direito industrial, a proteção é uma propriedade dinâmica, e não estática - isto é, trata-se de proteger o direito de utilização, e não a titularidade do bem objeto da produção em si. Isso não deve nos levar, no entanto, a crer que é objetivo da norma a criação de um conjunto de regras excepcionais à concorrência. A lei de concorrência procurou deixar esta característica bem clara ao estabelecer, no art. 15, a sujeição de todos, inclusive os monopólios legais, ao direito concorrencial.²⁸

A importância da análise dinâmica da propriedade industrial foi ressaltada pelo Tribunal de Primeira Instância da União Europeia ao condenar a *Microsoft* por restrição ao uso do código-fonte de seu sistema pelos concorrentes.

(...) Esta decisão destina-se a permitir o desenvolvimento de produtos compatíveis com os da *Microsoft* enquanto os procedentes referidos por esta última têm por objecto situações em que o «produto protegido» devia ser incorporado nos produtos dos concorrentes por razões que estavam além da preocupação de garantir a simples compatibilidade entre dois produtos distintos.²⁹

No caso mencionado, a censura estatal decorreu da intenção, por parte da empresa condenada, de alterar artificialmente o equilíbrio competitivo existente entre os *softwares* por ela comercializados, impondo às empresas concorrentes que gerassem produtos com mesma função daqueles por ela ofertados, quais sejam, navegadores da Web e reprodutores de músicas.

É certo que no Brasil o *software* goza de proteção específica das leis de direito autoral, mas sua utilização como forma de manipulação artificiosa do mercado pode ser analisada sob o ponto de vista concorrencial, conforme demonstra o trecho transcrito.

²⁷ROSENBERG, Bárbara. Desafios Atuais do Direito da Concorrência. Organizadores: Pedro Zanotta e Paulo Brancher. Colaboradores: Barbara Rosenberg e outros. São Paulo: Singular, 2008.

²⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003. p.133.

²⁹UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Acórdão de 17 de Setembro de 2007. Processo T- 201/04. Microsoft Corp. e outros x European Committee for Interoperable Systems (ECIS) e outros. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=PT&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=549759>>. Acesso em 9 de abril de 2012.

Ao contrário do que se possa pensar, não se está afirmando que o titular da propriedade industrial é obrigado a licenciá-la indistintamente, pois é de se compreender que:

(...) o titular de um modelo industrial protegido [pode] impedir terceiros de fabricar, bem como de vender ou importar, sem o seu conhecimento, os produtos integrantes de seu modelo industrial, constitui a própria essência do seu direito exclusivo³⁰.

O que se defende é a impossibilidade de que o titular proceda à recusa no licenciamento da patente ou que proponha demandas inibitórias com o intuito de proceder à reserva de mercado e consolidação de posição dominante.

Isto porque “o funcionamento do mercado tutelado por uma eficaz regulação e uma legislação de defesa da concorrência impõe um limite à possibilidade de os agentes adquirirem poder econômico, por meio de comportamentos e práticas restritivas com lugar de sua eficiência.”³¹

A imposição de dificuldades na interconexão entre produtos principais e acessórios – sistemas operacionais e aplicativos – ou a negativa de compartilhamento de informações com vistas a assegurar o monopólio no mercado secundário são estratégias empresariais que devem ser reprimidas pelos órgãos da concorrência.

A maximização do lucro dos agentes econômicos deve ocorrer pelos meios legais, tais como redução dos custos de transação e adoção de padrões de governança que permitam otimizar seus recursos tangíveis e intangíveis.

A manutenção do *market share* ou do poder de mercado através da predação de concorrentes pela imposição de custos desnecessários são artificios anticoncorrenciais, puníveis tanto pela Lei nº 8.884/94 quanto pela Lei nº 12.529/11, mas que, até o momento, não foram objeto de efetiva aplicação pelo CADE.

³⁰UNIÃO EUROPEIA. Tribunal De Justiça Europeu. Acórdão de 5 de outubro de 1988. Processo nº 238/87. AB Volvo x Erik Veng (UK) Ltd. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1987:227:FULL:PT:PDF>>. Acesso em 17 de abril de 2012.

³¹BAGNOLI, Vicente. Direito e Poder Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.77.

3. A PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As Constituições Brasileiras atribuíram ao Direito de Propriedade o mesmo destaque conferido ao Direito à Segurança Individual, Direito à Liberdade e Direito à Vida, posto que se encontram inseridos no mesmo artigo que o contém.

Ainda que defendamos que não é a propriedade da patente que deva ser protegida mas sua vantagem competitiva, discorreremos sobre a “propriedade” industrial sob o primeiro viés pois foi sob esta forma que os legisladores constitucionais a tutelaram.

A análise sistemática das Constituições permite afirmar que não houve diferenciação do Direito de Propriedade entre bens tangíveis e intangíveis.

O direito de exclusiva conferido ao inventor foi inserto historicamente no rol onde estavam dispostos os deveres do Estado de garantir o acesso aos Direitos Fundamentais de Primeira e Segunda Geração.

A primeira Constituição Brasileira, datada do ano de 1824, dispunha:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.³²

Semelhante redação possui o art. 72 da Constituição de 1891³³, a qual incluiu como destinatários da norma os cidadãos estrangeiros residentes no país.

A Constituição de 1934³⁴, promulgada por Getúlio Vargas, inovou ao prever que o interesse da coletividade permitiria a “vulgarização” do invento com a regular

³²BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

³³BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de Fevereiro de 1891). Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

indenização ao seu titular. Todavia, esta disposição foi suprimida na Constituição Federal de 1937³⁵, outorgada pelo mesmo Presidente e reinserta na Constituição de 1946³⁶.

Com o advento da Ditadura Militar, implementada por meio do Golpe de Estado no ano de 1964, foi outorgada a Constituição Federal de 1967, a qual, no que se refere à propriedade industrial, dispunha:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.³⁷

Por fim, a Constituição vigente, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 5 de outubro de 1988³⁸, considerou que o privilégio temporário dos inventos industriais deverá ser conciliado ao interesse social e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do País:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

³⁴BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 16 de Julho de 1934). Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

³⁵BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937). Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...)XXI - os privilégios de invento, assim como a proteção dos modelos, marcas e outras designações de mercadorias; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

³⁶BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946). Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

³⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

³⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

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

Apesar de temporária, a utilização privilegiada não poderá se dar de forma potestativa.

Os limites aos direitos de propriedade industrial e demais bens de capital, tais como a propriedade imobiliária e a mão de obra, estão estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Dentre os princípios que elenca, destaca-se o respeito à propriedade privada e a função social da propriedade.

No caso dos bens intangíveis, não há que se falar em função social da propriedade, já que os princípios que regem a propriedade imobiliária não se aplicam à propriedade industrial.

Para os bens imóveis, a função social se manifesta como meio para combater a especulação imobiliária e os grandes latifúndios improdutivos, dentre outras formas de acumulação que não se traduzem em benefício social v.g. produção de alimentos e geração de empregos.

No caso da propriedade industrial, não é possível aplicar analogicamente o instituto às patentes, registros e direitos autorais, tendo em vista que o seu detentor não obterá lucro através da especulação ou pela acumulação de títulos patentários.

O que viabilizará o sucesso econômico do investidor é a receptividade do produto no mercado de consumo, ou seja, tanto maior será o lucro quanto for a vantagem competitiva frente aos concorrentes.

Desta forma, os limites e princípios elencados no dispositivo em apreço deverão ser interpretados como vedações à utilização abusiva da propriedade industrial, cujo principal objeto de proteção é a livre concorrência e a vantagem competitiva.

Apesar de a propriedade industrial ser constitucionalmente reconhecida como Direito e Garantia Fundamental, tal qual o direito sobre bens imóveis, sua utilização não poderá ser abusiva porque a proteção estatal não se reflete em autorização para o cometimento de abusos.

O legislador ordinário considerou como primordial para o desenvolvimento nacional “a proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, incumbindo ao Estado a repressão ao abuso do poder econômico, particularmente quando este tiver por objetivo a eliminação da concorrência”³⁹.

Isabel Vaz defende que com essa proteção “(...) pretende-se atingir um modelo eficiente de concorrência, compatível com as *impurezas* e as *imperfeições* do mercado, mediante a utilização, se necessário, das regras jurídicas e das instituições para aquele fim criadas”⁴⁰.

E acrescenta:

(...) a apuração e a repressão às diferentes formas de ilícitos econômicos, tal como contempladas na nova Constituição, adquirem a natureza de instrumentos de defesa de um valor jurídico, situado em plano hierarquicamente superior: a livre concorrência.⁴¹

Nesse sentido, podemos destacar, ainda, a lição de José Tavares:

As políticas antitrustes têm como alvo *todo e qualquer* tipo de *estratégia empresarial* que tenha como efeito ou – ou possa vir a ter – a redução da eficiência econômica e, portanto, potencialmente, a diminuição do nível de bem estar social, por meio de mecanismos que reduzam, *de alguma forma não baseada na maior eficiência relativa da firma em relação aos seus rivais*, o grau de concorrência no(s) mercado(s) em que atua(m).⁴²

A busca pelo equilíbrio e a punição ao abuso do poder econômico já constavam no ordenamento jurídico pátrio desde a edição da Lei nº 4.137/1962.

A abertura econômica realizada no início da década de 1990, somada aos novos ditames Constitucionais de proteção dos direitos do consumidor, liberdade de iniciativa, livre concorrência e função social da propriedade, tornou a norma obsoleta fazendo-se, pois, necessário à edição de novo estatuto.

Para satisfazer tais exigências, sobreveio a Lei nº 8.884/1994⁴³ - Lei da Concorrência, com a função de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

³⁹BARROSO, Luis APUD Denis Borges Barbosa in Tratado da Propriedade Intelectual. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010, p.257.

⁴⁰VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1993. p.101.

⁴¹VAZ, Isabel. Idem p.10

⁴²FAGUNDES, Jorge. Fundamentos Econômicos das políticas de defesa da concorrência – eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. p.13.

⁴³BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a

A Lei da Concorrência conferiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica o *status* de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, o que lhe assegurou independência administrativa desde sua criação, em 1962.

O Plenário do CADE, formado por sete conselheiros, sendo um na condição de presidente, era o órgão interno competente para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, aplicar as penalidades previstas em lei e decidir sobre os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico, entre outras atribuições previstas no artigo 7º da Lei nº 8.884/1994.

Para obter auxílio no exercício de sua função jurisdicional, o CADE passou a ser subsidiado pelos juízos técnicos fornecidos pela Secretaria de Direito Econômico - SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE.

A Secretaria de Direito Econômico tinha por função atuar, em face de indícios de infração da ordem econômica, nas averiguações preliminares para instauração de medidas disciplinares e subseqüente processo administrativo para apuração e repressão de infrações à ordem econômica, dentre outras.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico era o órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, com competência para emitir pareceres sobre as matérias de sua especialização, nos termos do artigo 38 da Lei da Concorrência.

Junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica também funcionava a Procuradoria do CADE – ProCADE, a quem competia a prestação de assessoria jurídica à autarquia e emissão de pareceres nos processos sob instrução.

O Ministério Público Federal também alocava representante para officiar nos processos sujeitos à sua apreciação, em cumprimento ao artigo 12 da Lei nº 8.884/94.

Além da atribuição de competências e funções, a Lei nº 8.884/94 trouxe o rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais passíveis de punições pelo Plenário, as quais serão futuramente analisadas.

Não obstante a organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Lei nº 8.884/94 foi importante instrumento para a consecução do Direito da Concorrência, que, para Rafael Rocha de Macedo, se mostra como:

ordem econômica e dá outras providências. Art. 1º Esta lei 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. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

(...) instrumento típico de limitação jurídica do poder econômico na medida em que atua como um conjunto de regras mínimas, que pretende garantir o funcionamento de uma economia de livre mercado, caracterizada, sobretudo pela igualdade de oportunidades aos agentes de mercado.

De fato, o poder econômico constitui importante aspecto na política de defesa da concorrência, que parte do princípio que a existência de agentes, com grande poder de mercado, quando implicante em máximo monopólio, elimina participantes da cadeia produtiva, o que poderá certamente comprometer a possibilidade de escolha dos consumidores e a eficiência sob suas variadas formas. O mesmo raciocínio pode ser utilizado na possibilidade de monopolistas criarem barreiras à entrada dos concorrentes ou na fixação de preços abusivos⁴⁴.

Com isso, a lei “procura maximizar o bem-estar do consumidor, encorajando as firmas a agirem competitivamente, o que indiretamente favorece a inovação.”⁴⁵

Dois anos após a publicação da Lei da Concorrência, foi editada a Lei nº 9.279/96 – Lei de Propriedade Industrial. Na exposição dos motivos que justificam sua criação, está expresso que sua finalidade será o estímulo da concorrência e a concessão da ampla proteção, consubstanciada na utilização exclusiva sobre o invento e limitação aos direitos do inventor, ao estabelecer o licenciamento compulsório nos casos em que o titular praticar abuso de poder econômico, explorar o objeto da patente ou comercializá-lo em níveis insuficientes para satisfazer a demanda do mercado.

Finalmente, concluindo a exposição da evolução normativa do Direito Antitruste, é importante mencionar a edição da Lei nº 12.529/2011⁴⁶ - Nova Lei da Concorrência - que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e revogou a Lei nº 8.884/94.

A Nova Lei da Concorrência, que vigora desde 29 de maio de 2012, dispõe que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência será composto pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico.

⁴⁴MACEDO, Rafael Rocha de. Direito da concorrência: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

⁴⁵FREITAS PINTO, Kátia do Valle. Integração entre propriedade intelectual e Defesa da Concorrência: O Licenciamento de Patentes no Brasil. Tese de Doutorado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. p.13.

⁴⁶BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 22 de maio de 2012.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico terá função político-educativa, na medida em que opina sobre projetos de atos normativos, proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional, elabora estudos para o CADE, Câmara de Comércio Exterior e Departamento de Defesa do Consumidor, visando fomentar a cultura do direito da concorrência, de acordo com o art. 19 e seguintes.

O CADE é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica assumiu as competências atribuídas ao Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e se tornou o órgão julgante responsável pelas decisões e punições das condutas anticoncorrenciais, nos termos do art. 9º da Nova Lei.

A Superintendência-Geral herdou as incumbências da SDE e da SEAE, na medida em que atuará nas investigações de condutas anticoncorrenciais e auxiliará na instrução dos atos de concentração apresentados ao SBDC.

O Departamento de Assuntos Econômicos elaborará estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral.

O Ministério Público Federal e a Procuradora do CADE continuarão a emitir pareceres perante o CADE.

A Nova Lei da Concorrência tem como novidade a autonomia conferida à Superintendência Geral para instaurar e instruir processos administrativos destinados à averiguação de infrações à ordem econômica, que antes eram monitoradas apenas pelo CADE.

No campo da conduta, cabe destaque para o art. 36, §3º, inc. XIX que expressamente reconhece como ilícito concorrencial o exercício e exploração abusivo dos direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Esse dispositivo inova ao reconhecer que o uso abusivo do direito de proteção de bem intangível ensejará em investigação e ulterior punição do SBDC.

Desde maio de 2012, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência teve seu *enforcement* reunido no mesmo espaço físico, o que possibilitará a economia de recursos financeiros e aumento de produtividade.

4. APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS CONCORRENCIAIS À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

4.1 PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O DIREITO ANTITRUSTE: INSTRUMENTOS PARA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Apesar da contemporaneidade da Lei de Propriedade Industrial e da Lei de Concorrência, são poucos os Acórdãos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que abordam o tema das condutas anticoncorrenciais praticadas por meio da propriedade industrial.

Esse fato não decorre da hipotética oponibilidade entre o Direito Antitruste e a propriedade industrial, posto que a própria Lei nº 9.276/96 prevê em seu artigo 68 que o abuso de poder econômico, uma das condutas anticompetitivas tipificadas pela Lei nº 12.529/11, constitui motivo para o licenciamento compulsório da patente.

Olavo Chinaglia, membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no período de 2008 a 2012, defendeu nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.001315/2007-21⁴⁷ que:

(...) as principais variáveis concorrenciais (preço, qualidade e quantidade) podem ser diretamente influenciadas pelo exercício dos direitos de propriedade intelectual, especialmente no contexto de estratégias de diferenciação, real ou percebida, de produtos ou serviços.

Os instrumentos de proteção aos direitos de propriedade intelectual consubstanciam-se, ainda, em ferramentas de combate a condutas oportunistas (*free riding*), que podem ter o condão de desequilibrar artificialmente o equilíbrio concorrencial.

Sob essa perspectiva, não existe antagonismo formal entre os privilégios concebidos aos detentores de direitos de propriedade intelectual e a tutela da ordem econômica. O direito da concorrência e a propriedade intelectual fornecem, reciprocamente, parâmetros e princípios interpretativos, que moldam e limitam as respectivas aplicações.

⁴⁷BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.00 1315/2007-21. Representantes: Gradiente Eletrônica S.A. e Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A. Representadas: Loninklijke Philips Eletronics, N.V. e Philips do Brasil Ltda. Conselheiro Relator. Olavo Zago Chinaglia. Brasília, 13 de maio de 2009.

E Godoy Mesquita vem nos atentar para o fato de que a harmonização entre a propriedade intelectual e a concorrência é possível e poderá ocorrer:

i) voluntariamente, por iniciativa dos próprios agentes do mercado; ii) de maneira coordenada entre os agentes do mercado e o Estado; iii) imperativamente pelo Estado; ou iv) de maneira contenciosa (ou via jurisdição voluntária), recorrendo-se à instância administrativa ou judicial para assegurar o cumprimento das regras pertinentes.⁴⁸

A evolução normativa de repressão às condutas anticoncorrenciais realizadas por intermédio da propriedade intelectual busca acompanhar o progresso tecnológico e a ostensiva utilização do bem intangível como forma de diferenciação concorrencial.

Tal afirmação pode ser confirmada por meio da análise histórica das leis nacionais que tinham como objeto impedir os agentes econômicos de manipularem artificialmente as variáveis concorrenciais.

A primeira lei a tratar do abuso concorrencial foi publicada em 10 de setembro de 1962 e teve como finalidade regular a repressão ao abuso do poder econômico⁴⁹.

As sanções eram de natureza penal e visavam reprimir as condutas tidas como ilícitas e anticompetitivas, entendidas como as que resultassem em dominação de mercado e eliminação parcial ou total de concorrentes.

Previu-se aí a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, originariamente composto de quatro conselheiros e um presidente demissíveis *ad nutum*.

Esta lei estipulava que os acordos entre empresas só teriam validade se aprovados pelo CADE, o que, de certa forma, significava a organizações de Cartel sob os auspícios de entidade Estatal⁵⁰.

⁴⁸MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy. A Ordem Econômica e a Propriedade Intelectual. Revista do Instituto Brasileiro de Estudo da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC. Vol. 12, n. 3. Março 2005. p.139.

⁴⁹BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de set. de 1962. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em 17 de maio de 2012.

⁵⁰BRASIL. Lei nº 4.137/62. Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as emprêsas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito: a) equilibrar a produção com o consumo; b) regular o mercado; c) padronizar a produção; d) estabilizar os preços; e) especializar a produção ou distribuição; f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas. § 1º Os atos de categoria referidos neste

A abertura econômica realizada no período pós-democratização exigiu que as autoridades competentes se voltassem à estruturação do mercado interno, visto que o grande volume de capitais estrangeiros poderia causar concentrações e monopólios.

Por esta razão, editou-se a Lei nº 8.884/94, que pormenorizava os critérios para aferição de condutas anticompetitivas, sendo nela incorporados conceitos como mercado relevante, regra da razão, entre outros.

A adoção da regra da razão, em detrimento da regra *per se*, permite que se adote “um juízo da razoabilidade da prática é resultado de elaborado estudo de mercado. Avalia-se eventual efeito pró-competitivo da restrição, antes de se decidir pela sua ilegalidade.”⁵¹

O sistema concorrencial brasileiro privilegia a racionalidade econômica, de modo que a simples intenção do agente em prejudicar a livre concorrência por meio do uso abusivo dos direitos de propriedade industrial constitui ato antijurídico, punível administrativamente com base na Lei nº 12.529/11, podendo até mesmo chegar ao licenciamento compulsório nos termos do artigo 36.

4.2 DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Para a verificação de condutas tendentes à restrição da livre concorrência é necessário delimitar o local geográfico em que o produto é utilizado, a especificidade do bem sob análise, e se há eventuais produtos substituíveis para o adquirente.

artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias; § 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção. § 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo êste prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sôbre êle se pronuncie.

⁵¹ FONSECA, Antonio. Concorrência e Propriedade Intelectual. Revista do Ibrac. São Paulo: IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 1998. V.5. N. 7. p.19.

A definição do mercado relevante, material e geográfico é fundamental para que se proceda à análise de efeitos competitivos de condutas adotadas por empresas em condição de impor seus interesses ao mercado.⁵²

O Guia de Procedimentos para a Definição e Análise Antitruste de Mercados Relevantes de Medicamentos⁵³, resultado do estudo encomendado pela SDE ao Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, define mercado relevante como:

(...) o conjunto de bens substitutos entre si para o consumidor, envolvendo uma dimensão de produto e espacial. (...) a definição do mercado relevante deve considerar o grau de substituição entre produtos em uma mesma área geográfica, em que suas vendas são viáveis economicamente.

(...)

Outro método sugerido para identificar o mercado relevante é o teste do monopolista hipotético. Esse teste consiste em avaliar, para um conjunto de produtos vendidos em uma área específica, a variação na demanda, dado um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preço de um suposto monopolista desses bens nesta área. Ocorrendo uma migração dos consumidores para um produto substituto e/ou produto proveniente de outra região, considera-se esse outro produto e/ou área como integrante do mercado relevante.

A Resolução nº 20/99 do CADE caracteriza-o da seguinte forma:

O mercado relevante constitui o espaço - em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante.

(...)

Por sua vez, em sua dimensão geográfica, um mercado relevante compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos e serviços.

⁵²BAGNOLI, Vicente. Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA. São Paulo: Singular, 2005. p.135.

⁵³BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Guia de Procedimentos para a Definição e Análise Antitruste de Mercados Relevantes de Medicamentos Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sde/servicos/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8BD4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}](http://portal.mj.gov.br/sde/servicos/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8BD4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>)>. Acesso em 27 de maio de 2012.

A Portaria Conjunta da SEAE e da SDE nº 50⁵⁴, de 1º de agosto de 2001, institui o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

A norma administrativa esclarece que a reação dos consumidores frente ao teste do monopolista hipotético permite prever o aumento da demanda para um produto substituto ou para produto idêntico, oriundo de outra área, como resposta a um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preço.

Para examinar a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda a produtos substitutos de uma mesma região e para produtos idênticos, porém de uma área distinta, a SEAE e a SDE consideram os seguintes fatores:

- características físicas dos produtos;
- características dos processos produtivos;
- propriedades comerciais dos produtos;
- evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas;
- tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos substitutos;
- tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos idênticos provenientes de outras áreas; e
- evidências de que os consumidores desviarão sua demanda ou levarão em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudanças nos preços relativos ou em outras variáveis de competição (comportamento passado dos consumidores).

Além do mercado relevante geográfico, importa também especificar os bens - mercado relevante material - que podem ser alternativamente adquiridos pelo consumidor.

A mencionada Resolução nº 20/99 do CADE destaca:

A possibilidade de substituição constitui a variável chave na identificação do mercado relevante, uma vez que a livre concorrência depende da possibilidade do exercício de escolha por parte dos consumidores. Assim, um mercado relevante, em sua dimensão produto, compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização.

⁵⁴BRASIL.Portaria SDE/SEAE nº 50/2001. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8B4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>. Acesso em 27 de maio de 2012.

Cesar Mattos, ex-membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica também salienta:

É a partir desse mercado relevante construído que irá se definir o *market-share* de cada um dos agentes e, por conseguinte, os presumíveis efeitos anticoncorrenciais de uma concentração ou as possibilidades de abuso por parte de determinada empresa. (...) no caso de condutas abusivas, quanto maior o número de empresas incluídas no mercado relevante da empresa acusada, menor o seu *market-share* e, por conseguinte, menor, na média, a capacidade presumida da mesma de empreender comportamentos anticompetitivos⁵⁵.

Nos casos que envolvam bens tangíveis, o apontamento dos substituíveis ocorre de forma intuitiva porque a variada oferta de produtos no mercado e o grande número de concorrentes permitem que o consumidor tenha maiores opções.

No que se refere à propriedade industrial, a indicação de bens substituíveis demanda análise acurada, já que, em regra, os custos de transação e o efeito *switching costs* representam obstáculos à livre escolha do consumidor.

O direito de exclusiva *erga omnes* conferido à propriedade industrial deverá ser sopesado conforme o tipo de inovação⁵⁶ que se pretende proteger.

A manutenção do equilíbrio concorrencial tem como objetivo precípua assegurar ao consumidor o direito de escolha.

A restrição a esse direito, sob o argumento de proteção de investimentos do inventor, deverá considerar se há ofertantes de bens substituíveis para permitir que o mercado/consumidor não seja impedido de optar por bens alternativos ao original.

Por tais razões, a delimitação do mercado relevante ultrapassa os mercados geográficos e materiais, devendo ser observado se a inovação tecnológica rompeu paradigmas e criou novo mercado, que permita novos entrantes, ou se resume a

⁵⁵MATTOS, Cesar. Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 5. 1998, p.7.

⁵⁶A tipologia proposta por W. J. Abernathy e K. B. Clark classifica as inovações de acordo com os efeitos de ruptura ou de conservação sobre as capacitações já existentes, ou efeitos de ruptura ou de conservação sobre os vínculos com mercados/usuários. O resultado é a definição de quatro tipos de inovação: T1 - inovação revolucionária, rompe com as capacitações mas preserva os vínculos com mercados/usuários (ex: avião de transporte civil a jato); T2 - inovação arquitetural, rompe com as capacitações e os vínculos com mercados/usuários (ex: iPod, Computador); T3 - inovação de criação de nicho, preserva as capacitações, mas rompe os vínculos com mercados/usuários, criando novos (ex: Walkman); T4 - inovação regular, preserva as capacitações e os vínculos com mercados/usuários (ex: novos modelos de aviões de passageiros). Fonte: Pondé, João Luiz. Curso de Microeconomia para Advogados. Ibrac. São Paulo, 22 de outubro de 2012.

aprisionar o consumidor e obrigá-lo a adquirir o produto patenteado em virtude da inexistência de concorrentes.

5. CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS E A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Antes de adentrarmos na análise das infrações à ordem econômica relacionadas à propriedade industrial, faz-se necessária uma breve menção aos dispositivos legais sancionadores e ao procedimento investigativo do SBDC.

As infrações concorrenciais, ao contrário do direito penal, não possuem tipificação estrita.

A Lei nº 12.529/11 trata das infrações, no artigo 36, e de suas punições nos artigos 37 ao 45..

O agente econômico que tenha a intenção de prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviço ou assumir, de forma abusiva, posição dominante poderá ser punido, mesmo tendo agido sem culpa, por expressa disposição de lei.

Não é requisito, portanto, que o ato tenha alcançado os resultados mencionados. A mera intenção ou o risco de produção do resultado ensejará na infração da ordem econômica, nos termos do artigo 36 da Nova Lei do CADE.

O artigo 36, §3º da lei lista dezenove condutas sancionáveis em rol exemplificativo, embora outras poderão ser objeto de sanção na hipótese de enquadramento ao *caput* do mesmo artigo.

No caso de condutas anticoncorrenciais envolvendo propriedade industrial, é relevante mencionar as hipóteses de impedir o acesso de concorrente aos equipamentos ou tecnologia e o açambarcamento ou impedimento de exploração de direitos de propriedade industrial, intelectual ou de tecnologia.

Apesar de ser ampla a margem de interpretação da norma pelo CADE, equivocou-se quem sugere a ausência de parâmetros e limites para a atuação da autoridade da concorrência.

Isto porque no Brasil utiliza-se majoritariamente a regra da razão, que impõe ao órgão julgante a análise da racionalidade do agente, mas há de se destacar a adoção da regra *per se*, cuja sanção decorre da prática do ato tipificado, principalmente em casos de conduta uniforme concertada.

Desta forma, o órgão julgante deverá ponderar se o ato praticado possui resultado mediato favorável ao agente e, também, se acarretará benefícios ao consumidor.

Assim, a estratégia empresarial que venha resultar em minoração da concorrência mas cujos benefícios decorrentes possam ser distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro, poderá ser tolerada pelo SBDC, em razão do efeito líquido positivo.

No caso da propriedade industrial, a posição dominante do agente econômico, somada ao direito de exclusividade conferido pela patente, recomenda que os órgãos adotem cautelosa postura quando das apurações da conduta potencialmente ilícita.

Os procedimentos investigatórios estão à cargo da Superintendência Geral, competência atribuída à SDE pela Lei nº 8.884/94, que impõe ao órgão a responsabilidade para a apuração das denúncias recebidas e averiguação *ex officio*.

Vislumbrando a ocorrência de infrações à ordem econômica, instaurava-se a averiguação preliminar, que poderia culminar em processo administrativo a ser encaminhado ao Plenário do CADE.

Em qualquer fase do processo administrativo, o Superintendente Geral ou Conselheiro-Relator poderá adotar medida preventiva nos casos em que houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, causasse ou pudesse causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, que tornasse ineficaz o resultado final do processo, conforme dispunha o artigo 84 da lei 12.529/11.

Inexistindo motivos para a continuação das investigações, a SDE poderia sugerir o arquivamento da averiguação preliminar ou processo administrativo, recorrendo de ofício ao CADE, entidade à qual caberia acolher o parecer ou optar pela continuidade das apurações.

Na Nova Lei de Concorrência, o Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação, nos termos do art. 67, §1º.

Finda esta contextualização material e processual, passemos à análise da jurisprudência⁵⁷.

⁵⁷ Os casos a seguir analisados estão de acordo com o setor econômico objeto da conduta investigada.

5.1 DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

5.1.1 Metodologia da Pesquisa

Para obtenção dos acórdãos, foram utilizadas as ferramentas de buscas disponibilizadas nos sites do CADE e do buscador Google.

Os termos escolhidos foram replicados com ambas as ferramentas, de modo a comparar e sistematizar seus resultados.

A princípio, utilizou-se a busca de jurisprudência do site do CADE com as seguintes chaves de buscas: “‘processo administrativo’ e ‘propriedade industrial’”, “‘processo administrativo’ e ‘9279’”, “‘processo administrativo’ e ‘desenho industrial’”, “‘processo administrativo’ e ‘patente’”, “‘averiguação preliminar’ e ‘propriedade intelectual’”, “‘9.279’” e “‘9279’”. À exceção desta última chave, que originou dois resultados repetidos, as demais pesquisas foram infrutíferas, conforme demonstra o Apêndice I.

Posteriormente, dada a ineficácia do sistema, optou-se pela utilização subsidiária do Google, por meio de sua pesquisa avançada, que permitiu a limitação dos resultados ao site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O termo de busca utilizado foi “site: www.cade.gov.br”, acrescido das palavras utilizadas na busca de jurisprudência do CADE.

A pesquisa retornou 1.434 apontamentos genéricos, que incluíam notícias relacionadas aos termos procurados, trechos de votos e pareceres, palestras proferidas pelos representantes do SBDC e Atos de Concentração.

Excluindo-se esses documentos, foram obtidos 82 processos administrativos e averiguações preliminares (Apêndice II), dos quais resultaram 36 acórdãos (Apêndice III).

A diferença entre a quantidade dos procedimentos investigatórios e os acórdãos decorre da exclusão de 46 processos repetidos, ou que foram julgados em conjunto por conexão.

Dentre esses documentos, apenas 10 se referiam às condutas anticoncorrenciais relacionadas à propriedade industrial (Apêndice IV). Os 26 acórdãos restantes tinham por objeto a apuração de denúncias de abusos de Direito

Autoral sobre mídias televisivas e entretenimentos, tabelamento de preços, formação de cartéis, recusas de contratação e aumento abusivo de preços, todos relacionados a medicamentos e insumos industriais.

Os casos a seguir analisados primam essencialmente pela utilização do direito de exclusiva como instrumentos de barreiras à entrada ou exclusão de concorrentes do mercado, impedimento do desenvolvimento de novos produtos e imposição de custos aos rivais.

5.1.2 Acórdãos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Constituirão objeto de análise aqui tão somente dez decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em sede de análise dos recursos de ofício, quando do pedido de arquivamento das averiguações preliminares e processos administrativos, a cargo da Secretaria de Direito Econômico.

Dentre essas decisões, seis dizem respeito a averiguações preliminares e quatro a processos administrativos.

Processualmente, a decisão do Plenário CADE é antecedida pelo parecer do Conselheiro Relator, que levou sua decisão para julgamento após considerar os pareceres da Secretaria de Direito Econômico, da ProCADE e da Ministério Público Federal.

Apesar da intenção de obter o inteiro teor dos processos, houve casos em que o site do CADE não disponibilizou todos os pareceres, em particular os da Secretaria de Direito Econômico.

A busca realizada no site da SDE⁵⁸ foi infrutífera, motivo pelo qual as razões de decidir foram obtidas por meio dos relatórios processuais contidos nos pareceres dos outros órgãos.

O estudo das condutas anticoncorrenciais será realizado de acordo com o setor econômico de atuação das empresas.

Essa organização se mostrou mais apropriada, na medida em que a

⁵⁸Disponível em <

estratégia empresarial varia conforme a posição ocupada pelo produto na cadeia produtiva ou no mercado de consumo.

a) Setor Agrícola

Processo Administrativo nº 08012.008659/1998-09

Partes: Nortox e Monsanto do Brasil Ltda.

Relator: Luis Fernando Rigato Vasconcellos

Ementa: Recurso de ofício em Processo Administrativo. Suposta prática de venda casada entre sementes de soja geneticamente modificadas e herbicidas à base de glifosato, bem como de conduta tendente a impedir o acesso de concorrentes às mencionadas sementes. Tipos previstos no art. 21, IV, V, VI, XIII e XXIII da Lei 8.884/94. Infração não configurada. Voto pelo arquivamento.

O parecer da Secretaria de Direito Econômico não foi disponibilizado no site do CADE.

Os dados e observações a seguir foram extraídos dos dois pareceres da ProCADE, do Ministério Público Federal, e do Conselheiro Relator.

Antes de adentrarmos o estudo do caso mencionado, cumpre advertir que o julgamento do Processo Administrativo ocorreu nove anos após o início do processo, o que demandaria a elaboração de pareceres atualizados para verificar possível alterações de *market share* das empresas.

Consta dos pareceres que, à época da denúncia, a Monsanto havia desenvolvido a soja transgênica resistente aos herbicidas à base de glifosato, cuja comercialização ocorreu primeiramente na Argentina.

A Representante e a Representada eram fabricantes do glifosato técnico e do glifosato formulado, sendo este último o herbicida utilizado na cultura de soja.

Em 1998, a empresa Nortox protocolizou na Secretaria de Direito Econômico a denúncia contra a Monsanto do Brasil Ltda.

A Representante imputou à Monsanto a prática de duas condutas anticoncorrenciais: a venda casada⁵⁹ da semente de soja transgênica *Roundup Ready* em conjunto com o herbicida de glifosato formulado *Roundup* e recusa de

⁵⁹A alegada prática de venda casada não será apreciada, visto que não diz respeito ao escopo do presente estudo.

fornecimento de sementes *Roundup Ready* para testes com o glifosato formulado fabricado pela Representada.

O mercado relevante foi definido pela SDE como semente de soja geneticamente modificada e herbicida glifosato.

A SEAE considerou impossível delimitar o mercado relevante porque a Monsanto não comercializava as sementes no Brasil, apesar de seus folhetos de propaganda procurarem vincular as sementes de soja ao nome de seu herbicida.

O poder de mercado da Representada, segundo a SDE, decorria do fato de ser ela "(...) a detentora da tecnologia da soja geneticamente modificada, seja pelo fato de se produzir o glifosato técnico, que é matéria prima para a produção comercial do glifosato formulado."

A Representante não apresentou documentos que comprovassem a solicitação do produto ou a recusa, o que poderia confirmar a alegação de fechamento de mercado pelo não fornecimento de sementes *Roundup Ready*.

O primeiro parecer da ProCADE⁶⁰ entendeu que não houve conduta anticoncorrencial porque a Representada

(...) poderia adquirir amostras da semente desejada para a realização de testes perante o MAPA na Argentina, onde o cultivo dessa espécie de soja já era largamente disseminado, o que era de conhecimento da Representante, pois alegou este fato em sua denúncia.

Não obstante o reconhecimento de que a soja transgênica é uma inovação tecnológica, a recusa no fornecimento das sementes para testes com o glifosato seria exercício regular de direito, haja vista que sua comercialização no Brasil ocorreu após 2005, sugerindo o arquivamento do Processo Administrativo.

O segundo parecer da ProCADE sustenta que a ausência da imediata comercialização da *Roundup Ready* não significaria incorrência de prejuízos, uma vez que o potencial efeito deletério justificava a investigação, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Além disso, o documento defendeu a inquestionável posição dominante da Representada, que, somada às peculiaridades do segmento, exigia a instauração de Processo Administrativo para averiguar eventuais ineficiências alocativas ou perda do bem-estar social.

⁶⁰Parecer ProCADE nº 578/2006, p.1056. Procuradora Federal Simone Maria Araujo Leite Ferreira. Brasília, 7 de dezembro de 2006.

Destacou que, nos pareceres emitidos pelo órgão nos Atos de Concentração em que a Monsanto licenciava sementes ou comercializava glifosato, foram sugeridas as retiradas das cláusulas de exclusividade de comercialização desses produtos com terceiros, sugestões que foram aceitas pelo Plenário do CADE.

A despeito de a soja transgênica e o glifosato formulado serem fabricados pela Representada, o que lhe confere poder de monopólio, em razão dos direitos sobre a soja RR e sob o *Roundup Ready*, a ProCADE votou pelo arquivamento, em razão da ausência de provas que demonstrassem o abuso de posição dominante.

Por fim, o Conselheiro-Relator acrescentou que a Monsanto obteve a aprovação da CTNBio⁶¹ para comercialização da soja transgênica em setembro de 1998, mas que, em razão de decisão judicial, só poderia oferecê-la ao mercado após o ano de 2005.

Segundo o relatório, a utilização do herbicida à base de glifosato dependia de trâmites burocráticos envolvendo o Ministério da Agricultura e Pecuária, órgãos federais nos setores da saúde e meio ambiente, além de testes de tolerância realizados pela EMBRAPA ou outra empresa possuidora do Certificado de Qualidade e Biossegurança.

E concluiu que “a eventual obrigação de disponibilizar essa tecnologia de imediato para os concorrentes no mercado de herbicidas poderia acarretar a situação estapafúrdia de os concorrentes lançarem seus novos herbicidas antes da Representada, utilizando-se da tecnologia da própria Representada”.

O Acórdão do Plenário foi no sentido de reconhecer a recusa de fornecimentos das sementes de soja transgênica como decisão que se insere na esfera privada da Representada, uma vez que não haviam sido lançadas no mercado.

Comentário:

⁶¹A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) é uma instância colegiada multidisciplinar de caráter consultivo e deliberativo, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, constituída para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança (PNB) de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados, com base na avaliação de seu risco zoofitossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente. Disponível em <<http://www.agricultura.gov.br/portal/page/portal/Internet-MAPA/pagina-inicial/vegetal/organismos-geneticamente-modificados/ctnbio>>. Acesso em 3 de novembro de 2012

Apesar da análise acurada, os pareceres do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apresentam visíveis inconsistências.

A primeira se refere à delimitação do mercado relevante pela Secretaria de Direito Econômico.

Nos autos da conduta analisada, a SDE considerou que as sojas transgênicas e o glifosato formulado são produtos específicos, que diferem das sojas tradicionais pela resistência ao herbicida.

Todavia, conforme apontado pelo Conselheiro Relator, esse entendimento da SDE é diametralmente oposto ao apresentado no Ato de Concentração nº 08012.003711/2000-17⁶², cujas requerentes foram a Coodetec – Cooperativa Central Agropecuária de Desenvolvimento Tecnológico e Econômico e Monsanto do Brasil Ltda.

Conforme o relatório, a SDE se pronunciou nos seguintes termos:

Não obstante a MONSANTO ocupe posição de monopolista no mercado de sementes de soja transgênica resistentes ao glifosato, deve-se atentar para o fato de que as linhagens e cultivares de soja transgênica objeto do acordo não encerram um mercado relevante isolado, diverso do mercado das sementes orgânicas (não modificadas geneticamente). Com efeito, percebe-se que as sementes transgênicas são substituíveis pelas sementes orgânicas.

Esta definição de mercado relevante, vista pelo Conselheiro-Relator como subsídio para o arquivamento do Processo Administrativo, diverge do relatório anteriormente exposto, que reconhecia a semente transgênica como produto inovador e diferenciado, em razão da tecnologia de resistência ao glifosato formulado.

Com ressalvas às eventuais divergências na análise do mérito, a delimitação do mercado relevante decorre da adoção de critérios objetivos e sistematizados que permitam determinar com precisão o *locus* do produto no mercado.

Podemos citar como exemplo o procedimento utilizado pela União Europeia para a definição do mercado relevante envolvendo herbicidas. Ou, mais

⁶²Ato de Concentração nº 08012.003711/2000-17. Requerentes: Coodetec – Cooperativa Central Agropecuária de Desenvolvimento Tecnológico e Econômico e Monsanto do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Ementa: Ato de concentração. Subsunção do ato ao §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94, em função do faturamento e participação de mercado das Requerentes e ao *caput* do art. 54 em função da existência de cláusulas potencialmente lesivas à concorrência. Apresentação tempestiva. Possibilidade de fechamento do mercado. Exclusão imediata das cláusulas de exclusividade. Aprovação com restrições.

concretamente, a proposta de concentração por meio da qual as empresas Novartis AG e AstraZeneca PLC repartiriam e concentrariam as suas atividades no domínio da proteção das culturas para formar uma nova empresa, a Syngenta AG⁶³.

O exame do mercado relevante envolveu a empregabilidade das classes de herbicidas convencionais e herbicidas não seletivos, mercados dos herbicidas convencionais e herbicidas foliares, destinação do herbicida aos combates de gramíneas e folhas largas, períodos de aplicação do produto e, por fim, a substitutibilidade entre eles.

As divergências dos pareceres expedidos no Ato de Concentração e no Processo Administrativo chamam atenção na medida em que a ProCADE cita o entendimento da SDE no sentido de que “apenas acessando a inovadora semente de soja transgênica é que os referidos testes podem ser realizados (...)”.

Se o mercado relevante das sojas convencionais e transgênicas fosse o mesmo, os testes seriam realizados com qualquer semente, e não apenas com a *Roundup Ready*.

A Secretaria de Direito Econômico incorreu em um segundo equívoco ao defender que a Representante não possuiria o dever de comercializar o produto patenteado, e, por conseguinte, não seria obrigada a fornecer amostras da semente transgênica, tendo em vista que “a empresa que desenvolve um produto inovador tem liberdade para decidir quando vai lançar o seu produto no mercado, ou mesmo decidir não lançar o produto, sem precisar dar justificativas para tal.”

Esse entendimento contraria o artigo 34 da Lei de Cultivares⁶⁴ e o artigo 68 da Lei de Propriedade Intelectual, que preveem o licenciamento compulsório da patente que não for explorada no Brasil após três anos de sua concessão.

A conduta se agrava com o fato de que a recusa não foi motivada por estratégias mercadológicas, mas, aparentemente, para erigir apenas uma barreira à entrada e evitar que seus concorrentes ofertassem o glifosato formulado concomitantemente ao lançamento do *Roundup*, o que caracterizaria abuso de posição dominante, nos termos do artigo 20 da Lei de Concorrência.

⁶³UNIÃO EUROPEIA. Decisão da Comissão de 26 de Julho de 2000 que declara uma concentração compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE (processo COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis). Jornal Oficial da União Europeia de 16 de abril de 2004. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:110:0001:0072:PT:PDF>>. Acesso em 3 de novembro de 2012.

⁶⁴BRASIL. Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm>. Acesso em 2 de novembro de 2011.

A ruptura tecnológica dos organismos geneticamente modificados criou novo mercado relevante material, que não apresenta produtos substituíveis, dada a especificidade de seus elementos.

Utilizar-se do direito de exclusividade do *foremarket* para manter a sua vantagem competitiva no mercado secundário vai de encontro à finalidade da propriedade industrial, qual seja, o fomento da concorrência com indireto incremento do bem-estar do consumidor.

Ademais, o Conselheiro-Relator e os demais órgãos do SBDC aparentam certa confusão entre o dever de acesso às amostras das sementes e a recusa de comercialização do produto.

Essa afirmação decorre do trecho extraído do segundo parecer da ProCADE, onde consta relato da Embrapa⁶⁵ destacando que a comercialização da semente à terceiros não foi impedida pelo acordo de licenciamento firmado com a Monsanto.

Equivocaram-se também ao acolherem os argumentos da Representada, no sentido de não se ver obrigada a disponibilizar a tecnologia de produção de soja transgênica ou a formulação do *Roundup*.

Da leitura do processo administrativo não se extrai indícios que embasem tais alegações.

A Representante não pleiteou o acesso às informações secretas. Desejava, tão somente, ter acesso às sementes para obter, por meio de pesquisas e investimentos próprios, o melhor desempenho do seu herbicida.

A despeito da ausência de provas quanto à expressa recusa pela Representada, o SBDC não oficiou os demais fabricantes de glifosato formulado para perquirir sobre o desenvolvimento do herbicida e o acesso à *Roundup Ready*.

A decisão do Plenário em reconhecer como juridicamente aceitável a recusa da Representada em fornecer sementes de testes é aplicável aos bens substituíveis e de caráter estático, mas não é aceitável à propriedade industrial, ante sua dinamicidade e o negativo impacto gerado no mercado dos glifosatos formulados.

⁶⁵A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, foi criada em 26 de abril de 1973. Sua missão é viabilizar soluções de pesquisa, desenvolvimento e inovação para a sustentabilidade da agricultura, em benefício da sociedade brasileira. Fonte: <http://www.embrapa.br/a_embrapa/missao_e_atuacao/>. Acesso em 3 de novembro de 2011

Os prejuízos incidiriam sobre os concorrentes, impedidos de ingressar no mercado secundário, e sobre os consumidores, pela impossibilidade de exercerem o direito de escolha.

No ínterim entre a discussão da Lei de Biossegurança e a efetiva disponibilização da semente, a Monsanto teria a oportunidade de fidelizar seus consumidores, ao adquirirem o *Roundup*.

Uma vez autorizada comercialização da soja transgênica no território nacional, os demais fabricantes seriam prejudicados pelo *gap* temporal entre o acesso às sementes e a adequação aos seus herbicidas.

Não foi possível ter acesso ao aumento dos dados relativos à participação da Monsanto no *market share* do glifosato formulado, indicado para sementes de sojas transgênicas, já que esta é uma informação confidencial⁶⁶ e não está disponível nas versões públicas dos Atos de Concentração apresentados ao SBDC.

Todavia, é possível deduzir que quando a Monsanto disponibilizasse o material para testes, sua posição competitiva estaria consolidada, em razão da reiterada propaganda, somada ao ingresso tardio dos concorrentes no mercado.

Dessa forma, o processo foi arquivado por ausência de comprovação das condutas previstas no art. 21, IV, V, VI, XIII e XXIII da Lei da Concorrência, atual art. 36, §1º, inciso III, IV, V, XI e XVIII da lei em vigor.

⁶⁶Portaria nº 456, de 15 de março de 2010. Artigo 26 - A Secretaria de Direito Econômico, de ofício ou mediante requerimento do interessado, conferirá tratamento confidencial de autos, documentos, objetos e informações que forem relacionados a: (...) VI - faturamento do interessado; (...) VIII - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras.

b) Setor Automotivo

Processos Administrativos n. 08012.005818/2004-23; 08012.010848/2005-32; 08012.10847/2005-98; 08012.010850/2005-10; 08012.010851/2005-56; 08012.010852/2005-09; 08012.010849/2005-87; 08012.010853/2005-45

Partes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Renault do Brasil S.A.; Fiat Automóveis; Mercedes Benz do Brasil; Honda Automóveis do Brasil Ltda.; Peugeot Citroën do Brasil Automóveis S.A.; Toyota do Brasil Ltda.; General Motors do Brasil Ltda.; Volkswagen do Brasil

Relator: Fernando de Magalhães Furlan

Ementa: Averiguação Preliminar - Alegação de conduta anticompetitiva nos mercados nacionais de manutenção de veículos e fornecimento de equipamentos de diagnósticos - Inexistência de indícios de infração à ordem econômica - Decisão pelo arquivamento.

O site do CADE disponibilizou o inteiro teor dos pareceres da SDE, da ProCADE e do Ministério Público Federal, bem como o Relatório e Voto do Conselheiro-Relator.

A Promotoria de Justiça de Estrela do Sul, do Ministério Público Federal de Minas Gerais – MPF/MG, encaminhou à Secretaria de Direito Econômico denúncias contra as montadoras Renault do Brasil S.A., Fiat Automóveis S.A., Mercedes Benz do Brasil, Honda Automóveis do Brasil Ltda., Peugeot Citroën do Brasil Automóveis S.A., Toyota do Brasil Ltda., General Motors do Brasil Ltda. e Volkswagen do Brasil.

A ProCADE opinou pela análise conjunta das averiguações preliminares, em razão da identidade de objeto e idêntico teor das representações, o que possibilitou a elaboração de pareceres dos órgãos opinativos e, posteriormente, o julgamento conjunto pelo Plenário, em razão da conexão processual.

Por isso, o estudo se restringirá à denúncia contra a Renault do Brasil S.A. - Renault, e suas conclusões poderão ser estendidas às demais montadoras.

Consta do parecer da SDE que a denúncia encaminhada pelo MPF/MG solicitava a apuração da possível prática abusiva das montadoras, que estariam restringindo o acesso das oficinas não autorizadas (independentes) aos *softwares* de manutenção dos veículos.

Oficiada, a empresa respondeu que a Lei nº 6.729/79⁶⁷ proíbe a relação entre a montadora com qualquer outra empresa que não seja de sua rede de distribuição e assistência técnica autorizada (concessionárias).

Alegou que o fornecimento de *softwares* às autorizadas independentes poderia trazer prejuízos aos consumidores, uma vez que essas oficinas não são treinadas ou habilitadas para realizarem intervenções em veículos com tecnologia diferenciada e avançada em motores.

Ainda, que a Lei nº 9.610/98 não permite a divulgação dos *softwares* por quem não os fabricou e, por conseguinte, não estaria autorizada a alienar esses programas para terceiros.

No decorrer da instrução processual, a SDE oficiou as empresas Bosch, Alfatest e Launch Test para verificar a existência de possíveis *softwares* e equipamentos substitutos.

A Bosch apresentou uma lista de artigos que produz e comercializa, destinados ao acompanhamento eletrônico de defeitos em automóveis, scanners com ou sem *softwares* de diagnóstico.

Os produtos para acompanhamento eletrônico de defeitos são compatíveis com 90% da frota brasileira de automóveis, incluindo os veículos da Renault.

A Bosch acredita que os produtos utilizados pelas concessionárias/ montadoras desempenham as mesmas funcionalidades, de modo que o produto da Bosch pode ser considerado substituto aos utilizados pelas concessionárias/montadoras.

Os principais concorrentes da Bosch no mercado de produtos para acompanhamento eletrônico de defeitos são a Tecnomotor Eletrônica do Brasil S.A., a Alfatest e a Napro Eletrônica Industrial Ltda.

A empresa oferece cursos voltados para a utilização desses equipamentos e *softwares*, bem como cursos sobre tecnologia veicular, de modo a assegurar que mecânicos de oficinas independentes tenham condições de utilizar devidamente os produtos para acompanhamento eletrônico dos defeitos apresentados pelos automóveis que comercializa.

⁶⁷BRASIL. Lei N° 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6729.htm>. Acesso em 4 de novembro de 2012.

A Napro esclareceu que é fabricante de equipamentos para diagnóstico de eletrônica veicular embarcada, fabricando diversos tipos de scanners para diferentes marcas de automóveis.

E que desconhece os produtos utilizados pelas concessionárias/montadoras, não podendo, por isto, fazer uma equiparação ou comparação técnica entre esses produtos e os de sua fabricação.

Seus principais concorrentes são as empresas Tecnomotor e Alfatest.

A empresa oferece ao comprador de seus equipamentos um “vale-curso” que dá direito a um módulo do curso de injeção eletrônica.

A Alfatest, por sua vez, esclareceu que é fabricante do Scanner Kaptor.com, um scanner multimarcas”, habilitado com parte dos recursos existentes naqueles utilizados exclusivamente por cada concessionária.

Seus principais concorrentes são as empresas Tecnomotor, Bosch, Napro, Raven, Delphi e Plana.

A empresa oferece um treinamento operacional para os clientes que compram o scanner Kaptor.com.

A Tecnomotor, última empresa oficiada, explicou que a empresa fabrica analisadores de motor e scanners, destinados ao acompanhamento eletrônico de defeitos em automóveis.

Os analisadores de motor podem ser utilizados para qualquer marca, já os scanners atendem aos veículos das seguintes marcas: Alfa Romeo, Audi, BMW, Chrysler, Citroën, Daewoo, Dodge, Fiat, Ford, GM, Honda, Hyundai, Jeep, Kia, Mazda, Mitsubishi, Nissan, Peugeot, Renault, Suzuki, Toyota, Troller Volvo e Volkswagen.

Os serviços, manuais e *softwares* fornecidos pela empresa são baseados nas informações geradas pelas fábricas de veículos. Entretanto, não são todas as montadoras que disponibilizam esse material fora de sua rede autorizada, o que dificulta o desenvolvimento do produto.

Seus principais concorrentes são as empresas Alfatest, Bosch, Napro, Raven e Plana TC.

Existem vários instrutores credenciados pela Tecnomotor que ministram cursos por todo o Brasil.

A análise da SDE procurou verificar se os fatos trazidos poderiam causar quaisquer dos efeitos previstos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, atual artigo 36 da lei.

Os procedimentos adotados pela Secretaria de Direito Econômico para definição do mercado relevante destacam as configurações dos mercados de venda de automóveis, venda de equipamentos de diagnósticos e prestação de serviços de manutenção de veículos, que, embora distintas, são inter-relacionadas.

O mercado primário constitui a concorrência entre as montadoras, que competem pela preferência do consumidor interessado em adquirir o veículo (mercado primário).

Após a venda do automóvel e o término de sua garantia, estariam presentes dois mercados relevantes: o mercado de manutenção de veículos e o mercado de equipamentos de diagnósticos.

O mercado de manutenção de veículos teria como concorrentes as concessionárias e as oficinas independentes, destinadas à manutenção e consertos dos automóveis.

O mercado de equipamentos de diagnósticos incluiria os fabricantes desses equipamentos, como Bosh, Alfatest, Napro, Raven e as próprias montadoras que fabricam os equipamentos utilizados pelas redes de concessionárias.

O mercado relevante geográfico do setor de equipamentos é nacional, e o de prestação de serviços de manutenção de veículos é regional.

Nos testes de substitutibilidade, a SDE considerou que há empresas que fabricam *softwares* compatíveis com os carros produzidos e podem substituir quase todas as funções dos equipamentos das concessionárias.

Destacou que não são todos os serviços de reparos em veículos que dependem desses *softwares* e que “um bom mecânico é capaz de obter os mesmos resultados realizando outros tipos de procedimentos”.

Os *softwares* de diagnósticos da Renault são protegidos por direito autoral, e os equipamentos físicos que lhe dão suporte são protegidos por patentes.

As empresas que desenvolvem os equipamentos de diagnósticos trabalham junto às montadoras no desenvolvimento dos componentes eletrônicos para seus automóveis e por isso praticamente não há incompatibilidade tecnológica entre os *softwares* das redes independentes e os das concessionárias.

A mão de obra é treinada pelos fabricantes independentes, e o SENAI oferece cursos de mecânica vinculados à alta tecnologia.

A maior dificuldade, segundo a SDE, seria o acesso às informações técnicas sobre os automóveis.

Nos casos em que as montadoras não disponibilizam as informações necessárias, os fabricantes dos equipamentos de manutenção buscam as informações no exterior, já que em muitos casos são empresas estrangeiras que detêm os direitos de propriedade dos *softwares*.

Essa alternativa é assegurada pelo Regulamento da Comissão Europeia nº 2400/2002, o qual estipula que o acesso à informação técnica deve ser franqueado a qualquer operador independente, o que inclui reparadores independentes, fabricantes de equipamentos ou ferramentas de reparo.

O parecer da SDE destaca, porém, que não é todo e qualquer serviço de reparo em veículos que depende da utilização desse tipo de equipamento. E conclui afirmando que a existência de produtos substitutos aos *softwares* das montadoras/concessionárias para a maioria das suas funções não lhes dá *status* recurso essencial, ressaltando a inexistência de entraves para o acesso das oficinas independentes a esses equipamentos substitutos e ao treinamento.

E assim sugere o arquivamento do feito, uma vez que não foram confirmados os indícios consistentes de infração à ordem econômica na suposta prática de restrição de acesso a equipamentos (*softwares*) de diagnósticos pelas montadoras de automóveis.

A Procuradoria do CADE e o Ministério Público Federal adotaram os argumentos acima, este destacando que a Secretaria de Direito Econômico teria demonstrado a inexistência de poder de mercado no setor de manutenção de veículos.

O relatório e o voto do Conselheiro-Relator indicaram que a instrução processual concluiu pela impossibilidade de caracterização das condutas praticadas pelas montadoras e, ainda que existente o Direito de Propriedade Intelectual dos *softwares*, haveria equipamentos substitutos com funções semelhantes aos utilizados pelas montadoras.

A Secretaria também verificou que não são todos os serviços de reparos que exigem esse tipo de equipamento.

Diante disso, votou pela manutenção da decisão de arquivamento, decisão acolhida unanimemente pelo Plenário em 16 de dezembro de 2009.

Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51

Partes: Associação Nacional dos Fabricantes de Auto Peças – ANFAPE, Fiat Automóveis S.A., Ford Motor Company Brasil Ltda., Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Ementa: Em julgamento

A Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE protocolou representação na Secretaria de Direito Econômico na qual imputava o abuso do direito de propriedade por parte das montadoras da Fiat Automóveis S.A., Ford Motor Company Brasil Ltda., Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

Consta do parecer da SDE a afirmação da ANFAPE de que seria abuso de poder econômico a propositura de medidas judiciais de busca e apreensão de autopeças que reproduzam os desenhos industriais registrados e as ações de abstenção de comercialização dessas peças e de utilização das marcas detidas pelas Representadas.

A Representante sustenta que a proteção dos desenhos industriais se dá apenas no mercado de veículos novos (*foremarket*, mercado primário) e não é extensível ao mercado de reposição de autopeças (*aftermarket*, mercado secundário).

Por meio das ações judiciais, as fabricantes buscam obter o monopólio do mercado secundário, utilizando-se do poder econômico e do direito de propriedade industrial.

Segundo a ANFAPE, a proteção dos desenhos industriais deve ser aplicada apenas ao mercado de veículos novos, com o objetivo de proteger o *design* do automóvel contra cópia dos concorrentes.

Além disso, a comercialização do veículo é suficiente para reaver os investimentos em inovação, de modo que o direito de exclusiva sobre lanternas, para-choques e outras peças externas é injustificável.

A existência de forte competição no mercado primário não afasta o monopólio no mercado de reposição, tendo em vista que o efeito *lock in* desmotivaria o consumidor a trocar de carro apenas pelo alto custo da aquisição de determinadas peças do veículo.

Sustenta que os registros podem ser nulos, na medida em que a Lei de Propriedade Industrial outorga proteção apenas para elementos com funções meramente ornamentais e desprovidos de função técnica.

Neste caso, para-choques, retrovisores, etc. não poderiam ter sido registrados, visto que possuem específicas funções nos veículos.

A Fiat apresentou defesa à SDE apontando que o SBDC não possuía competência para analisar possíveis nulidades dos registros de desenhos industriais.

As ações judiciais propostas decorreram do programa de combate à pirataria, adotado pela empresa a partir de 2004, com o fim de inibir contrafatos de peças registradas.

A oponibilidade de uso por terceiros das peças registradas é assegurada pela LPI, que não faz distinção de proteção ao mercado primário ou secundário.

A Representada esclarece que, do universo de 3.000 (três mil) peças que compõem um automóvel, apenas 11 são registradas, quais sejam: calotas, faróis, grades de radiador, lanternas, para-choques dianteiros e traseiros, retrovisores externos, rodas de liga leve, capôs, para-lamas, portas laterais dianteiras e traseiras e tampas traseiras.

A empresa fatura cerca de R\$ 540.000.000,00 (quinhentos e quarenta milhões de reais) com venda de peças de reposição, dos quais apenas R\$ 108.000.000,00 (cento e oito milhões de reais) corresponderiam ao lucro das onze peças registradas.

Apointa que o monopólio legal é pró-competitivo, na medida em que incentiva as empresas a desenvolverem novas tecnologias e ingressar no mercado.

Ao final, pediu o arquivamento da Averiguação Preliminar, por não ter ficado comprovado qualquer abuso de poder de mercado pela Fiat, mas o exercício regular do direito, reconhecido pelo Poder Judiciário.

A Volkswagen se defendeu adotando razões análogas às apresentadas pela Fiat e acrescentou que apenas o licenciamento compulsório de patentes está previsto em Lei, não sendo aplicável ao registro de desenho industrial. E que, caso tal situação suscitasse dúvidas, a competência para avaliá-la seria do INPI e não do CADE.

Argumentou que as peças de reposição podem ser registradas como desenho industrial, posto que no mercado automotivo o *design* é fundamental. E que o prazer estético proporcionado ao consumidor e a identificação do produto são requisitos suficientes a permitir o registro nos termos do Art. 94 da LPI.

Alegou que, além das autopeças, as Representantes estariam utilizando as marcas “Gol”, “Polo”, “VW”, “Volkswagen” e “Fox” sem autorização da empresa. E que há interdependência entre o mercado primário e o secundário, o que impede a delimitação de mercados relevantes distintos na cadeia vertical.

A Ford apresentou manifestação reconhecendo a existência de dois mercados distintos, mas interdependentes.

Sustentou que os produtos comercializados no mercado secundário devem atender aos parâmetros do mercado primário, onde a decisão pela escolha do produto sofreria influências dos valores praticados no mercado de reposição.

Apresentou tabela da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores – ANFAVEA, indicando que a Representada possuía 11,3% do mercado total de venda de veículos, valor abaixo da presunção de poder de mercado, estipulada em 20%.

O preço cobrado pelas autopeças decorre do constante aperfeiçoamento em P&D e em razão da obrigação legal em manter estocadas, pelo período mínimo de 10 anos, as cerca de 4.000 peças que compõem um veículo.

Ressalta a Ford, ainda, que as peças relacionadas ao aspecto estético do veículo necessitam de troca apenas em casos de acidentes, não influenciando a vida útil do automóvel.

O parecer da SDE destaca a informação da Representante ao elucidar que

as montadoras seriam responsáveis pela fabricação das chamadas autopeças cativas, ao passo que as fabricantes ofereceriam as autopeças certificadas (aquelas auditadas pelas montadoras e oferecidas pelas fornecedoras no mercado de reposição), as homologadas (aquelas auditadas apenas por órgão de certificação técnica) e as piratas.

Como argumento, a empresa aponta que as fabricantes independentes poderiam convencer o consumidor a adquirir peças que não fossem idênticas às originais, ou seja, incentivá-los a praticar o *tuning* do veículo.

A Ford sustenta que o efeito *lock in* não é aplicável, já que o aumento abusivo das peças de reposição levaria a uma queda na venda de veículos novos, podendo “anular ou até mesmo tornar negativo o lucro total do produtor do bem, tendo em vista que o seu custo de manutenção seria um fator geralmente levado em consideração pelo consumidor na hora de adquirir um produto”.

Ao final, aduziu que, durante o período da garantia, o consumidor não teria gastos com as autopeças. Findo este prazo, “os consumidores teriam outras opções de fornecedores que não as montadoras, por não ser o mercado de reposição monopolizado”.

Concluiu requerendo o arquivamento da Averiguação Preliminar pelos motivos acima expostos.

A Secretaria de Direito Econômico definiu o mercado relevante em quatro tipos.

No primeiro mercado concorrem as montadoras instaladas no país. O segundo abrange as concessionárias de uma mesma marca, concessionárias de marcas diferentes, empresas importadoras de automóveis e revendedoras multimarcas de veículos novos e usados. O terceiro mercado as fabricantes de autopeças e as montadoras. E o último as concessionárias e lojas independentes de autopeças.

O primeiro e o terceiro mercado teriam amplitude geográfica nacional, e os demais se destinariam a atuações locais, tendo em vista que o consumidor não estaria disposto a se deslocar a grandes distâncias para adquirir veículo novo ou peças de reposição.

Considerando que a discussão dos autos se atinha aos direitos de propriedade industrial, a Secretaria optou por delimitar o mercado relevante em âmbito nacional, visto que o direito de exclusiva conferido pelo INPI pode ser exercido em todo o território.

Na análise do mérito, a SDE defendeu que a doutrina e a jurisprudência internacional admitem intervenção antitruste nos casos envolvendo propriedade industrial nas hipóteses de abuso no procedimento de registro ou na extensão da proteção além dos limites conferidos.

Acrescentou que um eventual monopólio sobre as peças de reposição não provoca a exclusão das fabricantes independentes do mercado de autopeças, desde que elas deixem de reproduzir bens com o desenho protegido e se dediquem apenas ao *tuning*.

A cópia dos produtos registrados causa danos ao investidor em razão do *free riding* do terceiro não autorizado e também coloca em risco a segurança das pessoas, em razão de as peças serem replicadas sem os devidos cuidados.

Para a Secretaria, o registro da propriedade industrial dispõe de duas funções: (i) reaver os investimentos em criação e manter certificação de qualidade das autopeças; e (ii) se tornar instrumento de aferição de segurança para o consumidor, em contraposição à assimetria de informação de qualidade das autopeças disponíveis no mercado.

Não seria possível proceder ao licenciamento compulsório do desenho industrial em razão de a lei restringir esse procedimento à patente e ao modelo de utilidade industrial.

Não vislumbrando abuso de poder econômico⁶⁸, a SDE sugeriu o arquivamento da Averiguação Preliminar, e o encaminhamento dos autos ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual.

A Procuradoria Geral do CADE assentiu com as conclusões da SDE, e destacou que:

Não se tem notícia de algum caso de conduta julgado pelo CADE que envolvesse a interface entre antitruste e propriedade intelectual. Daí exsurge importante também a consulta da literatura e da jurisprudência internacional cientes, é certo, das peculiaridades do direito pátrio.⁶⁹

A ProCADE defendeu que a propriedade industrial e o direito concorrencial não são excludentes, abalizando-se nos ensinamentos de Paula Forgioni, Calixto Salomão, Bárbara Rosemberg e Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita.

As alegações da Representante, fundadas nas teorias da função social da propriedade e na teoria do abuso de direito, não são reputáveis ao antitruste.

O foro adequado para essas discussões seria o Poder Judiciário, podendo-se também recorrer aos procedimentos administrativos previstos na LPI.

Aventar essas alegações no CADE seria tornar a autoridade antitruste instância revisora do INPI, o que não é o caso.

No que se refere ao poder de mercado, a ProCADE considerou necessário a instrução suplementar. Para o órgão, não ficou claro se as representadas deteriam o poder no mercado relevante de revenda de peças de reposição.

⁶⁸O parecer da Secretaria de Direito Econômico possui 63 páginas que abordam uma série de questões levantadas pelas Representadas e que não serão abordadas por fugirem ao objeto do presente trabalho.

⁶⁹Parecer da ProCADE nº 853/2008. Versão Pública. Brasília, 4 de dezembro de 2008. Procurador Federal Adalberto do Rêgo Maciel Neto.

Defendeu que o CADE exercesse a advocacia da concorrência e apresentasse estudos, com base na experiência internacional, ao poder legislativo, para melhor “compatibilizar a concorrência no mercado de reposição de autopeças e os direitos inerentes à propriedade intelectual previstos na LPI”.

A abertura de processo administrativo não é o meio adequado para o aprofundamento dos estudos das peculiaridades do mercado de reposição e direitos de propriedade intelectual, uma vez que não se pode impor às representadas o ônus de se defenderem em processo, cuja única finalidade é apurar conduta infrativa, quando não se verificaram indícios suficientes.

E concluiu sugerindo o arquivamento da Averiguação Preliminar, mas rejeitou a sugestão de envio dos autos ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual pela inexistência de prática de contrafação e pelo fato de o Poder Judiciário já estar analisando as questões suscitadas.

O Ministério Público Federal divergiu dos órgãos que o precederam e pugnou pela instauração de processo administrativo.

A conclusão da SDE de que a concorrência no mercado primário preveniria eventual abuso de posição dominante no mercado secundário desconsidera o impacto futuro que esse monopólio causaria no mercado.

Uma vez garantido o monopólio, as montadoras poderiam fixar os preços no mercado secundário, em patamares elevados, a despeito de continuarem competindo no mercado primário.

O parecer elaborado por Gesner de Oliveira indica que os preços das peças independentes são entre 80% e 266% menores que os das peças originais e registradas com desenho industrial.

A instrução da SDE não comprovou até que ponto os investimentos em *design* não teriam sido reavidos com a venda de veículos novos e, por conseguinte, não demonstrou “se a extensão indiscriminada de títulos de desenho industrial por parte das montadoras no mercado de peças de reposição e sua ulterior monopolização não redundará apenas em um sobre preço arcado pelos consumidores.”⁷⁰

Quanto à segurança das peças independentes, é pouco crível que as cerca de duas mil empresas existentes em um mercado originado antes da década de 80

⁷⁰Parecer MPF/CADE nº 23/2009. Brasília, 8 de março de 2010. Representante do Ministério Público Federal perante o CADE, Augusto Aras.

apresentem tantos defeitos em seus produtos quanto os sugeridos no parecer da SDE.

No que se refere à possibilidade de licenciamento compulsório apenas para as patentes, nada impede que o CADE também atue nos casos em que se discute o uso do desenho industrial. Do contrário, seria “admitir que determinado grupo de agentes teria liberdade para agir no mercado sem considerar o ordenamento antitruste, hipótese que conflita frontalmente com a legislação pátria”⁷¹

Gesner de Oliveira termina o parecer opinando pelo provimento da remessa oficial, com instauração de processo administrativo para aprofundamento das denúncias investigadas.

O Relatório do Conselheiro-Relator apresentou resumo da representação da ANFAPE, das defesas apresentadas pela FIAT, Volkswagen e Ford, e dos pareceres da SDE, ProCADE e Ministério Público Federal.

O Conselheiro proferiu Voto⁷² favorável ao recurso de ofício, com subsequente instauração do processo administrativo.

Apontou que a SDE equivocou-se ao defender a intervenção antitruste nos casos onde há fraude ou “abuso nos procedimentos de registro”, excluindo da análise os casos de “abuso no exercício do direito de propriedade industrial”.

E que prática representada decorre de uma conduta unilateral exclusionária visando à limitação, criação de dificuldades, ou impedimento de atuação de concorrentes no mercado, com base no abuso de posição dominante.

Segundo sua ótica, a análise deverá ser feita à luz da regra da razão, que permitirá verificar se as eficiências dinâmicas poderão suplantar as ineficiências estáticas advindas do exercício do direito de exclusiva.

Adverte que, se a aplicação dos direitos de exclusividade estiver gerando mais malefícios do que benefícios à coletividade, poderá ocorrer o licenciamento, em razão do exercício abusivo de direito e consequente ilicitude.

A ANFAPE destacou que os fabricantes de autopeças fornecem para as concessionárias e lojas independentes, o que os inclui no mercado atacadista, e não varejista, de autopeças de reposição.

⁷¹Id. Ibidem.

⁷²O Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo possui 83 páginas e aborda com minúcias as espécies de condutas envolvendo condutas, análise econômico concorrencial, delimitação de mercado relevante, justificativas para a manutenção da prática propriedade industriais, discussões processuais, os pareceres dos órgãos opinativos e o mérito da Averiguação Preliminar sob análise.

As peças produzidas são do tipo *must match*, que reproduzem exatamente o desenho da peça original a ser substituída, de forma a reaver a aparência original do veículo. Não são intercambiáveis e se destinam a tão somente um veículo de marca específica, dada a especificidade do desenho e do padrão de encaixe.

Não há substituíbilidade pelo lado da demanda, a não ser que a peça seja utilizada em dois veículos de modelos distintos, porém de mesmo fabricante.

O argumento das montadoras de que há substituíbilidade do lado da oferta não se sustenta, visto que o processo em apreço se destina a verificar se as fabricantes autônomas de autopeças podem ou não continuar a produzir as peças de reposição.

O Conselheiro Relator destaca que “ (...) as montadoras não podem afirmar que há substituíbilidade na oferta de peças de suas peças de reposição se requerem, ao mesmo tempo, a eliminação dos únicos ofertantes substitutos dessas peças”.

Vigorando a oponibilidade absoluta do registro às fabricantes autônomas, as Representadas terão o monopólio absoluto das peças de reposição pelo período de até 25 anos, nos termos da Lei de Propriedade Industrial.

Para o consumidor, é irrelevante se apenas 11 peças de um universo de 4 mil estão registradas. Afinal, havendo danos aos para-choques ou capô, ele não poderá substituí-los por um filtro de óleo ou embreagem. Seu interesse é adquirir exatamente a peça danificada, pagando o preço do monopólio, sendo-lhe indiferente o fato de as peças registradas corresponderem a 1% ou 100% do faturamento da empresa.

Segundo o Conselheiro-Relator, a Exposição de Motivos da “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE” comprovou que as peças comercializadas nos Estados-Membros que outorgam a proteção possuem preços significativamente mais altos, se comparados aos Estados que não as protegem.

Quanto ao efeito *lock in*, não é razoável esperar que o consumidor adquira um veículo inteiro de outra marca apenas porque precisa trocar a peça do seu automóvel atual e ter de arcar com a queda no valor de revenda, além de repassar o problema para o próximo adquirente.

As peças objetos de registros não são comumente disponibilizadas nos pacotes de manutenção das montadoras, posto que as trocas decorrem de acidentes ou desgaste prolongado.

Deste modo, o consumidor não possui fácil acesso aos preços de cada produto, visto que as campanhas publicitárias se atêm a informar apenas os valores de manutenção, e não de peças de reposição.

A exclusividade conferida pelos títulos de registro de desenho industrial, somada às condições de concorrência no mercado primário e ao efeito *lock in*, leva a concluir que as montadoras poderão exercer efetivamente o poder de monopólio no mercado secundário, causando elevação de preços, impossibilidade do exercício do direito de escolha e piores condições de compra.

Não há evidências que comprovem que o mercado secundário seja preponderante para viabilizar a recuperação dos custos de investimentos em *design* e inovação.

No caso, havendo ingresso de concorrentes no mercado de reposição, os preços do mercado primário poderão sofrer elevação. Todavia, dada a ausência de concorrência neste mercado, o consumidor será beneficiado, já que poderá exercer plenamente o direito de escolha.

O Voto também destacou não ter ficado nítido que as peças das fabricantes independentes são realmente inferiores às oferecidas pelas montadoras. Ao contrário, no ano de 2009, foram realizados *recalls* de mais de um milhão de veículos novos, o que demonstra que segurança também é um problema com o qual as Representadas têm de lidar.

Além disso, as fabricantes autônomas são pessoas jurídicas legalmente constituídas, cujas responsabilidades aplicáveis estão previstas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se também que há peças com maiores impactos na segurança dos automóveis e que não estão registradas, o que demonstra que a “manutenção de qualidade e segurança não parece ser o real objetivo das montadoras quando registram o desenho industrial de uma peça”.

O combate a peças falsificadas, aquelas que não são produzidas pelas montadoras ou pelas fabricantes independentes, poderá ser feito de outra forma que não prejudique o direito de escolha do consumidor.

Ao término do Voto, sustentou o Conselheiro-Relator que o CADE possuía competência para intervir no caso de abuso de poder de mercado, ainda que não seja viável o licenciamento do desenho industrial, tal como se dá com a patente.

Verificada a ilicitude da conduta das Representadas, as medidas a serem tomadas seriam a aplicação de multa e a vedação de opor o direito de exclusiva às montadoras independentes, nos termos dos artigos 23 e 24, V, da Lei de Defesa da Concorrência, atuais artigos 37 e 38 da Nova Lei do CADE.

Ao término, votou pelo provimento do recurso de ofício para que os autos retornem à SDE, que deverá instaurar o Processo Administrativo para apurar possível violação aos artigos 20, inc. I, II e IV, e 21, inc. IV e V, da Lei nº 8.884/94, os quais correspondem ao art. 36, inc. I, II, e IV e 36, §3º, inc. III e IV da Nova Lei da Concorrência.

Foram opostos Embargos de Declaração conhecidos e rejeitados no mérito, com manutenção da decisão do Conselheiro Relator.

Comentário

Os dois casos serão aqui analisados conjuntamente, por contemplarem a mesma espécie de conduta exclusionária entre concorrentes.

No primeiro caso, a instrução processual realizada pela Secretaria de Direito Econômico se mostrou inadequada na medida em que não verificou pormenorizadamente quais as exatas funcionalidades dos *softwares* de diagnósticos das montadoras e fabricantes independentes.

A definição do mercado relevante circunscrito à substitutibilidade de *softwares* de manutenção se mostrou demasiadamente ampla, visto que as funções de cada *software* são específicas para o diagnóstico, manutenção e calibragem de cada função automotiva.

Os veículos modernos são equipados com centenas de sensores que monitoram o funcionamento eletrônico e mecânico de suas partes internas, por meio de central eletrônica, semelhante a uma “caixa preta” de automóveis.

Sem o *software* adequado, a manutenção do automóvel fica prejudicada, uma vez que as montadoras, a cada lançamento de um novo modelo, incluem particularidades nos *softwares* que impedem o uso de sistemas de diagnósticos ultrapassados.

A análise do *software* de diagnósticos como gênero é equivocada porque subestima a originalidade do produto, requisito este indispensável para a proteção conferida pelo art. 3º, parágrafo 1º, inciso III da Lei nº 9.609/98.

As empresas independentes, objetos da conduta anticoncorrencial, não foram oficiadas para apresentarem os prejuízos em que estariam incorrendo pela recusa das montadoras, bem como as consequências desse fato para os consumidores.

Tal como no Processo Administrativo nº 08012.008659/1998-09, instaurado após denúncia da Nortox em face da Monsanto, a Secretaria de Direito Econômico ponderou que a aquisição do bem no exterior configuraria alternativa viável.

Todavia, no parecer não consta a análise dos custos de transação, custos de internação dos bens, tempo econômico demandado, despesas com impostos de importação e demais tributos que incidiriam na operação.

É primordial que o conhecimento do setor econômico preceda a definição do mercado relevante, de forma a evitar o equívoco material - que considerou o serviço de diagnóstico eletrônico como trabalho mecânico convencional - e o concorrencial - que não sancionou as montadoras pelo fechamento do mercado secundário.

Na União Europeia, as montadoras são obrigadas a disponibilizar às oficinas independentes as mesmas informações oferecidas às concessionárias, o que inclui informações para a reprogramação de dispositivos eletrônicos dos automóveis⁷³.

Os independentes terão acesso ilimitado, mediante remuneração aos fabricantes, das informações relativas à reparação e manutenção de veículos, de modo fácil, rápido e não discriminatório, em comparação com as redes autorizadas⁷⁴.

A política da concorrência busca fomentar a atuação dos independentes porque traz benefícios aos consumidores, dada a grande diferença de preços entre as peças por eles vendidas e as das montadoras.

⁷³UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 1400/2002 de 31 de Julho de 2002. Relativo à aplicação de n.º 3 do artigo 81 do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel. Item (26). Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 1º de Agosto de 2002. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0030:0041:pt:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2012.

⁷⁴UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 715/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2007. Relativo à homologação dos veículos a motor no que respeita às emissões dos veículos ligeiros de passageiros e comerciais e ao acesso à informação relativa à reparação e manutenção de veículos. Artigo 6º. Item I. Jornal Oficial da União Europeia de 29 de junho de 2007. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:171:0001:0001:PT:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2011.

Deste modo, um dos principais objetivos é permitir que os fabricantes de peças sobressalentes tenham acesso ao mercado de pós-venda, cuja aquisição poderá ser feita por oficinas independentes e até oficinas autorizadas⁷⁵.

A proteção das propriedades intelectuais deverá se limitar à vantagem competitiva obtida pelo inventor e não pode ser utilizada como instrumento para prejudicar os concorrentes ou excluí-los do mercado. Isto porque “Como instrumento concorrencial, as patentes não poderão ser garantidas de forma absoluta, mas antes dentro dos limites e adequadas às normas básicas de funcionamento do mercado.”

⁷⁶

Em dezembro de 2006, a Comissão Europeia, por meio da Direção Geral da Concorrência, iniciou o processo investigatório contra a Toyota⁷⁷, Daimler Chrysler⁷⁸, Opel⁷⁹ e Fiat⁸⁰ – as duas últimas ocupavam a condição de Representadas na Averiguação Preliminar – para averiguar a ausência de informações técnicas específicas a serem fornecidas às oficinas independentes.

Constatado o descumprimento do dever legal de permitir o acesso às informações técnicas, foi firmado acordo entre a Comissão e as automotoras para que estas permitissem o conhecimento das informações técnicas relacionadas aos modelos de cada fabricante, lançados a partir de meados da década de 90.

⁷⁵UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão nº 2010/C nº 138/05. Orientações complementares relativas às restrições verticais nos acordos de venda e reparação de veículos a motor e de distribuição de peças sobressalentes para veículos a motor. Item (18). Jornal Oficial da União Europeia de 28 de maio de 2010. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:138:0016:0027:PT:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2011.

⁷⁶KUNTZ. Karin Grau. Direito de Patentes – Sobre a interpretação do artigo 5º, XXIX da Constituição Federal.p. 6. Disponível em <http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html>. Acesso em 24 de março de 2012.

⁷⁷Comunicação nos termos do n.º 4 do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho Relativa ao Processo COMP/39.142 — Toyota. Jornal Oficial da União Europeia de 22 de março de 2007. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:066:0024:0026:PT:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2012.

⁷⁸Comunicação publicada nos termos do n.º 4 do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho relativa ao Processo COMP/39.140 — Daimler Chrysler. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:066:0018:0020:PT:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2012.

⁷⁹Comunicação publicada nos termos do n.º 4 do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho relativa ao Processo COMP/39.143 — Opel. Jornal Oficial da União Europeia de 22 de março de 2007. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:066:0027:0029:PT:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2012.

⁸⁰Comunicação nos termos do n.º 4 do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, relativa ao Processo COMP/39.141 — Fiat. Jornal Oficial da União Europeia de 22 de março de 2007. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:066:0021:0023:PT:PDF>>. Acesso em 5 de novembro de 2012.

Além do conteúdo atualizado, tiveram que disponibilizar o equipamento eletrônico de diagnóstico e outras ferramentas de reparação, bem como os respectivos *softwares*.

No segundo caso, a Secretaria de Direito Econômico cometeu diversos equívocos, os quais foram devidamente indicados pelo Voto do Conselheiro-Relator, cujos pontos principais foram acima transcritos.

Ao contrário da alegação da ProCADE, a jurisprudência do CADE indica a existência de pretéritos julgamentos envolvendo direito da concorrência e propriedade industrial.

Entretanto, essa foi a primeira vez que o Conselheiro-Relator se ateu à substituíbilidade dos bens protegidos pelo direito de exclusiva.

O SBDC ignorou as peculiaridades dos bens registrados ou patenteados, bem como a impossibilidade de troca do produto principal, em razão do *switching cost*.

O Voto do Conselheiro-Relator estipulou corretamente os critérios de análise das condutas pertinentes à propriedade industrial, ao constatar que o uso abusivo do direito de exclusiva prejudica o direito do consumidor e o bem-estar social.

O único ponto que discordamos é a aplicação da “função social da propriedade” aos registros de desenho industrial.

O desenho industrial confere vantagem competitiva da montadora com relação ao *design* dos veículos fabricados pelas concorrentes.

A propriedade industrial não tem por finalidade assegurar tão somente a oponibilidade *erga omnes*, tal qual se dá no direito sobre os bens imóveis.

O objetivo do instituto é assegurar que os investimentos realizados no *design* sejam usufruídos por quem realizou os aprimoramentos, ou seja, não é o direito de propriedade que é assegurado, mas o direito de perceber os lucros obtidos com a aceitação do veículo no mercado.

A melhora do *design* não enseja tão somente em apelo visual, acarreta também a redução do consumo de combustível, dado o aperfeiçoamento aerodinâmico e a minoração do quociente de arrasto.

Por esta razão, não se vislumbra o direito de exclusiva sobre as peças de reposição *must match*, posto que não há vantagem competitiva incidente sobre os faróis, para-choques e rodas vendidos singularmente.

A adoção de decisões da União Europeia se mostrou acertada, na medida em que as diretivas da Comissão têm como finalidade não apenas a defesa do consumidor, mas também a manutenção do equilíbrio concorrencial entre os Estados-Membros.

Ainda que no Brasil não haja legislação específica que imponha às montadoras deveres análogos ao do primeiro caso, tais como a vedação de condutas exclusionárias de concorrentes pela oposição do direito de exclusiva, a interpretação finalística do arcabouço jurídico nacional permite que a conduta das montadoras sejam enquadradas como abuso de posição dominante e, subsidiariamente, fira os princípios do artigo 170, incisos IV e V da Constituição Federal.

c) Setor de Informática

Processo Administrativo nº 08012.004308/2005-10

Partes: Informix do Brasil Comércio e Serviços Ltda. e Ministério Público Federal – Procuradoria.

Relator: Olavo Zago Chinaglia

Ementa: Não disponível.

O site do CADE disponibilizou o inteiro teor dos pareceres da SDE, ProCADE, Ministério Público Federal, o Relatório e o Voto do Conselheiro-Relator.

O Processo Administrativo investigou a provável prática de venda casada dos produtos com os serviços de manutenção e atualização do *software* de gerenciamento de banco de dados.

A atuação do SBDC foi provocada por ofício encaminhado pelo Ministério Público Federal e Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, em 7 de abril de 2005, solicitando a instauração de Averiguação Preliminar para verificar suposta prática comercial de venda casada pela empresa Informix do Brasil Comércio e Serviços Ltda. – Informix do Brasil –, ao firmar contrato de fornecimento e manutenção de *softwares* gerenciadores de bancos de dados Informix Dynamic Server (IDS) com o INPI.

O contrato celebrado no ano de 1998 tinha por objeto a prestação de serviços de suporte técnico telefônico prestado durante o expediente do INPI e a manutenção, que poderia incrementar eventuais ampliações do produto.

No ano de 2000, foi firmado novo contrato possibilitando o suporte técnico fora do horário normal de expediente, pelo período de doze meses, do programa básico de suporte, mediante remuneração específica.

Em 2001, a International Business Machines Brasil – IBM adquiriu das empresas *Informix Corporation* e *Informix Softwares Inc.* ativos relacionados à comercialização e ao desenvolvimento de *softwares* de gerenciamento de banco de dados do Grupo Informix.

Os ofícios instrutórios encaminhados pela SDE à IBM destacam que a aquisição de licença de uso do *software* não está condicionada à contratação dos serviços de garantia e suporte técnico, os quais são gratuitos pelo período de doze meses, a partir da aquisição dos produtos.

Esclareceu que os programas possuíam código fonte do tipo fechado, de modo que a manutenção e a adaptação às necessidades do cliente só poderiam ser realizadas pelo desenvolvedor, sendo este o motivo da imprescindibilidade de contratação do suporte técnico.

O INPI também foi oficiado e respondeu que a Informix do Brasil era a única empresa autorizada a importar, distribuir e fornecer manutenção dos *softwares* da marca.

A SDE entendeu que a manutenção exclusiva se justificava pelo conhecimento privado do código fonte, que goza de proteção legal como propriedade intelectual.

Não se configuraria ilícito antitruste a proteção desse ativo e a proteção do produto, desde que ocorressem dentro dos limites legais.

Ressalta a SDE que o licenciamento dos direitos não é obrigatório e que é legítima a opção do Grupo Informix em centralizar os serviços de suporte técnico, manutenção e atualização de *softwares* junto à empresa que detém os direitos autorais e a propriedade intelectual dos *softwares*.

Concorda, ainda, que a não terceirização do suporte técnico permite que a empresa melhore a qualidade do produto, já que terá conhecimento das falhas que o *software* vier a apresentar, servindo de base para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos programas.

A Secretaria conclui o parecer fazendo menção à decisão final do Circuito Federal norte-americano, proferida no ano de 2000, que foi favorável à Xerox, no sentido de que a empresa agiu dentro da lei ao recusar o fornecimento de peças e *softwares* para empresas independentes.

Sugeri o arquivamento do Procedimento Administrativo, dada a ausência de indícios de infração à ordem econômica.

A ProCADE entendeu que a recusa em fornecer o acesso ao código fonte não é estratégia comercial, mas decorre da estrutura do mercado do produto analisado.

O parecer do Ministério Público Federal não considerou a hipótese de venda casada por entender que não haveria alternativas de aquisição, em razão da titularidade dos direitos autorais e de propriedade industrial, e que, portanto, não haveria que se falar em alavancagem de um produto cuja aquisição seria imposta.

Ambos sugeriram o arquivamento, em consonância ao parecer da SDE.

O Conselheiro-Relator adotou o parecer da SDE como Relatório e proferiu voto que se alinha ao entendimento dos órgãos auxiliares, optando por arquivar o Procedimento Administrativo.

Os argumentos utilizados ressaltam que a Informix utilizou a prática comercial usualmente adotada no mercado e acrescentou que o INPI poderia optar por três formas diversas de contratação, ou até mesmo não fazê-lo.

Averiguação Preliminar nº 08012.003009/2006-49

Partes: Conselho Administrativo de Defesa Econômica e *Oracle* do Brasil S.A.

Relator: César Costa Alves de Mattos

Ementa: Averiguação preliminar. Possíveis práticas restritivas à concorrência. Prática comercial de exclusividade adotada pela *Oracle* para prestação de serviços de atualização e suporte técnico do *software* Sistema Gerenciador de Banco de Dados. Mercado Relevante: *after market* do *software* Sistema Gerenciador de Banco de Dados. Pareceres da SDE, ProCADE e MPF favoráveis ao arquivamento.

O site do CADE disponibilizou o inteiro teor dos pareceres da SDE, ProCADE, Ministério Público Federal, o Relatório e o Voto do Conselheiro Relator.

A Averiguação Preliminar foi instaurada após o recebimento de ofício encaminhado à SDE pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por solicitação do Procurador-Geral.

Foram encaminhados documentos constantes de licitação realizada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq para a contratação de serviços de atualização dos *softwares* da *Oracle* do Brasil - *Oracle*.

No ano de 2005, o CNPq abriu processo licitatório e iniciou cotação de preços junto às diversas distribuidoras dos *softwares* autorizadas a comercializá-los.

A *Oracle* enviou comunicação ao órgão e informou que a empresa que vendeu os produtos com a entidade possuía autorização não exclusiva para distribuição e comercialização, mas que não poderia fazer a manutenção dos *softwares*, passado um ano da aquisição. Caso desejasse, deveria contratar diretamente com a *Oracle* os serviços de Atualização de *Software* e Suporte Técnico.

Apresentou também o projeto básico do Tribunal de Contas da União para a contratação direta da *Oracle* para prestar serviços semelhantes aos cotejados pelo CNPq.

A Secretaria de Tecnologia da Informação do TCU conclui que “a mudança de plataforma de SGBC (Sistema Gerencial de Banco de Dados), apesar de ser tecnicamente possível, geraria um ônus muito grande para o TCU”, e elenca as medidas supostamente necessárias.

O setor responsável pelas contratações do CNPq esclarece que a proposta da *Oracle* é vantajosa, já que é inferior aos preços praticados pelas concorrentes que ofertam *softwares* similares.

A Advocacia Geral da União entendeu como regular a inexigibilidade de licitação, mas solicitou que fosse enviada cópia dos autos ao CADE, para avaliar a prática comercial de exclusividade da empresa.

A SDE encaminhou ofício à *Oracle* questionando a estratégia comercial de venda do produto. E foi informada que as vendas dos *softwares* poderiam ser realizadas por distribuidores autorizados ou pela própria empresa.

Para se cadastrarem, as empresas deveriam preencher critérios técnicos essenciais e assinar o Contrato de Parceria *Oracle*, que permitia a revenda dos produtos acompanhados dos serviços de suporte técnico e manutenção, os quais seriam prestados exclusivamente pela própria *Oracle* pelo prazo de um ano.

Haveria cerca de 500 parceiros espalhados pelo território nacional, mas não estavam autorizados a prestar os serviços de suporte técnico e manutenção, podendo apenas comercializá-los.

Os distribuidores podem oferecer serviços de instalação, assistência no local pós-venda e customização, mas não podem prestar o suporte técnico, que consistiria nas eliminações de erros do programa e atualizações críticas.

A *Oracle* do Brasil destaca que é a única empresa no país a deter os direitos autorais e de propriedade intelectual, além de possuir *expertise* no código fonte dos produtos.

A não terceirização visa assegurar a qualidade técnica dos *softwares*, o desenvolvimento de melhorias, em razão do conhecimento das falhas detectadas, e evitar que terceiros copiem o código fonte.

A Secretaria adotou os esclarecimentos da *Oracle* na sua análise e considerou como regular a vedação, aos distribuidores-parceiros, de comercializarem as licenças de uso, oferecerem serviços de instalação, assistência pós-venda no local e customização, mantendo na *Oracle* do Brasil os serviços de manutenção e suporte técnico.

Considerou que a empresa não é obrigada a disponibilizar o código fonte, em razão dos direitos autorais e da propriedade industrial que os protege.

Concordou que a realização da manutenção dos computadores e da prestação do serviço de suporte técnico permitiria aprimorar os produtos pelo conhecimento das falhas apresentadas.

E concluiu pelo arquivamento da Averiguação Preliminar, ante a ausência de indícios de práticas anticoncorrenciais.

A Procuradoria do CADE acolheu o parecer da Secretaria e acrescentou que a atuação da autoridade antitruste deve propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado e correção de eventuais falhas ou atos excludentes. Não lhe cabe substituir mecanismos de mercado ou interferir em decisões privadas, tais como formação de preços.

O Ministério Público Federal citou os artigos 5, inciso XXIX, e 170 II da Constituição Federal, e a Lei nº 9.279/96, mencionando que os titulares dos direitos de propriedade industrial poderiam explorar comercialmente os produtos protegidos com exclusividade, pelo período que a lei confere.

As patentes de invenção, modelo de utilidade e o registro de marcas serão protegidos, considerando-se o seu interesse social e o desenvolvimento econômico do país, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.279/96.

Destacou que a marca é uma das mais importantes espécies de propriedade intelectual, e citou Tulio Ascarelli para defender que a proteção marcária não constitui prêmio da criação intelectual, mas é um instrumento para diferenciação da concorrência que tem como fundamento a proteção dos consumidores.

Adotou o posicionamento da SDE e da ProCADE, sugerindo o arquivamento do feito pela inexistência de conduta apta a caracterizar prática de infração à ordem econômica.

O Conselheiro-Relator destacou que as empresas estavam cientes de que a graciousidade do suporte técnico estaria limitada ao período de um ano, e que posteriormente a *Oracle* seria a única empresa apta a prestar o serviço de manutenção.

Destacou que, apesar da concorrência intramarca na comercialização dos *softwares* da empresa, as terceirizadas não estavam autorizadas a prestar outros serviços

No caso Kodak, julgado pela Suprema Corte Norte Americana, a assimetria de informação dos grandes compradores em relação aos preços do *aftermarket* é mitigada, em especial quando entram em cena as instituições públicas brasileiras, por força da Lei nº 8.666/93 (“Lei de Licitação”).

A licitação realizada para aquisição do *software* já teria solucionado esse problema com a venda de um pacote para fornecimento de produto e serviços por prazo mais longo.

O fato de a *Oracle* não delegar a terceiros a assistência técnica, cedida apenas para a *Oracle* do Brasil, acrescido da existência de concorrência intermarcas e do conhecimento *ex ante* sobre as condições de prestação os serviços no mercado secundário, demonstraram que não houve infração às normas de direito concorrencial.

Assim, votou o MPF pelo arquivamento da Averiguação Preliminar.

O Conselheiro Cesar Costa Alves de Mattos pediu vista dos autos para analisar os esperados efeitos das cláusulas de exclusividade, quais sejam: obrigar um agente econômico a adquirir um de seus insumos de um ou mais agentes previamente determinados; obrigar um agente econômico a abster-se de

comercializar bem ou de prestar serviço senão aqueles previamente determinados; e atribuir a um agente econômico o direito de ser o único a poder comercializar o bem ou a prestar serviço em determinada área.

Apesar de o caso analisado possuir dois agentes econômicos, a *Oracle* do Brasil e a *Oracle Corporation*, a primeira é controlada pela segunda.

Na prática, os efeitos se manifestam como se houvesse um único agente econômico, o que impede o tratamento como prática de exclusividade.

O caso representa falhas de mercado por assimetria de informação, mas não acarreta problemas antitrustes, podendo ser visto como questão consumerista.

A maior dificuldade é presentificar o custo do produto a longo prazo, considerando sua aquisição e manutenção, já que o preço imediato pode resultar em elevados gastos futuros.

Após expor tais considerações, o Conselheiro votou igualmente pelo arquivamento da Averiguação preliminar.

Comentário:

Os dois processos serão analisados simultaneamente, já que versam sobre temas similares e os pareceres dos órgãos opinativos foram essencialmente idênticos.

O julgamento da Averiguação Preliminar que analisou a conduta da *Oracle* precedeu o Processo Administrativo que investigou a *Informix*, sendo este o motivo para que as razões elencadas no primeiro caso fossem integralmente utilizadas no segundo.

O cerne da questão, em ambos os processos, se resume em averiguar se as fabricantes de *softwares* estariam prejudicando a concorrência ao impedir que os serviços de manutenção e assistência técnica fossem prestados tão somente pelas subsidiárias brasileiras.

As instruções realizadas pela Secretaria de Direito Econômico apontaram pela inexistência de ilícitos antitrustes.

Exceto por algumas diferenças redacionais, o conteúdo do parecer da Secretaria foi reproduzido pelos demais órgãos do SBDC.

Há de se ressaltar, todavia, que o parecer emitido pelo MPF na Averiguação Preliminar demonstrou certa confusão ao mencionar a proteção conferida ao direito marcário como análoga ao direito patentário.

Em nenhum momento houve a discussão sobre a propriedade das marcas “Informix” e “Oracle”, razão pela qual o conteúdo do parecer mostrou aparentemente desconexão com a discussão travada nos autos.

Afora isso, ficou clara a unanimidade em torno do legítimo direito do fabricante em deter o monopólio do mercado secundário, pela necessidade de proteger o código fonte dos produtos, sob pena de replicação desautorizada.

O parecer do Conselheiro-Relator César Costa Alves de Mattos considerou que o fato de o adquirente do *software* conhecer de antemão os valores dos serviços de manutenção e assistência técnica, bem como da inexistência de fornecedores alternativos a esses serviços, desnaturam o dano concorrencial, considerando que o comprador o fez por opção.

Os dois relatores sustentaram suas posições mencionando os julgados da Suprema Corte Americana dos casos Kodak e Xerox, empresas investigadas pela recusa em licenciar peças de reposição patenteadas e não patenteadas.

Apesar de os casos acima mencionados tratarem de produtos de informática, o *software* e as peças de reposição diferem intrinsecamente, tendo em vista que o primeiro é protegido pelo Direito Autoral e o segundo pelo registro industrial.

Os investimentos necessários à criação dos *softwares* não se comparam com os exigidos pelos desenhos industriais, já que estes dizem respeito a formas meramente ornamentais e de aspecto visual diferenciado, ao passo que os programas de computadores são constituídos de intrincada linguagem matemática.

Além disso, os julgados da Kodak e da Xerox deixam claro que a defesa do direito de propriedade intelectual será legítimo desde que : (i) a posição dominante em determinado mercado não seja utilizada para obter indevida vantagem em outro mercado, (ii) a patente não tivesse sido obtida por meio de fraude e (iii) o direito patentário não fosse utilizado na prática de *sham litigation*.

No presente caso, não foi suficientemente verificado se a empresa estaria praticando algumas das três formas de uso abusivo de direito.

As empresas não são obrigadas a disponibilizar seu código fonte para os concorrentes, mas o fato de obrigar os adquirentes dos *softwares* a contratarem uma única empresa de manutenção, independentemente da complexidade do problema apresentado, restringe a concorrência no mercado secundário.

Recentemente, a Comissão Europeia de Direito da Concorrência adotou uma apreciação preliminar para apurar possíveis práticas infrativas pela IBM nos mercados de manutenção de *softwares* e *hardwares* dos macrocomputadores denominados *mainframes*.

A finalidade do procedimento era averiguar se a empresa estaria impondo condições não razoáveis para que seus concorrentes adquirissem determinados elementos, indispensáveis à manutenção dos *mainframes*.

Ao final das investigações, a IBM assumiu o compromisso de permitir que determinadas peças sobressalentes e informações técnicas fossem disponibilizadas as empresas concorrentes sob as mesmas condições de sua rede de manutenção.

O compromisso vigorará por cinco anos e serão aplicáveis a todos os modelos e tipos de máquinas IBM *System z*.

Os interessados poderiam opinar sobre os termos ajustados, expondo motivos e razões que deveriam ser enviados à Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia⁸¹.

Conforme já mencionado, a legislação europeia difere da brasileira, uma vez que seu escopo é evitar que a concorrência entre os países-membros prejudiquem a economia do bloco europeu⁸². Todavia, os princípios da legislação brasileira e europeia possuem a mesma finalidade, qual seja: assegurar o equilíbrio concorrencial entre as empresas.

A possibilidade de escolha no mercado secundário não é explicitamente assegurada pela legislação nacional. Entretanto, o abuso ao poder econômico e à dominação de mercado relevante de bens e serviços são condutas reprimíveis, tanto pela Lei nº 8.884/94 como pela 12.529/11.

⁸¹ Comunicação publicada nos termos do artigo 27º, nº 4, do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho relativa ao Processo COMP/C-3/39.692/IBM – Serviços de manutenção. Jornal Oficial da União Europeia de 20 de setembro de 2011. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:275:0008:0009:PT:PDF>>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

⁸² UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. Artigo 101. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Artigo 102. É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

A imposição de dificuldades ao ingresso de concorrentes no mercado de manutenção constitui ilícito, na medida em que o consumidor fica obrigado a pagar o preço do monopólio estabelecido pela *Oracle*, IBM e outras tantas que assim atuam.

Permitir que os *softwares* sejam comprados a preços mais baixos que os dos concorrentes é estratégia que visa atrair o adquirente e posterior captura definitiva.

A migração de dados para sistemas alternativos é possível, mas não se mostra viável, em razão dos altos custos financeiros e dispêndio de tempo para configurar o novo sistema e proceder ao treinamento dos usuários e funcionários.

A Secretaria de Direito Econômico desconsiderou esses elementos ao acolher integralmente a resposta oferecida pelas representadas e não aprofundou o estudo dos impactos causados no mercado e nos eventuais prejuízos ao bem-estar do consumidor.

Não foram suscitadas alternativas comerciais e jurídicas que permitissem o exercício do direito de escolha, tais como considerar a oferta dos serviços por concorrentes submetidos a cláusulas de confidencialidade do código fonte.

Averiguação Preliminar nº 08012.002034/2005-24

Partes: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE / *Microsoft* Informática Ltda. e *Microsoft* Informática Ltda.

Relator: Abraham Benzaquem Sicsú

Ementa: Averiguação Preliminar para apurar práticas destinadas a impedir o desenvolvimento de *software*. Posição dominante no mercado de sistemas operacionais. Denúncias exemplificativas da infração: preço predatório, discriminação por parte dos bancos em favor da Representada e limitação ao acesso à tecnologia essencial. Necessidade de aprofundamento das investigações. Possível discriminação, em termos de tempo e condições comerciais, na disponibilização de ferramentas de desenvolvimento de *software*. Conhecimento e provimento do recurso de ofício.

O site do CADE não disponibilizou o parecer do Ministério Público Federal, mas o fez com os da SDE, ProCADE, o Relatório e o Voto do Conselheiro-Relator.

Houve votos-vista da Presidente do CADE, Dra. Elizabeth Mercier Querido Farina, e do Conselheiro, Ricardo Villas Bôas Cueva.

A representação foi enviada ao CADE pela empresa Paiva Piovesan, sob o fundamento de que a empresa *Microsoft* Informática Ltda. – *Microsoft* estaria praticando condutas anticoncorrenciais no mercado de *softwares* de gerenciamento financeiro.

O parecer da Secretaria não contextualiza a denúncia ou tece o histórico fático que deu ensejo à instauração da Averiguação Preliminar, limitando-se a indicar pontualmente as razões apresentadas pelas empresas.

Por esta razão, o estudo do caso em questão será realizado com vistas ao parecer da ProCADE, em detrimento ao parecer da Secretaria.

A Representante é proprietária e desenvolvedora do *software Finance*, destinado à gestão financeira de empresas, e apresentou denúncia contra a *Microsoft*, relacionada a suposto impedimento ao desenvolvimento de *softwares* de terceiros no mercado relevante de aplicativos financeiros para o Windows.

Em resumo, a Representante sustenta que a *Microsoft* se utilizou do poder mercadológico detido pelo sistema operacional Windows para dominar o mercado relevante de aplicativos.

A inclusão de novos aplicativos no pacote *Microsoft Office* e as aquisições de *softwares* dos concorrentes diminuíram a concorrência.

Houve a diminuição do *market share* dos aplicativos remanescentes, em razão da venda subsidiada do pacote *Office*, que teria seu preço reduzido, graças aos lucros auferidos na venda do sistema operacional Windows.

A integração entre os aplicativos do *Office* e o sistema operacional Windows teria prejudicado os *softwares* concorrentes.

A *Microsoft* passou a criar dificuldades para o desenvolvimento do aplicativo *Finance* ao transferir para o *Internet Explorer* alguns componentes que integravam o sistema operacional Windows.

Para se conectar com os bancos, o usuário deveria instalar o Windows e o *Internet Explorer*, já que apenas por meio deste se dava a conexão com os bancos.

A *Microsoft* disponibilizava gratuitamente a ferramenta de programação *Visual Basic*, que permitia aos programadores adequar o *Finance* ao sistema operacional do Windows 1998.

Com o lançamento do *Windows 2000*, o programa *Visual Basic* teve funcionalidades transferidas para o programa *Office Web Components*, cuja utilização se daria mediante o pagamento de licenças à *Microsoft*.

O usuário também ficou impedido de utilizar um único programa, uma vez que a visualização de planilhas e tabelas, que ocorria diretamente no *Finance*, passou a se dar com o auxílio do *Internet Explorer*.

A *Microsoft* impôs essa restrição apenas ao *Finance*, visto que o programa *Money*, de sua propriedade, não possui a exigência de instalação do *Internet Explorer*.

Informou sobre a impossibilidade de utilização simultânea do *Money* e do *Finance*, já que a instalação do primeiro aplicativo impede que se proceda à do segundo.

O Windows 2000 e o Windows XP apresentam interfaces gráficas incompatíveis com o *Finance*, o que leva o usuário a acreditar que este último seja um programa ultrapassado.

Isto se deu porque a *Microsoft* não disponibilizou componentes gráficos idênticos àqueles de seus aplicativos em suas ferramentas de desenvolvimento, o que obrigaria os desenvolvedores a adquirirem *softwares* de terceiros.

Por fim, a representante assinala que há aparente acordo entre os bancos e a *Microsoft*, visto que ambos apontam que os sites são compatíveis apenas com o *Money*, quando, na verdade, o *Finance* também lê os arquivos com terminação OFC.

Oficiada, a Representada informou que os desenvolvedores independentes têm acesso a tecnologias do mais alto nível e com brevidade. E que há opções para os desenvolvedores, que podem: construir seus próprios controles de planilha e gráfico; utilizar os controles de planilha e gráficos disponibilizados dentro do pacote *Office*; ou utilizar aplicativos de concorrentes.

Quanto à alegada dependência do *Finance* com o *Internet Explorer*, esclareceu que outros navegadores podem ser utilizados, sendo necessária apenas a conexão com a Internet.

Salientou, ainda, que o *Finance* e o *Money* poderiam ser instalados no mesmo computador, mas que tal procedimento seria desnecessário, já que ambos leem a mesma terminação de arquivos. Desta forma, seria mais eficaz desinstalar o segundo programa, de modo a liberar mais espaço no disco rígido.

No que se refere à evolução gráfica, a *Microsoft* destacou que as ferramentas de desenvolvimento por ela fornecidas dependem do sistema operacional.

O sistema operacional e os programas destinados aos desenvolvedores são atualizados em descompasso temporal, sendo esta a razão da tardia disponibilização das ferramentas de desenvolvimento às empresas concorrentes.

O Parecer da ProCADE divergiu da Secretaria ao sugerir o prosseguimento da Averiguação Preliminar para verificar: os reais efeitos anticoncorrenciais da associação do *Money* com o *Office*; as estratégias da Representada para dominar o mercado de aplicativos financeiros; a ocorrência de abuso de posição dominante ou poder de mercado; e as eventuais restrições para o acesso aos produtos concorrentes e para os distribuidores de *softwares*.

O Procurador Geral do CADE, Dr. Arthur Badin, não aprovou o parecer acima, em virtude de divergência de entendimento e da instrução complementar realizada posteriormente à sua expedição.

O objeto da Averiguação Preliminar deverá ser restrito à análise do eventual impedimento de acesso à tecnologia de terceiros para os programas de instalação e componentes da Web, tendo em vista que a denúncia da venda do *Money* associada ao *Office* já foi analisada nos autos do Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31⁸³. A decisão do Plenário foi pelo arquivamento.

No mérito, acolheu o argumento da Representada, que informou haver programas substitutos que permitem a tradução do instalador para o idioma pátrio, e destacou que a parte não refutou as alegações da *Microsoft* quanto à existência de bens substituíveis.

Enfatizou que as “(...) ilações de que as empresas que comercializam referidos *softwares* ‘provavelmente’ possuem ‘vínculos estruturais e formais’ com a Representada são desprovidos de qualquer fundamento, configurando-se manifesto abuso de direito de petição”.

⁸³Processo Administrativo. Representação apresentada pela Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. contra a Microsoft Informática Ltda., acusando a empresa de práticas infrativas à legislação antitruste brasileira. Artigo 20, incisos I e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, VI e XXIII, da Lei nº 8.884/94. Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, criação de dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente, impedir o acesso de concorrente aos canais de distribuição e venda casada. Não configuração das práticas denunciadas. Encaminhamento de cópia dos autos ao Tribunal de Contas da União - TCU e ao Ministério Público Federal. Determinação à SDE de abertura de averiguações preliminares. (Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Advogado: Frederico Ribeiro. Representada: Microsoft Informática Ltda. Advogados: Ubiratan Mattos, João Berchmans C. Serra, Beatriz Tavares Barrionuevo e outros.) Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000052071067.pdf>. Acesso em 24 de novembro de 2012.

A Representante não refutou as alegações da Representada quanto à não necessidade de instalação do Windows e outros aplicativos para rodar o *Finance*. Mostrou-se omissa também ao não impugnar a afirmação da *Microsoft*, que alegou existir produtos alternativos no mercado, capazes de suprir suas necessidades de atualização gráfica do *Finance*.

Os recursos acrescidos a cada novo sistema operacional não impõem à *Microsoft* o ônus de atualizar os demais produtos para satisfazer determinados usuários de seus sistemas operacionais, não sendo tal conduta anticoncorrencial.

A Representada foi clara ao informar que a incompatibilidade entre o *Money* e o *Finance* pode ser sanada mediante a desinstalação do primeiro, ou por meio de simples reconfiguração do *software* pelo próprio usuário.

Por fim, pugnou pelo arquivamento da Averiguação Preliminar, diante da ausência de indícios de infração à ordem econômica, ou pelo aprofundamento das investigações, por iniciativa do Relator ou do Conselho.

O Relatório do Conselheiro-Relator elencou os principais atos praticados sem adentrar a descrição pormenorizada dos fatos, argumentos das partes e dos órgãos opinativos.

O Voto esclarece que a Averiguação Preliminar foi instaurada a partir do Secretário de Direito Econômico para apurar possíveis condutas anticoncorrenciais denunciadas durante a instrução do Processo Administrativo nº 08012.001182/1998-31.

Após retomar os argumentos levantados pelas partes, passou a definir o mercado relevante e a análise do mérito.

O mercado relevante foi definido como nacional, voltado ao desenvolvimento de aplicativos financeiros (de uso doméstico e empresarial), para operação no sistema operacional Windows.

No período de 1997 a 2001, o *software Money* detinha média anual de 63,8% do mercado, assegurando à *Microsoft* posição dominante nesse cenário, dada a pequena participação dos demais concorrentes.

Com a interrupção da comercialização, o *Finance* alcançou 83,6% e 94,1% nos anos de 2002 e 2003, respectivamente.

No mérito, o Conselheiro realçou que a Representante tinha a possibilidade de desenvolver seus produtos com o uso de *softwares* de terceiros que melhor se adequassem às suas necessidades.

Na inexistência desses, poderia desenvolver, ela própria, o aplicativo para sua base de instalação, evitando compelir terceiros a desenvolverem o produto que melhor se enquadrassem às suas necessidades, e destacando que no mercado existem outros aplicativos similares e até melhores do que aquele desenvolvido pela *Microsoft*.

O programa *Visual Studio Installer* não possui poder de mercado e nunca foi disponibilizado em português. Por outro lado, a ferramenta *Package and Deployment Wizard* jamais deixou de existir ou funcionar no Windows 2000 ou Windows XP.

Também não há dependência do *Finance* com o *Internet Explorer* porque pode ser utilizado qualquer *browser* que permita navegação na Internet.

As informações prestadas pelas partes indicam que não há atraso significativo na disponibilização de recursos de cada nova versão do Windows.

As datas de lançamento das novas versões do *Finance* e do Windows não se coadunam numa linha temporal que pressuponha vínculo entre os produtos.

Um eventual atraso na disponibilização de recursos é inerente ao setor de informática, tanto por questões técnicas como por opção de estratégia empresarial na exploração desses produtos.

A desvinculação dos arquivos *OFX* com o programa *Money* também é de fácil solução. Basta desinstalar o programa ou reconfigurar a associação do *software* com a extensão do arquivo.

O Conselheiro-Relator rejeita a alegada impossibilidade de acesso à interface gráfica e demais componentes do Windows, ressaltando que não há prova nos autos de que tal fato tenha ocorrido.

Conclui pelo conhecimento do Recurso de Ofício, nega-lhe provimento e vota pelo arquivamento da Averiguação Preliminar.

Posteriormente, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva pediu vista dos autos para verificar a necessidade de proceder à instrução complementar, de acordo com o sugerido pela Procuradoria-Geral do CADE.

Segundo o Conselheiro, em reunião realizada no Plenário do CADE com os Conselheiros Furquim e Schuartz, o Sr. Rodrigo Paiva demonstrou que o programa de instalação do *Finance*, embora apresente o contrato de adesão em português, exhibe os botões que permitem ao usuário concordar ou discordar do contrato em língua inglesa.

Apesar de não se caracterizar como impeditivo substancial para o usuário, esse problema foi resolvido com a aquisição do programa *Install Shield* para a instalação do *Finance 2004*.

O Relator realizou teste operacional do *Finance* e constatou que o programa pode ser utilizado por outro browser que não o *Internet Explorer*.

O deslocamento de ferramentas de desenvolvimento do *Windows* para o Office não impedem a utilização do *Finance*, cuja aparência poderá se tornar defasada, caso o desenvolvedor não adquira os novos botões do *Windows XP*, optando por manter o design gráfico do *Windows 2000*.

A Representada não rebateu as alegações da *Microsoft*, que apontou como benéfico o lançamento de novas versões de aplicativos, capazes de atender às inovações tecnológicas dos *hardwares* e garantir melhores recursos de segurança da informação, dentre outras melhorias.

Assim, como a Representada apresentou argumentos plausíveis da integração de componentes ao pacote Office, afastou as demais acusações feitas pela Paiva Piovesan, e votou pelo arquivamento da averiguação preliminar.

A presidente do CADE, Elizabeth Farina, pediu vista dos autos para analisar detidamente a questão.

O Relatório complementar por ela apresentado indica que o Instituto de Tecnologia de *Software* de São Paulo foi oficiado para fornecer informações que pudessem auxiliar na instrução.

A entidade esclareceu que o desenvolvedor independente de *software* poderia criar um programa de instalação a custos competitivos e que os elementos gráficos, como botões e barra de ferramentas, poderiam ser desenvolvidos sem as ferramentas da *Microsoft*, inclusive com utilização prevista para o sistema *Linux*.

A *Microsoft* distribui as ferramentas de desenvolvimento a seus parceiros e aos assinantes do serviço de suporte ao desenvolvedor. O site da empresa fornece documentações relativas a essas ferramentas, porém não são necessariamente as mesmas disponibilizadas ao assinante.

O custo para desenvolver funcionalidades de aplicativos sem o emprego de componentes da *Microsoft* pode ser elevado e, por conseguinte, tornar o projeto inviável, o que aumenta a dependência em relação à plataforma *Windows*.

Oficiada, a *Microsoft* estimou que 85% dos computadores nacionais utilizam alguma versão do Office, sendo o referido programa mais “pirateado” que o Windows.

O Voto-Vista da Presidente do CADE classificou as condutas imputadas à *Microsoft* em três tipos:

- (i) preços predatórios; (ii) criação de dificuldades no acesso aos serviços bancários via Internet por parte de clientes que utilizam aplicativos financeiros desenvolvidos por terceiros; (iii) impedimento de acesso à tecnologia; (iii.a) recusa em fornecer programa para instalação em português de aplicativos para Windows 2000; e (iii.b) não disponibilização de controle que permita a geração de programas com interface voltada para a Internet.

A posição dominante no mercado de sistemas operacionais, associada às possíveis condutas anticoncorrenciais, possuem o condão de eventuais limitações da concorrência no mercado de aplicativos financeiros.

As empresas produtoras de *softwares* lançam novos sistemas operacionais e novas versões, com o objetivo de adequar os produtos à crescente capacidade dos *hardwares* ou de aprimorar a interface gráfica dos programas.

Além dos aplicativos, a Representada comercializa ferramentas de programação utilizadas por desenvolvedores autônomos, que permitem a realização de tarefas comuns ao desenvolvimento dos aplicativos, reduzindo o tempo e o custo na criação de *software* compatível com determinado sistema operacional.

A *Microsoft* estima que 85% dos computadores que utilizam o sistema operacional Windows dispõem do pacote Office instalado. A complementaridade entre o Office e aplicativos como o *Finance*, que utilizam os dados recebidos da Internet para, a partir deles, gerarem gráficos e tabelas não limitaria substancialmente o mercado de aplicativos.

Há outras empresas que disponibilizam componentes para gerar gráficos e tabelas, como o *Mozilla Developer Center* e a *Corda Technologies Inc.*, que oferecem as mesmas funções do *Office Web Components*.

O *Internet Explorer* não é imprescindível para a utilização do *Finance* ou de qualquer outro aplicativo que necessite de dados da Internet.

O navegador poderá ser substituído por programas que desempenhem a mesma função, razão pela qual não há que se falar em venda casada, uma vez que

não teve o condão de eliminar outros *softwares* do mercado, como o *Mozilla Firefox*, o Safari, o *Netscape* e o Opera.

A dificuldade em definir o *Finance* como aplicativo padrão para abertura dos arquivos com extensão *.ofx pode decorrer de falha operacional do *software*, sendo este o provável motivo para a incompatibilidade com o *Internet Explorer 7.0*.

No que se refere à indicação dos sites bancários para a utilização do *Money*, no curso da investigação complementar, apurou-se que apenas a Caixa Econômica Federal induzia o consumidor a pensar que o arquivo gerado era específico para o programa.

Os *softwares* citados pelos bancos são os comumente utilizados, supondo-se que sugerir ao consumidor programas específicos, ao invés de indicar o formato do arquivo *.ofx, facilita suas operações e entendimento.

Não foram identificados indícios capazes de demonstrar que os bancos pudessem aderir a uma conduta que não os beneficia, e é pouco provável que a indicação de alguns *softwares* possa causar danos concorrenciais, previstos no artigo 20 da Lei nº 8.884/1994 e 36 da lei em vigor.

Pelas razões acima expostas, o Voto-Vista foi favorável à decisão de arquivamento da Averiguação Preliminar, mas recomendou que fossem encaminhados ofícios ao Banco Central e à Federação Brasileira dos Bancos, sugerindo que os sites bancários se abstivessem de indicar *softwares* específicos, e informando explicitamente a seus clientes o tipo de arquivo utilizado na transferência de dados.

Comentário:

O parecer apresentado pela Secretaria de Direito Econômico se resumiu a reproduzir as alegações de ambas as partes, sem proceder à definição de mercado relevante e análise do poder mercadológico da *Microsoft* no mercado de navegadores, sendo este o instrumento da provável prática anticoncorrencial.

Tal fato pode ser creditado à pouca objetividade e clareza nas petições da Representante, que utilizou termos técnicos da área de informática que dificultaram a compreensão do tema.

Apenas ao final do processo, com os relatórios e votos dos Conselheiros e da Presidente do CADE, foi possível compreender, de forma unívoca, os fatos apontados pela Representante.

A análise econômica foi realizada ao término da instrução processual, após Relatório Complementar e Voto-Vista expedidos pela Presidência.

A instrução probatória da Averiguação Preliminar e do Processo Administrativo que lhe deu ensejo não apontou o envio de ofícios aos demais agentes econômicos, leia-se concorrentes, por parte da Paiva Piovesan e da *Microsoft*.

Tal procedimento seria recomendável na medida em que possibilitaria aos órgãos do SBDC compreender o funcionamento do mercado de *softwares*, tanto no que se refere à interoperabilidade dos aplicativos financeiros com o sistema operacional dominante quanto nas barreiras impostas aos concorrentes para ingresso no mercado de navegadores.

Os alegados impedimentos ao desenvolvimento de empresas e a venda casada do Windows com o *Internet Explorer* foram alvo de investigações conduzidas pelo Departamento de Justiça Norte-Americano e pela Comissão de Concorrência da União Europeia, que tinham por escopo investigar possíveis práticas anticoncorrenciais praticadas pela *Microsoft*.

O primeiro caso teve os Estados Unidos da América como Representante e a *Microsoft Corporation* como Representada - *Civil Action No. 98-1232 (CKK)*⁸⁴, julgada no ano de 2007.

O processo tinha por meta investigar possível exclusão praticada pela *Microsoft*, com vistas a impedir o ingresso de concorrentes no mercado de navegadores de Internet.

Consta da investigação que a empresa valeu-se do monopólio no mercado de sistemas operacionais para integrar o Windows ao navegador *Internet Explorer*, de modo a dominar o mercado secundário e impedir o ingresso de concorrentes.

O usuário que adquirisse computadores pessoais dotados de sistema operacional Windows deveria obrigatoriamente fazer uso do *Internet Explorer*, visto que sua desinstalação era realizada apenas por usuários com conhecimentos avançados.

A incompatibilidade existente entre o Windows e os navegadores concorrentes, como o *Netscape*, também impediam o exercício de escolha pelo consumidor e se configurava como barreira à entrada imposta pela empresa.

⁸⁴Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/cases/f225600/225658.htm>>. Acesso em 23 de novembro de 2012.

Os representantes comprovaram que a *Microsoft* mantinha sua posição monopolista no mercado de sistema operacional de computadores pessoais graças às condutas exclusionárias no mercado de navegadores.

Além da imposição de barreiras à entrada, baseada na dificuldade de interoperabilidade entre os *softwares*, a *Microsoft* suprimia o ingresso de concorrentes no mercado secundário, especificamente o navegador *Netscape* e os programas que utilizam a tecnologia *Java Sun*.

Caso os concorrentes fossem capazes de desenvolver *softwares* sem a imposição de barreiras artificiais, criariam aplicativos que poderiam ser utilizados em outras plataformas, e não apenas no *Windows*.

Assim, haveria programas aptos a funcionar em sistema de multiplataformas, ou seja, em qualquer sistema operacional, permitindo ao consumidor escolher livremente o produto que desejaria utilizar.

A livre concorrência no mercado de aplicativos poderia trazer prejuízos ao monopólio da *Microsoft*, visto que a aquisição dos produtos ocorre, em grande parte, pela incompatibilidade dos programas com sistemas operacionais não *Windows*.

Os usuários selecionariam o sistema operacional de acordo com suas qualidades, e não em razão de conduta exclusionária.

O Tribunal de Apelação reconheceu que a *Microsoft* impediu o *Netscape* e a *Java Sun* de competirem livremente no mercado, por meio de barreiras artificiais impostas, que visavam assegurar o monopólio do mercado.

A Corte de Apelação confirmou que esses atos feriram a Seção 02 do *Sherman Act*⁸⁵, tendo em vista que a posição monopolista foi obtida por meio de subterfúgios ilegais.

A decisão condenatória proferida teve por objetivo cessar a conduta ilegal da *Microsoft* e criar condições de concorrência para produtos não *Microsoft*, visando garantir as oportunidades negadas pela empresa ao *Netscape*.

O Departamento de Justiça destaca que, desde o julgamento final, ocorreram alterações no cenário concorrencial de sistemas operacionais e aplicativos, sugerindo o reequilíbrio competitivo entre os agentes econômicos.

⁸⁵ ESTADOS UNIDOS. *Sherman Act. Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

O *Internet Explorer* enfrenta a concorrência direta do Firefox e de outros programas como o Opera e o Safari da *Apple*.

Esses navegadores multiplataformas são obtidos diretamente de downloads pela Internet, podendo ser utilizados em vários sistemas operacionais.

A indústria passou a desenvolver tecnologias para produtos multiplataformas como, por exemplo, a dos computadores da *Apple*, que agora rodam em processadores Intel, acarretando com isso um aumento de interesse em computadores do tipo *Mac OS*, da *Apple*, e do sistema operacional OS X, utilizado por consumidores e clientes corporativos. Diante deste quadro, a própria *Microsoft* entrou em acordo com a Novell, bem como distribuidores *Linux*, *Linspire* e *Xandros*, para promover a interoperabilidade.

Deste modo, observou-se que o objetivo mediato da condenação, qual seja, salvaguardar as ameaças do monopólio da *Microsoft*, está acontecendo na prática, o que indica que o sistema de proteção da concorrência está surtindo os efeitos desejados.

Por ora, o Departamento de Justiça afirma que não é possível avaliar se tais acontecimentos acabarão por resultar em concorrência substancial a longo prazo no mercado de sistemas operacionais de computadores pessoais compatíveis com os processadores Intel.

As condições de mercado, o desenvolvimento de produtos pela indústria e as escolhas do consumidor - ou, resumidamente, a concorrência - determinarão em que medida o monopólio da *Microsoft* e do *Windows* irá sobreviver nos próximos anos.

No segundo caso, examinado pela Comissão Europeia no julgamento do Processo COMP/C-3/37.792⁸⁶, analisou-se a recusa no fornecimento de informações de interoperabilidade para desenvolvedores independentes e o condicionamento da disponibilidade do sistema operacional *Windows* à aquisição do *Windows Media Player* - WMP.

A decisão define dois mercados relevantes para sistemas operacionais. O primeiro compatível com processadores Intel, e o segundo incompatível.

⁸⁶Decisão da Comissão de 24 de Maio de 2006, relativa a um processo nos termos do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE contra a Microsoft Corporation (Processo COMP/C-3/37.792 — Microsoft). Jornal Oficial da União Europeia de 6 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:032:0023:0028:PT:PDF>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

A compatibilidade decorre de específica disposição do *hardware* do computador. Os computadores originariamente incompatíveis com a Intel podem ser adaptados, mas este procedimento demanda tempo e razoáveis investimentos.

A *Microsoft* reconheceu que detém posição dominante no mercado de computadores pessoais e possui participação superior a 90%, obtida em razão das elevadas barreiras à entrada.

Quanto maior for a compatibilidade do sistema operacional com os aplicativos mais populares, maior será a produção dos desenvolvedores de *softwares* voltados a esse sistema operacional, caracterizando um círculo virtuoso.

Essa dinâmica protege a posição dominante do *Windows*. Afinal, quanto maior a venda do sistema operacional, mais aplicativos são elaborados para esse programa específico, o que torna a impulsionar as vendas do sistema operacional.

A *Microsoft* teria se recusado a fornecer para a *Sun* informações que pudessem permitir a criação de um sistema operacional que integrasse diversas funcionalidades para facilitar a organização de arquivos e documentos nas atividades dos servidores de grupos de trabalho⁸⁷.

Os dados solicitados pela *Sun* se restringiam às especificações dos protocolos relevantes que não possuem qualquer relação com o acesso aos códigos do *Windows*.

Essa recusa de informações relevantes a qualquer vendedor de sistemas é uma postura frequentemente adotada pela *Microsoft* para as versões posteriores dos programas, já que informações semelhantes em versões anteriores de vários *softwares* da empresa haviam sido disponibilizadas indiretamente, por meio de uma licença concedida à AT&T.

A recusa da *Microsoft* ameaça eliminar a concorrência no mercado desse aplicativo, considerando que as informações recusadas são essenciais para a operação. Afinal, não há substitutos reais ou potenciais para esses dados.

⁸⁷Serviços de servidores de grupos de trabalho são serviços básicos usados pelos empregados de escritório nas suas funções do dia-a-dia, como por exemplo a partilha de ficheiros armazenados em servidores e a partilha de impressoras, e ter os seus direitos, enquanto utilizadores da rede, administrados centralmente pelo departamento de tecnologia da informação da sua organização. Os «sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho» são sistemas operativos concebidos e comercializados para fornecer estes serviços de forma coletiva a um número relativamente pequeno de PC ligados em rede de pequena ou média dimensão.

Deste modo, os consumidores são prejudicados, não só por se verem impedidos de exercer plenamente o direito de escolha, como também de ter acesso a programas novos e aperfeiçoados.

A *Microsoft* justifica a conduta afirmando que a disponibilização desses dados seria equivalente à cessão de direitos de propriedade intelectual. Todavia, a jurisprudência da Comissão Europeia já definiu que o exercício do direito de propriedade intelectual, por si só, não é justificativa aceita nos casos em que são comprovadas circunstâncias excepcionais.

Em semelhante caso, a recusa da IBM em fornecer informações de interoperabilidade configurou-se ilícita, na medida em que o exercício de direitos do autor é restringido nas situações em que se comprova a posição dominante da empresa.

No que se refere à aquisição do *Windows Media Player* subordinada ao *Windows*, a Comissão decidiu que houve infração ao artigo 82 do Tratado (atual artigo 102), tendo em vista que: a *Microsoft* detém posição dominante no mercado de sistemas operacionais; os produtos analisados são distintos entre si; ambos os produtos são obrigatoriamente adquiridos em conjunto; e que esta subordinação exclui a concorrência.

A alegação de que os consumidores não pagam pelo *Windows Media Player* e que não são obrigados a usá-lo não desnatura a infração ao artigo 82 do Tratado, visto que não há possibilidade de aquisição do *Windows* desacompanhado desse produto.

A restrição à concorrência não se limita apenas aos *softwares* concorrentes do WMP, mas permite à *Microsoft* oferecer conteúdos aos fornecedores e, no que diz respeito aos produtores de *softwares*, a possibilidade de se basearem no monopólio *Windows* para chegar a quase todos os usuários de PC no mundo.

Deste modo, os usuários irão optar por usar o WMP, dada a amplitude e diversidade de conteúdos adicionais disponibilizados pelas empresas de entretenimento, configurando-se nova barreira à entrada dos concorrentes que desejarem ingressar nesse mercado.

A investigação demonstrou que o WMP continua sendo o aplicativo mais utilizado, não pela sua qualidade, visto que há produtos que o superam, mas pela subordinação ao *Windows*.

O argumento de que a pré-instalação desses programas é um agente facilitador ao usuário não se sustenta, uma vez que fere o direito de livre escolha do consumidor.

O objetivo da subordinação é proteger a *Microsoft* da efetiva concorrência dos reprodutores de multimídia, potencialmente mais eficientes, que poderiam ameaçar sua posição dominante. Isto acaba por reduzir o capital investido no desenvolvimento de novos *softwares*, o que, em última escala, prejudica o consumidor, que se vê desprovido da oferta de melhores produtos.

A decisão da Comissão Europeia foi no sentido de adotar medidas corretivas para o equilíbrio competitivo ao obrigar a *Microsoft* a disponibilizar os protocolos necessários à interoperabilidade, com as características essenciais que definem uma rede de grupos de trabalho típica.

Essa obrigação não se aplica apenas à *Sun*, mas a qualquer concorrente que venha a desenvolver produtos que concorram com a *Microsoft* nesse mercado.

As informações deverão ser prestadas de forma razoável e não discriminatória, podendo, inclusive, ser comercializadas, desde que o preço seja desvinculado do valor estratégico da informação.

As especificações deverão ser prestadas, de forma a não restringir os produtos a que são destinadas, sem impor obstáculos à concorrência com a *Microsoft*.

A divulgação deve se dar tão logo tenha sido produzida uma aplicação funcional e estável dos protocolos nos seus produtos.

Quanto à subordinação, a Comissão ordenou que a empresa disponibilizasse a versão completa do programa *Windows* dissociada do *Windows Media Player* pré-instalado e que não se valesse de meios alternativos para produzir o mesmo resultado da subordinação, tais como: permitir uma interoperabilidade privilegiada; oferecer descontos na aquisição conjunta dos produtos; e diminuir a eficiência do *Windows* sem o WMP.

Em virtude dos prejuízos concorrenciais imputados ao mercado, a *Microsoft* foi multada em 331.464.203 milhões de euros.

Apesar de condenada, a *Microsoft* deixou de prestar informações sobre os protocolos de seus produtos e continuou a prejudicar a interoperabilidade dos sistemas para servidores de grupo trabalho, o que resultou em nova multa, no valor de 899 milhões de euros.

No terceiro caso, examinado pela Comissão Europeia no julgamento do Processo COMP/39.530⁸⁸, discutiu-se a venda conjunta do *Internet Explorer* com o sistema operacional *Windows*.

A Comissão considerou que o *Internet Explorer* e o *Windows* são produtos distintos. Anteriormente à divulgação do *Windows 7*, os fabricantes e usuários não podiam obter, legal ou tecnicamente, os programas de forma separada.

A venda conjunta desses produtos é suscetível de excluir a concorrência no mercado, baseada na qualidade dos navegadores, dada a posição dominante da *Microsoft*.

Com relação aos seus competidores, o *Internet Explorer* obteria dois tipos de vantagens: a primeira relacionada à distribuição no mercado; e a segunda à existência de obstáculos que dificultavam o download dos navegadores concorrentes na Internet.

A venda conjunta desses programas assegura a posição dominante da *Microsoft* no mercado de sistemas operacionais e cria incentivos artificiais aos desenvolvedores de sites e programas de informática. Estes são compelidos a gerarem produtos compatíveis com o *Internet Explorer*, prejudicando, assim, os demais concorrentes.

Após os apontamentos realizados pela Comissão Europeia, a *Microsoft* firmou o compromisso de disponibilizar, no Espaço Econômico Europeu, versões do *Windows* destituídos do *Internet Explorer*.

Assegurou também que os revendedores de computadores pessoais poderiam instalar os navegadores de sua conveniência, e que não adotaria medida retaliatória para as empresas que instalassem navegadores concorrentes.

Por fim, prometeu oferecer aos usuários a escolha de outros navegadores, através de recursos disponibilizados no *Windows Update*.

Em razão desses compromissos, a Comissão considerou desnecessária sua intervenção e estipulou que as obrigações assumidas pela *Microsoft* vigeriam pelo prazo de 5 anos.

A jurisprudência da União Europeia e Norte-Americana demonstra que a realização de uma aprofundada investigação, tal como se deu no caso *Microsoft x*

⁸⁸Resumo da Decisão da Comissão de 16 de Dezembro de 2009, relativa a um procedimento nos termos do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 54.º do Acordo EEE [Processo COMP/39.530 — Microsoft (venda ligada de produtos). Jornal Oficial da União Europeia de 13 de fevereiro de 2010. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:036:0007:0008:PT:PDF>>. Acesso em 22 de agosto de 2012.

Paiva Piovesan, não produz resultados satisfatórios, se desacompanhadas de estudos mercadológicos amplos.

Sob o prisma individual, a conduta investigada não apresenta efeitos nocivos explícitos, mas, se aplicada a dezenas ou centenas de empresas, pode provocar o efeito deletério na concorrência.

A veiculação da venda de sistemas operacionais com aplicativos e navegadores previamente instalados pode parecer um bônus ao consumidor, mas, a médio e longo prazo, essa estratégia prejudica o ingresso de concorrentes que poderiam ofertar produtos melhores, dotados de mais utilidades e segurança.

Ao contrário do bem corpóreo, cuja imposição de barreiras artificiais se dá, via de regra, com estratégias comerciais, a propriedade industrial permite que as empresas adotem estratégias voltadas à dominação do mercado, por meio de subterfúgios que provocam a dependência do consumidor e, simultaneamente, excluem concorrentes do mercado.

O exemplo a ser citado é a venda de bem primário (sistema operacional), que impede a instalação de acessórios (aplicativos) que não sejam da mesma empresa fabricante, sem que haja razões de ordem técnica para sustentar essa dependência.

É recomendável que o SBDC considere o caráter dinâmico da propriedade industrial simultaneamente às estratégias empresariais para verificar se a venda conjunta de bens, as frequentes alterações no padrão de interoperabilidade e a recusa no fornecimento de protocolos de *softwares* não se constituam como barreiras artificiais à entrada, ao invés de proteção do direito de propriedade.

d) Setor Industrial

Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50

Partes: Alcoa Alumínio S.A. Nilton Mattos Fragoso Filho

Relator: César Costa Alves de Mattos

Ementa: Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Suposta prática de: i) *sham litigation*, por meio de depósitos de registro de desenho industrial (DI) junto ao INPI, sem requisito de novidade, no segmento de perfis de alumínio destinados a portas e janelas; ii) enganosidade na distribuição de comunicados ao mercado, em que a representada estaria acusando as concorrentes de prática de pirataria

em face de perfis dos quais sequer detinha direito patentário; e recusa de venda, tudo nos termos do art. 20, II, c/c art. 21, IV e XIII, da Lei nº 8.884/94. Infrações não configuradas. Exames de mérito dos registros de DI realizados pelo INPI. Comunicado defende direito de linhas de perfis de marcas pertencentes à própria representada. Acusação de recusa de venda insubsistente. Voto pelo arquivamento.

O site do CADE disponibilizou os pareceres de todos os órgãos que compunham o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Consta dos autos da Secretaria de Direito Econômico que a Procuradoria da República do Estado de Minas Gerais recebeu a denúncia de Nilton Mattos Fragoso Filho, acusando a Alcoa de abuso de posição dominante no mercado de extrudados de alumínio.

A denunciada estaria postulando junto ao INPI registros de desenhos industriais de perfis de alumínio já existentes no mercado e, de posse dos certificados de registro, estaria ingressando com ações judiciais perante outras empresas para que suspendessem a fabricação, além de requerer a apreensão das ferramentas e matrizes utilizadas.

A representada distribuía um comunicado onde informava ser detentora das patentes dos produtos das linhas Master, Suprema, Gold, Fórmula, Gradil Universal, Cittá, Grid e Unit, e que a aquisição destes produtos de terceiros não autorizados constituiria pirataria.

As mesmas informações foram publicadas em jornais de circulação nacional e no informativo da Associação Nacional dos Fabricantes de Esquadrias de Alumínio.

Consta que a Alcoa estaria adquirindo e fechando empresas de extrusão de alumínio. Além disso, que não venderia os produtos protegidos às pequenas e médias empresas, compelindo-as a se tornarem suas revendedoras exclusivas.

Os perfis de alumínio registrados pela Alcoa não preenchem os requisitos legais do artigo 95 da Lei de Propriedade Industrial, mas as pequenas e médias empresas não têm condições de contestar cada pedido perante o INPI, já que as despesas para ingressar com as ações são elevadas (cerca de R\$ 1.000,00).

A Alcoa apresentou defesa na Procuradoria da República em Minas Gerais e sustentou que não havia ilegalidade nos pedidos de registros perante o INPI, sendo

que os invocados em juízo foram precedidos de detido exame de mérito pela entidade.

Há apenas dez ações judiciais ajuizadas contra os infratores dos direitos de propriedade industrial, todas propostas com base na Constituição Federal e no artigo 109 da Lei de Propriedade Industrial, e os informes distribuídos tinham por intenção resguardar o consumidor da aquisição de produtos de infratores.

O CADE aprovou as aquisições das empresas de extrusão de alumínio, às quais não conferiram a condição de monopolista. Ao contrário, compete com mais de setenta empresas que vêm aumentando sua participação no mercado.

A denunciante não demonstrou que a Representada estaria incorrendo em conduta anticoncorrencial, tampouco apresentou estudo econômico e/ou dados de mercado que viessem a corroborar tal situação.

O Ministério Público Federal pediu informações ao INPI, que respondeu indicando que a Alcoa tinha 74 pedidos vigentes. Dentre estes, treze foram impugnados e um anulado, em razão da inexistência de novidade e originalidade. Apenas quatro desses pedidos foram objetos de exame de mérito ante 57 registros que não tiveram análise dos requisitos de novidade e originalidade.

A instrução processual da Secretaria compreendeu o envio de ofícios à Alcoa solicitando informações sobre os pedidos de registros de desenho industrial, cópia dos informes distribuídos, lista das ações judiciais propostas e catálogo atualizado de perfis de alumínio.

Pediu informações à Representada e à Associação Brasileira do Alumínio para que indicassem as principais empresas no mercado, além de solicitar à segunda que indicasse eventuais discussões relacionadas à proteção de propriedade industrial de perfis de alumínio da Alcoa.

Solicitou ao INPI, ainda, que prestasse maiores esclarecimentos sobre os pedidos de patente e registro de desenhos industriais e, por fim, oficiou dezenove empresas do mercado de perfis de alumínio e esquadrias de alumínio para obter subsídios sobre o funcionamento mercadológico.

Em resposta, a Associação Brasileira de Alumínio informou que nunca houve discussão entre as empresas extrusoras de alumínio relativas à proteção da propriedade industrial da Alcoa.

Com vistas a delinear o mercado relevante, a Representada esclareceu que uma extrusora de qualidade média custa cerca de R\$ 400.000.00, e tem vida útil de 30 anos.

O desenvolvimento de uma linha completa de perfis pode demorar de seis meses a um ano, e o custo envolve a contratação de um engenheiro e um projetista, com 10 e 5 anos de experiência, respectivamente.

Os perfis de alumínio são utilizados por 25% da construção civil, sendo os outros 25% destinados à madeira e o restante ao aço.

A defesa da Representada repete os argumentos levados ao conhecimento do Ministério Público Federal e acrescenta que não houve recusa de venda para as pequenas e médias empresas independentes.

Ressaltou que não foi comprovado que os registros tinham por objetivo restringir a concorrência, e que não há limites de pedidos que indiquem possíveis restrições aos concorrentes ou produzam efeitos negativos no mercado.

A SDE definiu o mercado relevante geográfico como nacional, e o mercado relevante material como perfis de alumínio empregados na construção civil e na indústria, de forma geral, dada a possibilidade de adequação do formato à finalidade pretendida.

Na construção civil, os perfis de alumínio podem ser substituídos por madeira, aço e plástico, ao passo que no segmento industrial predominam o aço, o latão e o cobre, materiais que não são resistentes à corrosão e umidade, como o alumínio.

Os ofícios encaminhados aos concorrentes da Representada informam que o investimento inicial para ingresso no mercado girava em torno de 1 milhão a 2 milhões de reais. Dessa quantia, seriam gastos de 250 a 400 mil reais na aquisição de equipamento.

A Secretaria considerou como inexistente as barreiras à entrada, visto que o investimento inicial era baixo e não havia outros tipos de barreiras, como obtenção de matérias-primas, regulação específica ou tecnologias de difícil acesso.

A tecnologia das máquinas utilizadas permite a fabricação de diversos tipos de perfis, bastando apenas pequenas mudanças no “molde” que determina o formato do produto.

Quanto ao poder de mercado, a Alcoa sustenta não o possuir, em razão de sua participação no mercado oscilar em torno de 30%.

A análise das condutas imputadas verificou se as atitudes adotadas pela Representada poderiam trazer prejuízos à concorrência pelo abuso de posição dominante.

As informações coligidas indicam que os concorrentes continuariam a produzir perfis de alumínio destinados à mesma finalidade dos desenhos industriais registrados pela Alcoa, desde que não agregassem os ornamentos que lhe conferiam exclusividade.

Não haveria prejuízos à concorrência porque a empresa não apresentava dificuldades para interromper a produção de um perfil e mudar para outro, mediante a troca do molde de fabricação.

A quantidade de perfis registrados pela Representada é insignificante diante da diversidade comercializada pelo mercado.

Não foram encontrados indícios de “(...) *sham litigation*, uma vez que as evidências apontam para facilidade de fabricação de perfis alternativos”.

Quanto ao comunicado distribuído aos produtores independentes, ficou comprovado que não eram todos os elementos integrantes das linhas de produtos que haviam sido registradas. Se assim o fosse, as empresas seriam acusadas de pirataria, mesmo quando comercializassem produtos desprovidos de registros.

A Representada também negou que tinha se recusado a proceder à venda de perfis de alumínio para pequenas e médias revendedoras. Houve distorção do comunicado destinado a alertar o consumidor do risco de adquirir produtos piratas, configurando-se como aconselhável que os comprassem apenas da própria Alcoa ou de seus distribuidores.

A Secretaria concluiu o parecer sugerindo o arquivamento da Averiguação Preliminar por ausência de indícios de infração à ordem econômica.

Subsequentemente, os autos foram remetidos à ProCADE, que se manifestou favorável à inclusão da empresa Asa Alumínios S/A, na qualidade de terceira interessada.

Para a Procuradoria, as análises das condutas devem versar sobre a comunicabilidade entre a concorrência desleal prevista na Lei de Propriedade Industrial e o abuso de poder econômico da Lei de Defesa da Concorrência.

Após breve explanação sobre os artigos 94 a 101 da LPI, foi verificado que:

o desenho industrial é um direito de propriedade industrial com uma característica bastante peculiar em comparação com as patentes de invenção e de modelo de utilidade: o conceito de desenho industrial está dissociado de qualquer consideração técnica que guarde relação com a funcionalidade do produto. A preocupação do desenho industrial é estritamente estética⁸⁹.

Além da dissociação técnica, o artigo 110 da Lei de Propriedade Industrial permite a utilização gratuita do objeto por terceiro de boa fé, desde que este já venha explorando o produto no país antes da data do depósito ou da prioridade do pedido de registro.

Apesar dos requisitos legais, o certificado de registro é expedido de forma automática, sem prévia análise dos requisitos de originalidade, novidade ou aplicação industrial.

Ainda que obtida a patente de forma irregular, o seu titular não cometerá abuso de poder econômico se não possuir controle substancial do mercado relevante, independentemente da posição que ocupe na cadeia produtiva.

A ilicitude anticoncorrencial está desvinculada da infração à Lei de Propriedade Industrial, uma vez que aquela prescinde da verificação do poder de mercado e das barreiras à entrada no ambiente competitivo que se está analisando.

A ProCADE divergiu da delimitação do mercado relevante material adotada pela SDE por entender que não diz respeito ao mercado de extrudados de alumínio em geral, mas sim os materiais utilizados em esquadrias de janelas e portas, sendo estes tipos os especificados nos pedidos de registros de desenho industrial.

Considerando-se esse mercado relevante, a Procuradoria entendeu haver indícios no sentido de confirmar que a Representada detém poder de mercado suficiente para desestimular a produção por parte dos pequenos e médios concorrentes.

A propositura de ações no poder judiciário para a defesa de supostos direitos de propriedade industrial intimida as pequenas e médias empresas que se veem diante de possível litígio judicial contra uma grande empresa, com grande poder econômico e renome no mercado.

⁸⁹Parecer ProCADE nº 266/2009. Procurador Federal André Luiz Santa Cruz Ramos. Brasília, 4 de julho de 2009.

Essa postura pode se caracterizar como barreira à entrada artificial “supostamente criadas com ardil por uma empresa que já detém expressivo *market share* e poder econômico considerável”⁹⁰.

A Representada se vale da concessão automática do registro e engloba nos seus pedidos aspectos técnicos referentes aos perfis de alumínio, mesmo ciente que o desenho industrial é destinado a proteger apenas o aspecto ornamental, desprovido de relação com questões técnicas e/ou funcionais.

De posse do certificado de registro, a empresa passa a inibir seus concorrentes de produzir os bens nele especificados, por meio do ajuizamento de ações, contra alguns, e intimidação aos demais.

Os comunicados veiculados pela Representada possuem vários erros. Apenas alguns modelos das linhas de perfis estão registrados e alertam para o risco à segurança ao se adquirir os produtos de terceiros, quando, na verdade, o desenho industrial se atém aos aspectos estéticos desprovidos de relação com questões técnicas ou funcionais.

Tais equívocos permitem concluir que as atitudes foram dolosas e premeditadas, com o objetivo de induzir os destinatários ao erro.

A legítima concessão dos certificados de registros de desenhos industriais pelo INPI não afasta a análise antitruste do CADE e considera o uso abusivo desse direito como infração à ordem econômica.

A regularidade da concessão do registro é pressuposto para que o CADE verifique se o uso dos direitos concedidos está sendo exercido de forma abusiva ou não.

A Procuradoria vislumbrou indícios de infração concorrencial (i) nos pedidos de registros de desenho industrial que abrangem aspectos estéticos/ornamentais e técnicos funcionais, (ii) nas ações propostas contra pequenos e médios concorrentes por suposta violação dos direitos de propriedade industrial, (iii) nos envios de comunicados aos concorrentes e consumidores, reivindicando os direitos sobre linhas de perfis não registradas, alertando, sem qualquer fundamento, para os riscos à segurança.

A ProCADE concluiu por sugerir a abertura de processo administrativo para verificar se: os pedidos de registros de DI envolvem aspectos ornamentais e técnicos

⁹⁰Id. Ibidem.

já utilizados pelos concorrentes; o INPI usualmente concede os registros dos aspectos estéticos e também técnicos; a identificação dos destinatários que receberam os comunicados da Representada e seu efeito concreto; e quais foram as decisões proferidas nas ações judiciais por ela iniciadas.

O Ministério Público Federal adere ao mercado relevante definido pela ProCADE e ressalta que a delimitação realizada pela SDE foi excessivamente abrangente no que se refere ao mercado relevante por ela definido, o que acaba por “diluir a percepção do impacto de determinadas práticas infrativas incidente em certo mercado”.

Ressaltou que, no curso da instrução preliminar, não ficou comprovado que os desenhos industriais registrados já eram de conhecimento do mercado desde a década de 90, conforme apontado pela interveniente Asa Alumínio. Além disso, alega que as bitolas de encaixe são usadas como padrão no mercado, o que impediria o registro, por serem consideradas como estado da técnica.

Essa empresa informa que os custos para contestação dos registros de Desenho Industrial perante o INPI alcançam a média de R\$ 100.000,00, além de a autarquia possuir apenas dois técnicos para analisar e deferir os pedidos de registros provenientes de todo o país.

Ainda, que são despendidos cerca de 1 a 2 anos para obtenção da declaração de nulidade de registro, seja no âmbito judicial ou administrativo, o que acarreta a falência das empresas de pequeno porte, que são impedidas de atuar no mercado.

O parecer conclui pela instauração de Processo Administrativo, tendo em vista que os fatos comprovaram que a Representada se utilizava tanto das lacunas, no marco regulatório dos registros de desenhos industriais, como do seu poder econômico, com o objetivo de monopolizar o mercado de extrudados de alumínio para portas e janelas.

O Relatório do Conselheiro-Relator apresenta o resumo das razões expostas pelas partes e acrescenta que o mercado relevante definido pela ProCADE foi contestado pela Representada, que sustentou que o mercado relevante não deve ser definido como o dos produtos afetados por determinada conduta, mas aquele delimitado do ponto de vista da substituíbilidade, tanto da demanda como da oferta.

Em sua manifestação, discordou da existência de barreiras artificiais à entrada em um determinado mercado, sustentando que existem apenas as de natureza estrutural.

Por fim, a Representada reitera o pedido de arquivamento.

O Voto do Conselheiro-Relator destaca que a substituíbilidade do lado da oferta fica prejudicada, na medida em que não bastaria aos concorrentes a possibilidade de alterar os moldes dos extrudados, já que estariam impedidos de produzir determinados modelos, em razão do direito de propriedade industrial.

A Representada requereu a análise de mérito de todos os registros feitos em seu nome, o que afeta o próprio objeto da ação, que está fundada no indevido uso das brechas nos procedimentos do INPI para obtenção dos certificados de registros.

Independentemente dos efeitos que os registros tivessem provocado na concorrência, não pode o CADE entrar no mérito da legitimidade de sua concessão, o que apenas seria feito no caso de os registros terem sido obtidos de forma abusiva, com utilização do procedimento célere e ausência de exame de mérito pela entidade competente.

Com relação ao comunicado, o Conselheiro-Relator entendeu que seu objetivo era proteger as marcas das linhas pertencentes, ao contrário do equivocado entendimento de que todos os perfis integrantes de cada linha estivessem protegidos.

A intenção da Representada era zelar pelo seu direito marcário, o que não impede a prática de violação de direito patentário, na hipótese de o revendedor não autorizado ofertar os perfis protegidos.

A baixa quantidade de perfis protegidos, apenas 35 do total de 641, comprova que os registros não foram realizados para bloquear a entrada de outros concorrentes.

Também não haveria ilicitude, caso os perfis protegidos fossem os maiores representantes de vendas, já que a proteção incidiria sobre os produtos mais bem sucedidos no mercado.

O Conselheiro destaca em seu voto que “questionar a proteção desses produtos seria questionar a legítima busca da empresa por uma maior qualidade percebida pelos consumidores, o que constituiu a essência do próprio processo concorrencial”.

Ademais, se a introdução de novos perfis de alumínio, acobertados pelos registros de desenho industrial, fosse bem recebida pelos consumidores, vindo a ganhar mercado, teríamos o caso de conquista de posição dominante, fundada na maior eficiência do agente econômico, nos termos do art. 20, §1º da Lei nº 8.884/1994, atual art. 36, §1º da lei.

No que se refere à prática de recusa de venda, o Conselheiro adotou integralmente o parecer da SDE.

Ao final, concluiu pelo arquivamento da Averiguação Preliminar, visto que os registros de desenho industrial que foram objeto de análise de mérito não se originaram de conduta oportunista de eventuais falhas procedimentais do INPI. Afastou a enganiosidade dos comunicados expedidos, considerando que sua única finalidade era a proteção de direito marcário, e também da recusa de venda, por ausência de provas.

Comentário:

O caso mencionado denota a insuficiente importância conferida ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

A referida autarquia, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, é responsável por analisar e conceder registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador, topografias de circuitos, e pelas concessões de patentes.

Os certificados permitem que o inventor defenda os seus investimentos e comercialize sua tecnologia em território nacional, gerando renda, emprego e desenvolvimento tecnológico.

Ao contrário do pensamento comum, o INPI não é uma autarquia com função meramente burocrática. Registros e patentes por ela concedidos ultrapassam o interesse privado e repercutem no equilíbrio concorrencial.

Os depósitos de perfis de alumínio sob a classificação de desenho industrial deveriam ser indeferidos, já que melhor se enquadram na definição de modelo de utilidade, por se tratar de objeto de uso prático, suscetível de aplicação industrial, que apresenta nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo que resultou em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

A figura do Apêndice V comprova que, genericamente, os perfis de alumínio disponíveis no mercado, não possuem forma ornamental de linhas e cores, tampouco apresentam resultado visual novo e original na sua configuração externa.

A Associação Brasileira de Alumínio⁹¹ informa que a esquadrias de alumínio oferecem melhor isolamento acústico, isolamento térmico, vedação à água e ao ar, o que comprova a utilização pelas funcionalidades e não em função do apelo estético.

O equívoco no deferimento do registro de desenho industrial em detrimento da concessão de patente de modelo de utilidade tem como principal fator a insuficiência de técnicos aptos a efetuarem as análises de cabimento e adequação dos pedidos depositados.

Cientes deste fato, os agentes econômicos de elevado poder econômico se utilizam da falha Estatal para obterem os certificados de registro, que permitirão a defesa do alegado direito de propriedade e exclusividade.

Deste modo, os pequenos e médios concorrentes ficam prejudicados porquanto é inviável proceder à impugnação administrativa ou pedido judicial de nulidade, em razão dos altos gastos financeiros, que incluem pagamentos de custas, contratação de advogado e nomeação de assistente pericial, despesas que deverão ser mantidas por no mínimo dois anos.

Com isso, as grandes empresas ampliam o poder de mercado e a posição dominante, prejudicando os consumidores que se veem diante de agente em posição monopolista daquele específico bem.

No caso em análise, os pareceres da ProCADE e do Ministério Público Federal foram adequados ao definirem como mercado relevante os desenhos de perfis de alumínio indicados nos certificados de registros.

De fato, a ampliação do mercado relevante impede o diagnóstico das infrações cometidas de forma pontual e direcionadas para bens específicos.

Todavia, o Voto do Conselheiro-Relator se ateve exclusivamente ao parecer da SDE, o que veio a prejudicar a análise do caso.

Houve equívoco também no entendimento de que todos os perfis de alumínio registrados haviam sido objeto do exame de mérito. Ao contrário, dos 73 perfis registrados, apenas 4 foram alvos de tal procedimento, e serão defendidos em juízo.

⁹¹Disponível em <<http://www.abal.org.br/servicos/manuais/portasejanelas/Manual.htm>>. Acesso em 27 de novembro de 2012.

A realização de diligências suplementares permitiria identificar a substituibilidade, do lado da demanda, dos perfis de alumínio registrados, de modo a verificar se o consumidor poderia exercer plenamente o direito de escolha.

Também não foram devidamente averiguadas as alegações de que os perfis de alumínios registrados constituiriam estado da técnica. Caso o fossem, estaria configurado o uso da propriedade industrial para assegurar ganho de posição dominante.

Em razão da especificidade da matéria, o caso em apreço demandava a atuação conjunta entre o SBDC e o INPI para, dentro das respectivas esferas de atuação, avaliarem as alegações das partes.

No ano de 2010, foi firmado um Acordo de Cooperação⁹² entre o CADE e o INPI, prevendo a prestação de consultoria nos atos de concentração e condutas, realização de estudos sobre as relações e interfaces entre a propriedade intelectual e antitruste, realização e participação em eventos e seminários, e disponibilização de estudos e análises dos processos em trâmite no SBDC.

Neste pacto, o INPI poderia também emitir pareceres opinativos e realizar o compartilhamento de informações, nos casos de condutas envolvendo propriedade industrial.

Além disso, nos casos em que fossem constatadas práticas restritivas à livre concorrência relativas à propriedade industrial, o INPI oficiaria a SDE (atual Superintendência Geral), para que delas tomasse conhecimento.

Não se pode exigir que o CADE tenha *expertise* aprofundada de todos os setores econômicos que seja chamado a analisar. Por esta razão, é imprescindível que haja sinergia entre os órgãos públicos, de modo a obterem os subsídios necessários à melhor solução da conduta.

Averiguação Preliminar nº 08012.001952/2008-89

Partes: Colormatrix América do Sul Ltda. / Dry Color Especialidades Químicas Ltda.

Relator: Olavo Zago Chinaglia

Ementa: Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de posição dominante no mercado de pigmentos para termoplásticos. Convergência dos pareceres pelo arquivamento. Ausência de indícios de infração à concorrência.

⁹²Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Acorco%20de%20Coopera%C3%A7%C3%A3o%20CADE_SDE_INPI.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2012.

Análise na forma do art. 50 da Lei nº 9.784. Pareceres convergentes pelo arquivamento. Conhecimento e desprovimento do recurso. Arquivamento do feito.

O site do CADE disponibilizou os pareceres de todos os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A Averiguação Preliminar foi instaurada pela SDE após o recebimento de denúncia realizada pela Dry Color Especialidades Químicas Ltda. – Dry Color – contra a Colormatrix América do Sul Ltda. – Colormatrix –, que estaria praticando os crimes previstos no art. 21 inc. IV, V, XII, XVI e XVIII da Lei nº 8.884/94, que corresponde ao art. 36, §3º, inc. III, IV, X, XIV e XV da lei.

A Representante atuava no mercado de pigmentos para termoplásticos e teria desenvolvido a tecnologia Petcolor/Liquidpet, após investimentos de R\$ 2.600.000,00, a qual, no ano 2000, foi aprovada pelo Instituto de Tecnologia do Paraná, credenciado ao Ministério da Saúde.

Em conjunto com essa tecnologia, foi desenvolvido um sistema peristáltico de dosagem de pigmento líquido para termoplásticos, patenteado no INPI, cujo custo equivalia a 65% do produto oferecido pela Representada.

A Colormatrix teria enviado notificações apontando que as tecnologias da Representante foram obtidas por violação de segredo industrial. Veicularam comunicados no mercado nesse sentido e propuseram ação judicial para coibir as produções desses materiais.

Foram realizadas apreensões judiciais, cujo cumprimento se deu por oficial de justiça, acompanhado de advogados da Representada, com a ausência dos peritos judiciais nomeados pelo juiz.

Nessa ocasião, foram apreendidos objetos que não estavam indicados no mandado de busca e apreensão o que teria prejudicado a Representante. Esta propôs ação indenizatória contra a Colormatrix, que resultou no reconhecimento de total procedência pelas duas instâncias.

A discussão alcança o interesse público porque, até o ano 2000, a Representada era monopolista do mercado brasileiro de pigmentação líquida de embalagens PET. Os outros concorrentes produziam apenas pigmentos granulados, que não competiam nesse mercado.

Após o desenvolvimento da nova tecnologia, a Representante passou a competir diretamente com a Colormatrix oferecendo preços inferiores em até 65% aos praticados anteriormente.

Em razão de inexistir substitutibilidade perfeita entre os pigmentos em pó, microesferas, *masterbatch* e líquido, a Dry Color definiu o mercado relevante material como *pigmentos líquidos especificamente para PET*, e o mercado relevante geográfico como nacional.

Os produtos seriam ofertados nos segmentos homologados e não homologados. O primeiro se refere a clientes que exigem a comprovação da qualidade do produto, das instalações e verificação da capacidade de oferta, ao passo que o segundo se dá mediante livre concorrência.

Depois de notificada, a Colormatrix defendeu que a lide se resume a interesses privados e não possui efeitos sobre a concorrência.

O mercado relevante deveria ser definido como pigmentos para termoplásticos porque há substitutibilidade entre os produtos, diferindo apenas no veículo que transporta a pigmentação.

Defendeu que sua participação no mercado é pequena e que não há divisão entre os dois segmentos.

Análises técnicas foram realizadas pelo laboratório Akron Rubber, que concluiu pela identidade dos materiais da Dry Color e da Colormatrix. O único componente que diferenciava as duas amostras era uma “assinatura química”, sem funcionalidade prática.

A Colormatrix apresentou parecer da Fagundes Consultoria Econômica, que indicava a inexistência de poder de mercado, tanto no mercado relevante de pigmentos para termoplásticos quanto em mercado mais restrito.

Para obter maiores informações, a Secretaria encaminhou ofícios a dezoito fabricantes e quinze adquirentes, dentre os quais cinco eram produtoras de bebidas envasadas em garrafas PET.

A análise da SDE concluiu pela substitutibilidade entre os produtos, tanto do lado da demanda quanto do da oferta.

Não há divisão do mercado entre segmento homologado e não homologado. O que ocorre é a maior exigência de determinados clientes quanto à cor, às especificidades, aos componentes químicos e ao veículo utilizado.

As grandes empresas, como Coca-Cola, Ambev e Nestlé, que podem adquirir as garrafas PET ou produzi-las, homologam alguns fornecedores em razão dos requisitos exigidos por cada empresa.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA normatiza o setor de embalagens para alimentos. A homologação dos produtos perante a autoridade é feita pelos próprios fabricantes das embalagens, cabendo ao produtor da pigmentação apresentar relatório de conformidade com as exigências da Agência.

Por tudo isso, a SDE concluiu que o mercado a ser analisado é o de pigmentos para termoplásticos em âmbito nacional.

No que se refere a barreiras à entrada, a Colormatrix observou que as fábricas de pigmentos em pó, *masterbatches* ou microesferas poderiam ser adaptadas para a fabricação de pigmentos líquidos.

Há outras empresas que dominam a técnica de produção de pigmentos líquidos, seja no Brasil ou no exterior, e os investimentos em tecnologia e máquinas são bastante limitados.

O ingresso no mercado homologado e super-homologado não demanda altos investimentos, já que as aferições de qualidade dos pigmentos são realizadas pelos próprios clientes, cabendo aos fabricantes apenas disponibilizarem amostras.

As ações judiciais propostas pela Colormatrix não configuraram conduta de *sham litigation*, tendo em vista que as medidas requeridas não eram despropositadas.

A ação de busca e apreensão tinha como fundamento verificar a ocorrência de aquisição de segredo industrial por parte da Dry Color.

As medidas judiciais não causaram efeitos anticompetitivos no mercado, o que tornava incabível a atuação do SBDC.

Da mesma forma, os comunicados da Colormatrix poderiam ter causado prejuízos à Representante, porém não atingiram o mercado.

No que se refere à alegada prática de preço predatório, não há indícios que corroborem sua existência, uma vez que a Representada não possui parcela significativa do mercado de pigmentos líquidos para PET.

Além disso, as barreiras à entrada são baixas, o que indica que a conduta predatória com o intuito de eliminar concorrentes seria infrutífera, já que a elevação de preços por parte da Representada incentivaria a entrada de outros agentes.

Também não foram localizados indícios que comprovassem a discriminação de preços de adquirentes, visto que a apresentação de única nota fiscal, desprovida de especificações dos produtos e condições de venda, não é capaz de comprovar a acusação.

Por todo o exposto, a Secretaria de Direito Econômico foi favorável ao arquivamento da Averiguação Preliminar ante a inexistência de indícios de infração à ordem econômica,

A Procuradoria Geral do CADE concordou com o parecer da SDE e acrescentou que a possível prática de concorrência desleal da Representada contra a Representante não pode ser vista como prática anticompetitiva.

Isso porque a Colormatrix enviou o comunicado apenas a um cliente da Dry Color e não restou demonstrado que a divulgação desses fatos poderia produzir um dos efeitos elencados no art. 20 da Lei nº 8.884/94, atual art. 36 da Nova Lei da Concorrência.

Quanto à prática de preço predatório, a ProCADE destacou que a Representada possuía 10% do mercado de pigmentos para termoplásticos, o que tornava improvável a predação e prejudicava o autofinanciamento.

Diante disto, a ProCADE também sugeriu o arquivamento da Averiguação Preliminar.

O Ministério Público Federal foi igualmente favorável ao arquivamento, em razão dos motivos expostos pela SDE e ProCADE.

O Conselheiro-Relator adotou os relatórios dos órgãos pareceristas com vistas aos princípios da economia processual e eficiência da Administração Pública.

O Voto do Conselheiro-Relator desacolheu todas as imputações feitas à Colormatrix, considerando que as medidas judiciais por ela adotadas tinham como fundamento a provável apropriação indevida de segredo industrial por parte da Representante.

A acusação de prática de preço predatório foi julgada como improcedente, haja vista que a Representante aumentara sua participação de mercado após se tornar fornecedora homologada da Ambev. Além do que, a própria empresa sustenta que pratica preços inferiores, com diferença de 65% em relação aos da Colormatrix, o que descaracteriza a prática predatória.

As medidas judiciais da Colormatrix não excluíram a Dry Color ou qualquer outra concorrente do mercado, bem como não provocou prejuízos à dinâmica competitiva do mercado relevante.

A conclusão foi no sentido de reconhecer que a lide se circunscrevia a interesses privados, incapazes de provocar efeitos deletérios na concorrência.

Diante disto, votou pelo Arquivamento da Averiguação Preliminar ante a ausência de indícios de infração à ordem econômica.

Comentário:

Pelas informações colhidas dos pareceres, é possível concluir que a instrução processual realizada pela Secretaria de Direito Econômico foi vasta e aprofundada.

Tantos os fabricantes quanto os consumidores foram oficiados para que apresentassem informações sobre o mercado e a ocorrência de substitutibilidade, tanto do lado da oferta quanto do da demanda.

A delimitação do mercado relevante foi feita após análise detalhada da substitutibilidade dos produtos, da barreira à entrada e dos possíveis entrantes no mercado nacional.

Com base nessas informações, o SBDC chegou à unânime conclusão de que a lide apresentada se subsume aos conflitos de interesses privados, sem impacto na livre concorrência.

Os agentes econômicos tendem a confundir o prejuízo à concorrência com os danos aos concorrentes, por não compreenderem que o equilíbrio concorrencial se dá quando da inexistência de barreiras à competição.

Por vezes, os cartéis são formados sob a alegação de que o tabelamento de preço assegura a saudável concorrência entre os empresários. Todavia, essa prática configura-se ilegal não apenas por ferir disposição de norma específica, mas por prejudicar o bem-estar do consumidor, impedir a inovação dos produtos e se constituir em entrave ao desenvolvimento econômico, na medida em que novos entrantes são vetados.

No caso em tela, a provável usurpação de segredo industrial não prejudicou o mercado, haja vista que os demais competidores continuaram a exercer suas atividades sem qualquer óbice.

e) Setor de bebidas**Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81****Partes:** AmBev e SDE**Partes:** Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado

Ementa: Recurso Voluntário. Medida preventiva imposta pela SDE. Investigação de conduta enquadrada no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, incisos IV, V e VI da Lei nº 8.884. Mercado relevante regional de cerveja. Introdução de garrafas de cervejas retornáveis proprietárias - Garrafas AmBev 630ml. Parecer da ProCADE pelo provimento parcial para reforma da Medida Preventiva. Preliminares de ofensa ao contraditório e à ampla defesa afastadas. Presença de *fumus boni iuris*. Aumento de custos dos rivais. Fechamento de mercado. Presença de *periculum in mora*. Presença de *periculum in mora* reverso na decisão da SDE. Custos altos de recolhimento das garrafas 630ml, estocagem de garrafas e danos à marca. Ampliação do uso da garrafa em outros Estados tornaria a irreversível por impossibilidade de se recolherem as garrafas de 630ml se, na decisão final do processo, esta conduta for considerada ilícita. Provimento parcial. Reforma da Medida Preventiva. Manutenção das garrafas AmBev 630ml somente na marca Skol com distribuição no Estado do Rio de Janeiro e na marca Bohemia no Estado do Rio Grande do Sul. Imposição de mecanismo de troca de garrafas.

A medida preventiva adotada pela SDE foi disponibilizada apenas no site do Ministério da Justiça⁹³.

O site do CADE disponibilizou os pareceres da ProCADE e do Ministério Público Federal que antecederam o julgamento do Recurso Voluntário e dos posteriores Embargos de Declaração.

O relatório da Secretaria de Direito Econômico nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24 informa, na data de 3 de abril de 2008, que a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil – AFEBRAS, Cervejaria Imperial, Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE e Cervejaria Kaiser do Brasil protocolaram representação em face da Companhia de Bebidas das Américas – AmBev.

⁹³Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={36CD2ED4-A257-441C-9DBF-617315EC95FB}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>>. Acesso em 26 de novembro de 2012.

A motivação da denúncia é a introdução da garrafa de 630ml, de cor âmbar, contendo em alto-relevo um padrão ornamental e as inscrições “AmBev” e “Qualidade AmBev”.

O Rio Grande do Sul e o Rio de Janeiro são os Estados que adotaram a utilização desse vasilhame nos envases das bebidas Bohemia e Skol, respectivamente.

A contestação incide sobre o fato de que o sistema compartilhado de garrafas, já existente há mais de 100 anos no mercado, seria prejudicado com a utilização das garrafas de 630ml, uma vez que a AmBev continuaria a utilizar tanto as garrafas comuns quanto as personalizadas, ao passo os concorrentes só utilizariam as primeiras.

A Representada alega que tem por objetivo combater a onda de falsificações da cerveja Skol no Rio de Janeiro, diferenciar seus produtos dos rivais e conferir maior segurança ao consumidor, visto que a nova garrafa é mais resistente a choques.

Foi assegurada ao ponto de venda a possibilidade de trocar as garrafas de 630ml pelas de 600ml.

Os vasilhames não são considerados *essential facility* e não acarretam aumento de custos dos concorrentes. Por esta razão, não podem ser considerados como prejudiciais à concorrência.

A SDE não foi convencida por tais argumentos e decidiu pela instauração de Processo Administrativo e adoção de medida preventiva⁹⁴ embasada pelo *fumus boni iuris* caracterizado pelo aumento não razoável dos custos dos rivais e do possível fechamento de mercado junto aos pontos de venda

O *periculum in mora* decorreu dos (i) custos de separação das garrafas na fábrica; (ii) perda de produtividade; (iii) custos de armazenagem e devolução das Garrafas AmBev 630; (iv) exposição jurídica por potencial configuração de crime

⁹⁴Brasil. Lei nº 8.884/94. Capítulo IV - Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação. Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25. § 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do CADE que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

contra o consumo, crime de contrafação de desenho industrial e crime contra a marca; e (v) prejuízos à imagem e à competitividade.

Ante essa decisão, a AmBev interpôs Recurso Administrativo ao Plenário do CADE para que a revise.

O relatório constante no parecer do Ministério Público Federal indica que a medida preventiva impedia que a AmBev envasasse cerveja nas garrafas de 630ml e determinava que, no prazo de três meses, a contar da notificação da decisão, a empresa recolhesse todas as garrafas existentes no mercado, incluindo aquelas que equivocadamente houvessem sido coletadas pelos concorrentes.

A multa diária para o descumprimento das medidas impostas foi estabelecida em R\$ 100.000,00 até o julgamento do processo administrativo.

Por meio de despachos, o Conselheiro-Relator autorizou a utilização das garrafas de 630ml nos Estados do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro para comercialização das marcas Bohemia e Skol, respectivamente.

Foram realizadas diligências, tanto pelo Conselheiro-Relator como pela SDE, sendo que o primeiro se limitou a visitar a fábrica da AmBev, filial Rio de Janeiro, e a indústria e distribuição da Cervejaria Petrópolis, ao passo que a segunda efetuou diligências também nos pontos de venda.

Os relatórios oriundos dessas diligências divergiam substancialmente, fato que motivou o MPF a sugerir a contratação de empresa idônea para proceder à coleta de informações e à análise do mercado de cerveja, incluindo-se aí o chão de fábrica, os distribuidores e os pontos de venda.

A segunda e última sugestão foi a necessidade de intimar as cervejarias do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro para intervirem como litisconsortes passivos necessários da SDE, autoridade recorrida, posto que o possível provimento do recurso de ofício iria afetá-las.

O parecer da Procuradoria Geral do CADE apresentou o resumo do Processo Administrativo que deu origem à medida preventiva e subsequente recurso voluntário.

As denúncias das Representantes questionam a AmBev quanto à legalidade da utilização de garrafas de 630ml contendo em seu casco a inscrição em alto-relevo “AmBev”, “Qualidade AmBev” e figura ornamental na parte superior da garrafa.

As garrafas retornáveis são as mais utilizadas e responsáveis por 75% das vendas de cerveja no país.

A Representada detém cerca de 70% do mercado nacional de cerveja, e a utilização de garrafa retornável personalizada, em detrimento do compartilhamento de garrafas, impõe custos aos concorrentes e prejudica o sistema de fruição conjunta.

Há despesas na separação dos vasilhames e devolução à AmBev das garrafas recolhidas, bem como a necessidade de reposição das garrafas drenadas, que aumentam o tempo médio necessário para o escoamento da produção e logística.

A Representada se defende e afirma que as garrafas de 600ml não são uma *essential facility*. Além disso, enfatiza que a garrafa de 630ml é uma inovação pró-competitiva, que permite diferenciação do produto, proteção do consumidor, por ser mais resistente a choques e quedas, além de combater as falsificações da cerveja Skol no Rio de Janeiro.

A utilização de garrafeiras proprietárias e não intercambiáveis entre si possibilita a correta separação das garrafas no ponto de venda, que já estaria familiarizado com o sistema.

Mencionou que a SDE obteve indícios de que a garrafa AmBev 630ml aumentava os custos dos concorrentes, uma vez que era preciso separá-la da garrafa Sindicerv nos pontos de venda, distribuidores e linhas de produção.

As duas garrafas possuem mesma cor, peso, formato parecido, bases semelhantes, encaixáveis nas garrafeiras dos concorrentes, e alturas próximas, que não impediriam o trânsito na linha de produção das empresas rivais.

A Secretaria considerou que a utilização da garrafa AmBev pode culminar no fechamento do mercado junto aos pontos de venda, tendo em vista que a empresa pretende expandir o modelo para as outras marcas.

Também vislumbrou o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* consubstanciados no poder econômico da Representada, pelos custos impostos aos rivais, no que tange à separação da garrafa AmBev 630ml da garrafa Sindicerv, perda de produtividade, custos de armazenagem e devolução dos cascos à AmBev, exposição jurídica por eventuais crimes de contração de desenho industrial e crime contra a marca e prejuízos à imagem e à competitividade.

Após aplicação da medida preventiva, a Representada apresentou Recurso Voluntário expondo que não fora intimada nas diligências da SDE, o que caracterizaria cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Apontou também incompetência da SDE para analisar as similitudes e diferenças entre as garrafas padrão Sindicerv e AmBev 630ml.

Defendeu a inexistência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Ao contrário, haveria “perigo da demora inverso” decorrente dos danos causados à imagem da empresa e do produto Skol, prejuízos ao combate à pirataria e custos elevados para recolhimento e armazenagem de dois milhões de garrafas de 630ml junto às vidrarias.

A Procuradoria faz referência ao despacho do Conselheiro-Relator, que suspendeu parcialmente a medida preventiva ao permitir a manutenção dos vasilhames no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul para a respectiva comercialização da marca Skol e Bohemia.

O Conselheiro-Relator realizou visitas *in loco* às fábricas da AmBev, Antarctica e Cervejaria Petrópolis. Na segunda empresa, cerca de 0,42% das garrafas foram refugadas, e a última apresentou rejeição de 1,62% das garrafas, ambas por serem do tipo AmBev 630ml.

Na última visita, no centro de distribuição da cervejaria Petrópolis de Duque de Caxias, percebeu-se que das 150 caixas de cerveja uma era de 630ml. Na sequência, foi realizado teste de amostragem de dois *pallets* escolhidos aleatoriamente, que indicaram a existência de 57 garrafas da AmBev em um universo de 2.352 garrafas.

No mérito, a ProCADE não vislumbra danos à imagem da Representada ou ocorrência de perigo inverso porque a decisão do Conselheiro-Relator permitiu a utilização dos vasilhames no Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

Assim, caso a prática fosse considerada lícita poderia ser ampliada para demais localidades. Do contrário, a limitação a esses dois Estados facilitaria o recolhimento dos cascos, na hipótese de condenação.

Por fim, a ProCADE manifesta-se favoravelmente ao provimento parcial do recurso voluntário, para que a AmBev restrinja a comercialização das Cervejas de 630ml à (i) cerveja Skol, no Estado do Rio de Janeiro e (ii) cerveja Bohemia, no Rio

Grande do Sul, salientando que, igualmente, sejam estipulados os requisitos e os responsáveis para as trocas de vasilhames recolhidos dos concorrentes⁹⁵.

O Relatório do Conselheiro menciona que, em outubro de 2007, as garrafas AmBev 630ml foram lançadas em Porto Alegre e, em março de 2008 no Rio de Janeiro.

No dia 3 de abril de 2008, foi apresentada à SDE representação entabulada pela AFEBRAS, ABRABE e Cervejaria Kaiser do Brasil S/A, sustentando que os vasilhames utilizados pela Representada prejudicariam o sistema de intercâmbio das garrafas comuns de 600ml e, conseqüentemente, o mercado.

Em 27 de maio do mesmo ano, foi imposta medida preventiva que determinou o prazo de 3 meses para o recolhimento imediato das garrafas de 630ml, cessação de engarrafamento de cerveja no prazo de 10 dias e troca obrigatória das garrafas de 630ml pelas garrafas padrão Sindicerv até que fossem retiradas do mercado.

A Recorrente aponta que a decisão da SDE seria contraditória ao afirmar que não há obrigatoriedade em participar do sistema compartilhado, mas que a discreta diferenciação da garrafa de 630ml imporá custos significativos aos concorrentes.

Alega que a Secretaria teria invadido a competência do INPI ao avaliar como “pouco diferente” da garrafa Sindicerv. A garrafa é suficientemente diferenciada e seu desenho industrial goza de proteção legal.

Não haveria subsídios suficientes para comprovar o *fumis boni iuri* e o *periculum in mora*, o que acarretaria imediata revisão da medida preventiva imposta pela SDE.

Foi juntada consulta formulada à Barbara Rosemberg e alegações de defesa afirmando que SDE não poderia fazer juízo de diferenciação sobre os vasilhames de cerveja, e que a realização de diligências em apenas 32 pontos de venda se mostra insuficiente para um universo de 80 mil pontos de venda localizados no Rio de Janeiro.

⁹⁵ Ao longo do parecer da Procuradoria Geral do CADE, foram discutidos aspectos processuais relativos à intervenção de terceiros, legitimidade ativa, dentre outros temas que não serão aludidos no presente trabalho por fugirem ao seu escopo.

Foram colacionados pareceres de Einer Elhauge, defendendo a inexistência de *essential facility* e do dever de negociar, e Odete Medauar e Ada Pelegrini, sustentando vícios processuais e inconstitucionalidade na decisão da SDE.

A ABRABE também apresentou parecer, de Celso Fernandes Campilongo, enfatizando que a introdução da garrafa de 630ml modifica o sistema padronizado e distribui os custos de forma assimétrica entre a Recorrente e seus rivais.

De acordo com Campilongo, haveria o risco de diminuição de concorrência por preços, no curto prazo e no longo prazo, e fechamento de mercado nas áreas em que o novo vasilhame fosse adotado. Em seu ponto de vista, estão presentes os requisitos que justificam a adoção da medida preventiva.

O voto do Conselheiro-Relator rejeitou as preliminares processuais arguidas, em consonância com o parecer da Procuradoria do CADE.

No que se refere ao mérito, o mercado relevante material é o de cerveja em garrafas retornáveis. A definição da dimensão geográfica englobou o Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, locais em que há comercialização da cerveja nos vasilhames de 630ml.

Posteriormente, se procedeu a análise do mercado nacional, devido à potencial expansão dos vasilhames para outros pontos no território.

A AmBev possui cerca de 70% do mercado nacional de cervejas comercializadas em garrafas retornáveis.

Até a adoção da garrafa de 630ml, não havia a necessidade de separação das garrafas nos pontos de venda, uma vez que o padrão utilizado se resumia à garrafa Sindicerv.

Apesar de predominante no sistema nacional, existem outras formas de envase que não exigem o compartilhamento de garrafas retornáveis.

Nos Estados Unidos, as bebidas alcoólicas eram integralmente comercializadas em garrafas retornáveis, mas a adoção de garrafas PET e latas descartáveis a partir de 1947 reduziu seu uso para cerca de 1% do total.

Os países da Europa Ocidental utilizam garrafas PET de 1,5L retornáveis, que favorecem a diminuição de peso, impedem o estilhaçamento e permitem melhor acondicionamento nos bares e supermercados.

Esses dados demonstram que a questão concorrencial não se atém ao mérito do sistema de manutenção do mercado de garrafas retornáveis, mas ao fato de que o elevado poder de mercado da AmBev pode provocar efeitos negativos

sobre a concorrência, caso seja capaz de manter um sistema de troca de vasilhames que exclua concorrentes e/ou aumente seus custos.

O aumento de custos para os rivais será considerado ilícito, se reduzir o bem-estar do consumidor, com aumento de preços, diminuição de oferta e/ou qualidade do produto, pois "(...) Para a defesa da concorrência só importa os efeitos sobre os consumidores".

O custo de troca só atinge os rivais da AmBev, já que a companhia se utiliza dos dois tipos de garras. Seus concorrentes, necessitam separar os vasilhames nos pontos de venda, distribuidores e na linha de produção da indústria, bem como proceder à armazenagem e troca das garrafas, elementos estes que corroboram o *fumus boni iuris*.

Apesar das amostragens obtidas nas diligências realizadas carecerem de aprofundamento, foi constatada a existência de um custo, ainda que moderado.

Todavia, o fator preocupante se dá quando da possibilidade de expansão do vasilhame no território nacional, o que acarretaria a criação de um sistema de compartilhamento exclusivo da AmBev, dada a sua participação de 70% do mercado de cerveja.

Caso tal situação viesse a ocorrer, os pontos de venda teriam incentivos para comercializarem apenas produtos do portfólio da AmBev, considerando-se que suprimiriam os custos de estoque das empresas rivais. Estas ficariam impedidas de utilizar as garrafas retornáveis da Representada em razão dos direitos de propriedade industrial, provocando, assim, o fechamento do mercado.

Esse risco mediato confere subsídios para a concessão da medida preventiva, que se justifica também pelos prejuízos atuais impostos aos concorrentes que veem os custos de estocagem aumentar proporcionalmente ao tempo demandado para a decisão do Processo Administrativo.

Como o maior custo na troca das garrafas incide na utilização da mão de obra, o Conselheiro-Relator incumbiu a AmBev da tarefa de trocar as garrafas dos concorrentes que quisessem fazê-lo.

O procedimento dar-se-ia em uma unidade fabril da Representada, que deveria proceder ao carregamento e descarregamento, trocas das garrafas, conferência, averiguação da qualidade dos produtos, bem como assumir todos os demais custos envolvidos, cabendo aos rivais arcarem apenas com as despesas de frete.

A manutenção das garrafas de 630ml foi permitida nos Estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul porque, no primeiro, não houve alteração no *share* e, no segundo, dada a baixa participação da marca Bohemia no mercado.

O tempo gasto até o julgamento definitivo do Processo Administrativo poderia acarretar a inviabilidade de descumprimento da ação judicial, caso houvesse a propagação dos vasilhames da AmBev em território nacional.

Deste modo, o Voto do Conselheiro impôs à AmBev a obrigação de manter a utilização das garrafas de 630ml apenas nos Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, não podendo envasar outras bebidas que não as já utilizadas, havendo impedimento na distribuição para outros Estados.

A Representada também foi obrigada a realizar as trocas das garrafas no prazo de cinco dias, a contar da publicação da decisão, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, no caso de descumprimento.

Foram interpostos Embargos de Declaração por iniciativa da AFEBRAS, ABRABE e Kaiser, cuja decisão não foi localizada no site do CADE.

A última peça processual disponível ao público foi elaborada pela ProCADE, que concluiu pelo cumprimento integral do Termo de Cessação de Conduta – TCC, celebrado pela AmBev e CADE, e homologado pelo plenário em 3 de novembro de 2010.

De acordo com a Procuradoria, a AmBev se comprometeu a cessar completamente a utilização das garrafas de 630ml no território nacional e trocar as garrafas que estivessem em posse dos concorrentes pelas garrafas comuns.

Em 29 de setembro de 2011, a AmBev apresentou o último relatório de auditoria, realizado por empresa independente, comprovando que as obrigações impostas no TCC foram inteiramente implementadas.

Por fim, em 21 de agosto de 2012, a ProCADE se manifestou pelo arquivamento do Processo Administrativo, sendo acompanhada pelo Superintendente Geral, que encaminhou a decisão ao Presidente do CADE para apresentação ao Plenário.

Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65

Partes: Associação Brasileira de Bebidas-ABRABE, Cervejarias Kaiser S/A e Companhia de Bebidas das Américas – AmBev

Relator: Olavo Zago Chinaglia/Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Ementa: Não disponibilizado

O site do CADE disponibilizou os pareceres opinativos da SDE, ProCADE e do Ministério Público Federal, bem como o Relatório e Voto do Conselheiro Relator.

A Secretaria de Direito Econômico recebeu representação formulada pela Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE e Cervejarias Kaiser S/A contra a Companhia de Bebidas das Américas – AmBev, que aduziram semelhantes razões às apontadas no Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81.

Em síntese, a AmBev teria adotado vasilhame de 1L (Litrão) de cor âmbar contendo, em alto-relevo, o logo da empresa e as inscrições “AmBev” e “Qualidade AmBev”.

Após a adoção de medida preventiva impedindo o uso das garrafas exclusivas e retornáveis de 630ml, a Representada teria dado início à adoção do Litrão em diversos Estados Brasileiros.

A introdução desse vasilhame diminuiria o nível de eficiência do sistema de compartilhamento e criaria a necessidade de os fabricantes colocarem no mercado o número de garrafas necessárias à permanência do atual nível de eficiência no sistema de distribuição.

Em razão do pouco espaço físico de que dispõem os revendedores, estes optariam por comercializar apenas produtos da AmBev. Caso decidissem pela comercialização de outras marcas, deveriam arcar com os custos de aquisição dos vasilhames comuns utilizados pelas demais distribuidoras.

Os consumidores também seriam afetados, tendo em vista que há regiões onde a cerveja é comercializada por meio de cascos retornáveis.

A Representante alega que a AmBev pretendia criar um sistema próprio de distribuição e que o alvo do Litrão seriam as regiões populares do sul do país e periféricas de Porto Alegre.

As garrafas de 1 Litro possuem preços iguais aos das garrafas de 600ml, e o casco do primeiro seria 10 vezes mais barato do que o do segundo. Ainda, os Litrões

estariam sendo comercializados sob o mesmo valor, independentemente da marca do produto.

As campanhas publicitárias incentivariam a aquisição das garrafas exclusivas de 1 Litro, as quais não poderiam ser trocadas nas revendas pelas garrafas Sindicerv, o que comprova que a AmBev teria a intenção de adotar um exclusivo sistema de distribuição.

Alguns supermercados gaúchos não comercializariam mais cervejas de 600ml e ofereciam apenas as embalagens do Litrão. Os revendedores tiveram diminuídas as margens de lucro das vendas de cervejas de 600ml, em detrimento do novo vasilhame.

A Representante requereu a instauração de Medida Preventiva com fundamentação no *fumus boni iuris*, que implicaria indução de fidelização do público, destruição da intercambialidade entre garrafas e *periculum in mora* derivado da dificuldade em recuperar os prejuízos causados por essa prática.

A Representada se defendeu apontando que a utilização de embalagens *multipack* é tendência mundial, economicamente racional, eficiente e desejável sob o prisma da concorrência, já que atendem a perfis e consumidores específicos.

As garrafas de 1 Litro são importantes elementos de diferenciação do produto incapaz de excluir ou prejudicar rivais, ou alterar o funcionamento do sistema de intercâmbio.

A Cervejaria Imperial já lançou sua garrafa de 1 Litro, o que comprova que a “variação de embalagens por volumetria não implica aumento de custos significativos aos concorrentes”.

O sistema de armazenamento caseiro de vasilhames para posterior troca é utilizado por apenas 6,6% do mercado total de cervejas no Brasil, e não teria a relevância que a Representante busca conferir.

Não haveria a pretensão, por parte da Ambev, de substituir as garrafas 600ml pelas garrafas de 1 Litro, considerando que, no médio-longo prazo, seu preço absoluto seria mais alto, haveria risco de desperdício e de aquecimento da cerveja, menor portabilidade para consumo, maior dificuldade para o transporte e maiores custos de refrigeração.

A Kaiser apontou que as garrafas logomarcadas poderiam ser utilizadas por qualquer marca da Ambev e obstaría a entrada de novos agentes no mercado, além de aumentar os custos dos rivais.

A existência de garrafas exclusivas causaria os mesmos danos analisados no Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24, já que o Litrão é idêntico à garrafa de 630ml.

A Representada alega que o uso da logomarca AmBev é recurso complementar ao registro do *design* da garrafa para garantir apropriabilidade e evitar a cópia pelos concorrentes.

A análise da SDE aponta que, “diferentemente da Garrafa AmBev 630ml, o Litrão apresenta características que a tornam de fácil diferenciação em relação às demais garrafas padrão Sindicerv.”

A Secretaria realizou pesquisa na internet e constatou que há grande número de embalagens distintas, retornáveis ou não, que oferecem combinações alternativas de preço-quantidade, além de qualidade.

O sistema compartilhado de garrafas permite que o fornecedor substitua as garrafas vazias recolhidas dos postos de vendas pelas garrafas cheias que serão destinadas ao consumidor.

O compartilhamento de garrafas evita a necessidade de separá-las de acordo com o fabricante. O compartilhamento dos vasilhames resulta em menor quantidade de garrafas circuladas, por envolver mais velocidade em seu processo, já que o dono do bar não precisará esperar pelo retorno da garrafa de determinada marca para trocá-la por uma cheia.

Por outro lado, o sistema de compartilhamento exige a homogeneidade dos vasilhames e impede a diferenciação das embalagens.

A SDE expõe que, ao adotar a garrafa AmBev Litrão, a empresa estaria assumindo o próprio risco de haver redução no volume comercializado no sistema compartilhado, sem criar dificuldades aos outros concorrentes, tendo em vista que a introdução da garrafa não gera aumento nos custos dos rivais.

A separação dos vasilhames de 1L dos demais pode ser feita de forma mais rápida e com menores erros, se comparadas à garrafa de 630ml, já que esta seria facilmente confundível com o padrão Sindicerv.

Não foram encontrados sinais de que a AmBev estaria impondo aos revendedores a substituição da comercialização da cerveja em garrafas padrão pelo Litrão.

Os baixos preços do Litrão são estratégias comerciais visando à introdução do novo produto, bem como à facilitação de acesso ao novo vasilhame, sem o qual não haveria venda da bebida.

O parecer conclui pela não ocorrência de infrações à ordem econômica e sugere o arquivamento do processo Administrativo.

A Procuradoria do CADE adere integralmente ao decidido pela Secretaria de Direito Econômico e propõe o arquivamento do feito.

O Ministério Público Federal diverge de ambos os órgãos, pois vislumbra que a conduta se refere à oposição da logomarca “AmBev” no Litrão.

A questão não se atém à adoção do vasilhame de 1L com todas as suas características próprias, mas à diferenciação da logomarca aposta em alto rerelevo, conforme petição da Representante.

Em razão dessa nova embalagem, os concorrentes teriam de adquirir novos vasilhames e investir em logísticas para distribuir as garrafas com mais frequência e de forma capilarizada. Isto se daria do fornecedor para a cervejaria e vice-versa, de forma a garantir a eficiência equivalente ao que era antes viabilizado por quantidade de garrafas de um agente com 70% de *market share*.

Além disso, “(...) a demarcação do “Litrão” tem o potencial efeito de prejudicar também a eficiência do sistema compartilhado de garrafas de 600ml (...)”, considerando que as garrafas restantes seriam insuficientes para assegurar a eficiência do sistema à anterior demarcação da garrafa exclusiva.

Termina o MPF por defender que a AmBev realizou prática predatória e abuso de posição dominante por ter criado dificuldades de acesso das cervejarias aos canais de distribuição, e opina pela “(...) condenação da Representada à obrigação de não demarcar seus frascos “Litrão” com a logomarca exclusiva AmBev (...)”, ou, alternativamente, de reivindicar o licenciamento compulsório ao INPI.

As duas decisões acima mencionadas, cuja abordagem neste trabalho se restringiu aos debates sobre o desenho industrial das garrafas, possuem conclusões antagônicas.

Comentário:

A AmBev, ré de ambos os processos, sofreu medida preventiva no primeiro caso, mas obteve o arquivamento do segundo.

As acusações tinham como objeto a introdução de vasilhames dotados de elementos gráficos e palavras inscritas em alto-relevo. A única variação encontrada foi a volumetria das garrafas 630ml, no primeiro caso, e 1L, no segundo.

No Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81, a Secretaria de Direito Econômico considerou que os vasilhames de 630ml impunham significativos custos aos rivais, que se viam obrigados a separá-los das garrafas padrão Sindicerv de 600ml, com as quais eram confundidas, devendo ainda encaminhar aquelas à AmBev.

Com isso, houve o deferimento de medida preventiva para imediata cessação de envase nessas garrafas e obrigação de proceder à troca dos cascos equivocadamente postos nas garrafeiras dos concorrentes e por eles recolhidos.

Todavia, a conclusão do Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65 difere do Recurso Administrativo, na medida em que o SBDC não encontrou irregularidades na utilização de garrafas de 1L demarcadas com os mesmos elementos encontrados nas garrafas de 630ml.

Excetuando o parecer do MPF, a SDE e a ProCADE concluíram que os Litrões não feriram a concorrência, já que seriam facilmente diferenciáveis das garrafas de 600ml.

Idêntico foi o pensamento do Conselheiro-Relator e atual Superintendente Geral quanto à inexistência de ilicitude na adoção dos vasilhames de maior capacidade.

Ocorre que a representação investigada no Processo Administrativo em questão não se restringia ao uso do Litrão, mas à impossibilidade de utilização compartilhada dos vasilhames, em razão dos elementos visuais apostados.

O Ministério Público Federal ressaltou manifestação da Representante ABRABE, que afirma categoricamente jamais ter se voltado “contra o Litrão em si, mas, apenas e tão somente, contra a gravação dos cascos com a logomarca AmBev”.

Por algum motivo, o SBDC desconsiderou essa alegação nos dois processos e se concentrou apenas na necessidade de diferenciação dos

vasilhames, não se atendo ao fato de que as gravações dos cascos causavam os mesmos prejuízos acarretados pelo uso da garrafa de 630ml.

De fato, as formas ornamentais dos vasilhames e gravuras desenvolvidas pela AmBev satisfazem os critérios legais para o registro como desenho industrial, visto que não há aplicação prática dos aperfeiçoamentos realizados.

Entretanto, a AmBev se utilizou desta prerrogativa para impedir que os rivais se utilizassem de seus vasilhames no sistema compartilhado.

É correto que a empresa não está obrigada a permanecer nesse sistema de utilização mútua de garrafas. Porém, impedir que seus concorrentes dele se utilizem provoca custos excessivos e predação sem utilização de preços, conforme conclusão do Ministério Público Feral.

Ao acrescentar a gravação nos vasilhames, a AmBev obriga que os concorrentes tenham os custos de separação e envio das garrafas à empresa dominante do mercado.

Coincidência ou não, fato é que a AmBev possui 33⁹⁶ registros de desenhos industriais aplicáveis a garrafas, e, dentre estes, apenas quatro foram deferidos após análise de mérito, dezessete foram deferidos sem análise de mérito e doze foram anulados por iniciativa do INPI ou de concorrentes.

Dentre os registros anulados, um foi por decisão judicial com efeito suspensivo obtido perante o tribunal e quatro decorreram da perfeita identidade com desenhos industriais já protegidos.

Não se pretende com isso impedir que a AmBev e demais empresas dominantes deixassem de inovar e aprimorar seus produtos.

O que não pode ser admitido é o prejuízo à concorrência em prol da inventividade e diferenciação de produtos.

Não haveria riscos concorrenciais, se a AmBev não participasse do sistema compartilhado. Porém, a partir do momento em que o faz e possui a condição de empresa dominante, deve avaliar se as estratégias empresariais não prejudicarão seus concorrentes e, em última análise, o bem-estar do consumidor.

⁹⁶ Disponível em <<http://formulario.inpi.gov.br/MarcaPatente/servlet/DesenhoServletController>>. Acesso em 27 de novembro de 2012.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que o direito de exclusiva não é ilimitado. Como todo direito, deverá ser exercido dentro de razoáveis limites que não prejudiquem a atividade do concorrente e permitam a livre concorrência, em especial no mercado onde a patente está inserida.

A análise da jurisprudência do CADE demonstra que os agentes detentores de posição dominante se utilizam dos direitos patentários e direitos de registro para excluírem concorrentes atuantes no mesmo mercado relevante material, ou no mercado *dowstream*.

Essa conduta é especialmente verificada nos setores em que o poder de mercado alcança níveis de dominação próximos aos do monopólio, tais como os setores de informática e o automotivo.

No setor de informática, os detentores de sistemas operacionais v.g. *Windows* se utilizam dos direitos autorais para impedir os concorrentes de desenvolverem aplicativos que possam contestar a posição dominante do pacote Office.

Da mesma forma, as montadoras de automóveis alavancam a participação no mercado de manutenção de automóveis ao proibirem o acesso das oficinas independentes aos *softwares* de manutenção ou às peças de reposição *must match*.

Apesar de pouco expressiva em termos numéricos, visto que apenas 10 casos foram analisados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sob o ponto de vista econômico e do bem-estar do consumidor, as condutas exclusionárias se mostraram impactantes.

Isto porque os agentes detentores da propriedade industrial são fornecedores de bens e serviços cujo consumo está introjetado na sociedade brasileira.

Por esta razão, a dominação do mercado primário e secundário pelo direito de exclusiva configura-se como uma estratégia empresarial cuja racionalidade se dá pela obtenção de maiores lucros, por meio de medida artificial albergada pela lei.

Apesar disso, o SBDC considerou que as poucas condutas levadas à apreciação do sistema não causavam prejuízos econômicos e competitivos.

Pela análise da jurisprudência, constata-se que as decisões proferidas pelo CADE originaram-se de Recursos de Ofícios propostos pela SDE quando do arquivamento das Averiguações Preliminares e Processos Administrativos.

Os argumentos apresentados pelas Representadas foram, em grande parte, adotados como razão de decidir da Secretaria, que se mostrou inerte ao não aprofundar o estudo de eventuais impactos negativos ao direito de escolha do consumidor e ao bem-estar social.

Isso pode demonstrar que a SDE desconsidera os efeitos antieconômicos decorrentes da atuação abusiva da Propriedade Intelectual, não fazendo uso da prerrogativa de interpretar extensivamente os artigos 20 e 21 da lei.

As alegações apresentadas pelas empresas investigadas poderão ser sucintamente apreciadas na Tabela apresentada no Apêndice VII do presente trabalho.

O SBDC possui alguma dificuldade em vislumbrar os limites concorrenciais para a oponibilidade do direito de exclusiva, por parte dos detentores de poder de mercado frente aos concorrentes.

Ademais, os próprios órgãos que compõem o Sistema apresentam desarmonia quanto aos elementos da conduta que deverão ser investigados.

A SDE, a ProCADE e o MPF analisam diferentes objetos com critérios próprios, o que acarreta certa contradição em suas decisões.

Nesse sentido, podemos citar como exemplo o Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65, onde se investigou a utilização de garrafas de 1L grafadas em alto-relevo com símbolos da AmBev.

Apesar da expressa manifestação do MPF no sentido de que a conduta analisada deveria se restringir à aposição de elementos em alto-relevo nos vasilhames de 1L, a ProCADE e a SDE se ativeram à volumetria das garrafas e sugeriram o arquivamento da investigação.

A metodologia sobre o procedimento de investigação e o objeto a ser investigado são imprescindíveis para a coesão da decisão a ser proferida.

Não parece razoável permitir que os órgãos desperdicem sinergia no estudo de pontos desconexos, cuja conclusão divergirá do objeto apresentado na denúncia.

Outro ponto a ser questionado é o aparente desconhecimento do mercado onde está inserido o direito patentário oposto aos concorrentes.

O precoce arquivamento do Processo Administrativo nº 08012.005818/2004-23, que trata da recusa de fornecimento dos *softwares* de diagnósticos e manutenção de automóveis das montadoras às oficinas independentes, justifica-se pelo desconhecimento das funções e utilidades do produto patentado.

Aduzir que um bom mecânico pode substituir as funções de um programa de computador demonstra pouca ou nenhuma informação prévia da utilização do produto no mercado.

Oficiar as empresas Representadas e eventuais concorrentes não é suficiente para obter os subsídios necessários, já que as primeiras são parte interessada e as segundas, na maioria das vezes, possuem relações comerciais que suprimem a isenção no fornecimento de informações ao órgão requerente.

É necessário que o destinatário final do produto patentado se manifeste e apresente as informações necessárias ao conhecimento do mercado e a existência de eventuais bens substituíveis.

Igualmente necessário é que a Superintendência Geral, outrora Secretaria de Direito Econômico, realize os testes de substituíbilidade dos bens e verifique se há imprescindibilidade do produto para o exercício da atividade do concorrente, e se o direito de escolha do consumidor está assegurado.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deverá ficar atento para constatar se as estratégias empresariais adotadas pelas empresas dominantes não possuem como objetivo provocar a dependência do consumidor.

Os mercados mais suscetíveis a esse fato são os que impõem ao adquirente altos dispêndios financeiros ou dificuldades técnicas para troca do produto principal ou, ainda, a exclusão definitiva de empresas rivais pelo patenteamento de determinado produto.

Dependência do consumidor e exclusão de rivais são os principais instrumentos utilizados pelas empresas em posição de quase monopólio para aumento de lucros e manutenção da posição dominante.

Também é possível que se proceda à predação dos rivais através dos aumentos de custos v.g. AmBev e Monsanto, onde a primeira impunha custos de separação dos vasilhames aos rivais e a segunda compelia empresas nacionais a importarem sementes transgênicas para testes, ante a recusa de fornecê-las no Brasil. Este argumento, apesar de claramente predatório, foi aceito pelo SBDC.

Apesar das incongruentes decisões, é de se destacar que a nova estrutura física e administrativa disponível ao SuperCade permitirá reverter o panorama apresentado.

A Superintendência Geral, será o órgão que capitaneará a defesa da concorrência no Brasil, cujos instrumentos jurídicos encontram-se disponíveis na Constituição Brasileira e nas normas infraconstitucionais.

Por fim, cumpre ressaltar que a parceria entre o CADE e o INPI é instrumento essencial, fundamental, para que o SBDC usufrua da *expertise* necessária à análise das condutas submetidas à apreciação do órgão. Por outro lado, o INPI deve ter plena consciência da relevância que possui no cenário competitivo brasileiro, visto que a outorga dos títulos de registros, patentes e direitos autorais transcende o direito de exclusiva e acarreta, muitas vezes, o monopólio de setores econômicos por vias artificiais e ilícitas.

APÊNDICE I

BUSCA DIRETA DE JURISPRUDÊNCIA NO SITE DO CADE⁹⁷

Chave de busca: "processo administrativo" e "propriedade industrial"

Chave de busca: "processo administrativo" e "9279"

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

Chave de Busca: "processo administrativo" e "desenho industrial"

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

Chave de Busca: "processo administrativo" e "patente"

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

Chave de Busca: "averiguação preliminar" e "propriedade intelectual"

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

Chave de Busca: "9.279"

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

Chave de Busca: "9279"

Tipo de Ação	Número do Processo
Ato de Concentração	08012.007073/2003-56
Ato de Concentração	08012.007073/2003-56
Ato de Concentração	08012.003427/2003-93
Ato de Concentração	08012.003427/2003-93

Chave de Busca: "averiguação preliminar" e "propriedade"

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

⁹⁷Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em 9 de junho de 2012.

APÊNDICE II

BUSCA INDIRETA NO DOMÍNIO DO CADE EFETUADA POR MEIO DO GOOGLE

Chave de busca: "*processo administrativo*" e "*propriedade industrial*" site: *www.cade.gov.br*
Resultados: aproximadamente 621⁹⁸, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
1. Processo Administrativo	53500-000359/99
2. Processo Administrativo	08012.006516/2001-20
3. Processo Administrativo	08012.006517/2001-74
4. Processo Administrativo	08012.002038/2000-27
5. Protocolado	08012.004283/2000-40
6. Averiguação Preliminar	08012.002034/2005-24
7. Processo Administrativo	08012.005928/2003-12
8. Processo Administrativo	08012.002764/2009-59
9. Processo Administrativo	08012.002474/2008-24
10. Averiguação Preliminar	08012.001952/2008-89
11. Averiguação Preliminar	08000.026056/96-30

Chave de busca: "*processo administrativo*" e "*9279*" site: *www.cade.gov.br*
Resultados: 8⁹⁹, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
1. Processo Administrativo	08012.006518/2001-19
2. Averiguação Preliminar	08012.005727/2006-50

Chave de Busca: "*processo administrativo*" e "*desenho industrial*" site: *www.cade.gov.br*
Resultados: aproximadamente 13¹⁰⁰, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
Nenhum	Nenhum

⁹⁸ Disponível em <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&output=search&scient=psy-ab&q=processo+administrativo%22+e+%22propriedade+industrial%22+site:www.cade.gov.br&oq=processo+administrativo%22+e+%22propriedade+industrial%22+site:www.cade.gov.br&aq=f&aql=&aql=&gs_l=hp.3...81146.81146.0.82253.1.1.0.0.0.0.565.565.5-1.1.0...0.0.gv-SP5PfHSY&pbx=1&BAv=on.2,or_r_gc.r_pw.r_qf,cf.osb&fp=66c3ff258589db48&biw=1366&bih=638>. Acesso em 9 de junho de 2012.

⁹⁹ Disponível em <[www.google.com.br/#hl=pt-BR&output=search&scient=psy-ab&q=processo+administrativo+e+\"propriedade+industrial\"+site:www.cade.gov.br&oq=processo+administrativo+e+\"propriedade+industrial\"+site:www.cade.gov.br](http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&output=search&scient=psy-ab&q=processo+administrativo+e+\)>. Acesso em 9 de junho de 2012.

¹⁰⁰ Disponível em <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&scient=psy-ab&q=%22processo+administrativo%22+e+%22desenho+industrial%22+site:www.cade.gov.br&oq=%22processo+administrativo%22+e+%22desenho+industrial%22+site:www.cade.gov.br&aq=f&aql=&aql=&gs_l=hp.12...145589.168144.2.168637.2.2.0.0.0.0.572.572.5-1.1.0.0.0.Hg5GruLKJFQ&pbx=1&bav=on.2,or_r_gc.r_pw.r_qf,cf.osb&fp=66c3ff258589db48&biw=1366&bih=638>. Acesso em 9 de junho de 2012.

Chave de Busca: "processo administrativo" e "patente" - site: www.cade.gov.br
 Resultados: aproximadamente 225¹⁰¹, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
1. Averiguação Preliminar	08012.001315/2007-21
2. Averiguação Preliminar	08012.005181/2006-37
3. Averiguação Preliminar	08012.008659/1998-09
4. Averiguação Preliminar	08012.008804/2004-18 ¹⁰²
5. Requerimento	08700.001238/2010-57
6. Averiguação Preliminar	08012.003648/1998-05
7. Processo Administrativo	08000.02144/1995-92
8. Processo Administrativo	08012.004484/2005-51
9. Processo Administrativo	08012.007514/2000-73
10. Recurso Voluntário	08700.002874/2008-81
11. Processo Administrativo	08012.004283/2000-40
12. Averiguação Preliminar	08012.004308/2005-10
13. Averiguação Preliminar	08012.005181/2006-37
14. Averiguação Preliminar	08012.005335/2002-67
15. Averiguação Preliminar	08012.004275/2000-01
16. Averiguação Preliminar	08012.010853/2005-45
17. Averiguação Preliminar	08012.010848/2005-32
18. Averiguação Preliminar	08012.010847/2005-98
19. Averiguação Preliminar	08012.010851/2005-56
20. Averiguação Preliminar	08012.010852/2005-09
21. Averiguação Preliminar	08012.010850/2005-10
22. Processo Administrativo	8012.005561/99-72
23. Processo Administrativo	8012.002764/2009-99

¹⁰¹ Disponível em <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&scient=psy-ab&q=%22processo+administrativo%22+e+%22patente%22+site:www.cade.gov.br&oq=%22processo+administrativo%22+e+%22patente%22+site:www.cade.gov.br&aq=f&aqi=&aql=&gs_l=hp.3132195.132195.3.132569.1.1.0.0.0.0.0.0...0.0.vo7OHTThPeu8&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&fp=66c3ff258589db48 &biw=1366&bih=638> Acesso em 9 de junho de 2012.

¹⁰² Não localizado.

Chave de Busca: "averiguação preliminar" e "propriedade intelectual" site: www.cade.gov.br
 Resultados: aproximadamente 106¹⁰³, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
1. Averiguação Preliminar	08012.005727/2006-50
2. Averiguação Preliminar	08012.005335/2002-67
3. Averiguação Preliminar	08012.001315/2007-21
4. Averiguação Preliminar	08012.003009/2006-49
5. Averiguação Preliminar	08012.004308/2005-10
6. Averiguação Preliminar	08012.003009/2006-49
7. Processo Administrativo	08012.002673/2007-51
8. Processo Administrativo	08012.004635/2000-67
9. Processo Administrativo	08012.005181/2006-37
10. Averiguação Preliminar	08012.004308/2005-10
11. Averiguação Preliminar	08012.001952/2008-89
12. Averiguação Preliminar	08012.004570/2000-50
13. Procedimento Administrativo	08012.004308/2005-10
14. Processo Administrativo	08012.005818/2004-12 08012.010848/2005-32 08012.10847/2005-98 08012.010850/2005-10 08012.010851/2005-56 08012.010852/2005-09 08012.010849/2005-87 08012.010852/3005-45
15. Averiguação preliminar	08012.004657/2006-12
16. Averiguação preliminar	08012.001743/2002-40
17. Averiguação preliminar	08012.001952/2008-89
18. Averiguação preliminar	08012.005181/2006-37
19. Averiguação Preliminar	08012.004570/2000-50
20. Averiguação Preliminar	08012.00204/2001-11
21. Processo Administrativo	08012.004283/2000-40
22. Processo Administrativo	08012.008659/1998-09

¹⁰³Disponível em <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&client=psy-ab&q=%22averigua%C3%A7%C3%A3o+preliminar%22+e+%22propriedade+intelectual%22+site:www.cade.gov.br&oq=%22averigua%C3%A7%C3%A3o+preliminar%22+e+%22propriedade+intelectual%22+site:www.cade.gov.br&aq=f&aqi=&aql=&gs_l=hp.3...111203.111203.4.112071.1.1.0.0.0.568.568.5-1.1.0...0.0.3EdeE1VXmhI&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&fp=66c3ff258589db48&biw=1366&bih=638>. Acesso em 9 de junho de 2012.

Chave de Busca: “9.279” site: *www.cade.gov.br*

Resultados: aproximadamente 94¹⁰⁴, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
1. Averiguação Preliminar	08012.003009/2006-49
2. Averiguação Preliminar	08012.005203/2004-05
3. Averiguação Preliminar	08000.026056/96-30
4. Averiguação Preliminar	08012.006504/2001-03
5. Averiguação Preliminar	08012.002893/2001-90
6. Averiguação Preliminar	08012.001314/2007-21
7. Averiguação Preliminar	08012.001952/2008-89
8. Averiguação Preliminar	08012.002893/2001-90
9. Averiguação Preliminar	08012.005335/2002-67

Chave de Busca: “averiguação preliminar” e “propriedade” site: *www.cade.gov.br*

Resultados: aproximadamente 367¹⁰⁵, dentre os quais são aplicáveis os abaixo indicados.

Tipo de Ação	Número do Processo
1. Averiguação Preliminar	08012.005727/2006-50
2. Averiguação Preliminar	08012.001315/2007-21
3. Averiguação Preliminar	08012.003009/2006-49
4. Averiguação Preliminar	08012.002673/2007-51
5. Averiguação Preliminar	08012.004635/2000-67
6. Averiguação Preliminar	08012.005181/2006-37
7. Averiguação Preliminar	08012.001952/2008-89
8. Averiguação Preliminar	08012.004570/2000-50
9. Averiguação Preliminar	08012.004308/2005-10
10. Julgamento em Conjunto	08012.005818/2004-23
11. Averiguação Preliminar	08012.004657/2006-12
12. Averiguação Preliminar	08012.001743/2002-40
13. Averiguação Preliminar	08012.000204/2001-11
14. Processo Administrativo	08012.004283/2000-40
15. Processo Administrativo	08012.008659/1998-09

⁹² Disponível em <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&scient=psy-ab&q=%E2%80%9C9.279%E2%80%9D+site:www.cade.gov.br&oq=%E2%80%9C9.279%E2%80%9D+site:www.cade.gov.br&aq=f&ai=aql=&gs_l=hp.12...138805.138805.5.139394.1.1.0.0.0.0.0.0...0.0.zKOCAtBqBwU&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&fp=66c3ff258589db48&biw=1366&bih=638>. Acesso em 09 de junho de 2012

¹⁰⁵ Disponível em <http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&scient=psy-ab&q=%E2%80%9Caverigua%C3%A7%C3%A3o+preliminar%E2%80%9D+e+%E2%80%9Cpropriedade%E2%80%9D+site:www.cade.gov.br&oq=%E2%80%9Caverigua%C3%A7%C3%A3o+preliminar%E2%80%9D+e+%E2%80%9Cpropriedade%E2%80%9D+site:www.cade.gov.br&aq=f&ai=aql=&gs_l=hp.3...1780.1780.9.2177.1.1.0.0.0.0.0.0...0.0.n8MXyTbyThg&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&fp=66c3ff258589db48&biw=1366&bih=638>. Disponível em 09 de junho de 2012.

APÊNDICE III

Acórdãos obtidos após eliminação de resultados repetidos e processos julgados por conexão.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.005335/2002-67	Ediouro Publicações S/A Editora Nova Atenas Ltda. Ponto da Arte Editora Ltda.	Luis Fernando Schuartz	Averiguação Preliminar. Criação de dificuldades para desenvolvimento de empresa concorrente no mercado de publicações do gênero passatempo. Índícios de infração. Decisão pela instauração de processo administrativo para a continuidade das investigações das condutas imputadas à Ediouro Publicações S/A.
Averiguação Preliminar	08000.02144/1995-92	Não localizado	Não localizado	Não localizado
Averiguação Preliminar	08012.005203/2004-05	Nelson Quintas Telecomunicações do Brasil Ltda. Telemar Norte Leste S/A	Luis Fernando Schuartz	Averiguação Preliminar. Alegação de prática de abuso de posição dominante, visando criar dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de concorrente. Inocorrência. Decisão pelo arquivamento.
Averiguação Preliminar	08012.000204/2001-11	Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda. Labnew Indústria e Comércio Ltda.	Ricardo Machado Ruiz	Averiguação Preliminar. Suposta Infração à ordem econômica: formação de cartel e preço predatório, artigos 20 e 21 da Lei 8.888/94. Mercado de tubos de coleta de sangue e tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo. Inexistência de indícios. Parecer da ProCADE e MPF pelo arquivamento. Acolhimento do recurso de ofício e arquivamento da averiguação preliminar. Palavras-chaves: preço predatório, cartel, arquivamento.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.001315/2007-21	Cemaz Indústria Eletrônica da Amazônia S.A. Gradiente Eletrônica S.A. Koninklijke Philips Electronics N.V. Philips do Brasil Ltda.	Olavo Zago Chinaglia	Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de posição dominante no mercado de fabricação de aparelhos de DVD. Convergência dos pareceres pelo arquivamento. Ausência de indícios de infração à ordem concorrência. Análise na forma do art. 50 da Lei nº 9.784/00. Conhecimento e desprovemento do recurso. Arquivamento do feito.
Averiguação preliminar	08012.001743/2002-40	João Carlos Ferreira da Silva e Editora Globo. Editora Nova Era. Editora Civilização Brasileira. Editora Record. Editora Saraiva, Editora LTD, dentre outras.	Olavo Zago Chinaglia	Recurso de Ofício. Averiguação Preliminar. Denúncia de prática de fixação de preços de revenda no mercado editorial brasileiro. Lei 9.610/98: previsão expressa de fixação de preço de capa pelos editores. Caráter meramente sugestivo das listas elaboradas pelas editoras. Ausência de indícios de conduta anti-competitiva por parte das representadas. Pareceres da SDE/MJ, ProCADE e Ministério Público Federal pelo arquivamento da averiguação preliminar. Recurso conhecido e não provido. Arquivamento.
Processo Administrativo	08012.002038/2000-27	CPI dos Medicamentos. United Medical Ltda.	Vinícius Marques de Carvalho	Processo Administrativo. Investigação sobre suposta prática anticoncorrencial no mercado de comercialização e distribuição de medicamento. Infração não demonstrada. Voto pelo arquivamento.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.001952/2008-89	Colormatrix América do Sul Ltda.; Dry Color Especialidades Químicas Ltda.	Olavo Zago Chinaglia	Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de posição dominante no mercado de pigmentos para termoplásticos. Convergência dos pareceres pelo arquivamento. Ausência de indícios de infração à concorrência. Análise na forma do art. 50 da Lei nº 9.784. Pareceres convergentes pelo arquivamento. Conhecimento e desprovimento do recurso. Arquivamento do feito.
Averiguação Preliminar	08012.00204/2001-11	Não localizado	Não localizado	Não localizado
Averiguação Preliminar	08012.002474/2008-24	Não localizado	Não localizado	Não localizado
Averiguação Preliminar	08012.002034/2005-24	Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. <i>Microsoft</i> Informática Ltda.	Abraham Benzaquem Sicsú	Averiguação Preliminar, para apurar práticas destinadas a impedir o desenvolvimento de <i>software</i> . Posição dominante no mercado de sistemas operacionais. Denúncias exemplificativas da infração: preço predatório, discriminação por parte dos bancos em favor da Representada, e limitação ao acesso à tecnologia essencial. Necessidade de aprofundamento das investigações. Possível discriminação, em termos de tempo e condições comerciais, na disponibilização de ferramentas de desenvolvimento de <i>software</i> . Conhecimento e provimento do recurso de ofício.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.002673/2007-51	Associação Nacional dos Fabricantes de Auto Peças – ANFAPE. Fiat Automóveis S.A. Ford Motor Company Brasil Ltda. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Em julgamento
Processo Administrativo	08012.002764/2009-59	Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. Devanlay Ventures Comércio. Importados, Exportação e Participações Ltda.	Vinícius Marques de Carvalho	Processo Administrativo. Suposta infração de inviabilização de funcionamento de empresa adquirente de produtos. Suposta conduta unilateral passível de enquadramento no inciso I do art. 20 c/c inciso V do art. 21 da Lei nº 8.884/94. Sistema de franquia. Mercado varejista de vestiário e acessórios da cidade de São Paulo. Pareceres da SDE/MJ, Procuradoria do CADE e MPF convergentes pelo arquivamento. Infração não configurada. Arquivamento.
Averiguação Preliminar	08012.002764/2009-99	Não localizado	Não localizado	Não localizado
Averiguação Preliminar	08012.002893/2001-90	Indaco Indústria e Comércio Ltda. Chemfab do Brasil Ltda.	Luis Fernando Schuartz	Averiguação Preliminar. Alegação de prática anticoncorrencial, com o intuito de prejudicar e/ou eliminar participante do mercado de teflon. Inocorrência. Decisão pelo arquivamento.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.003009/2006-49	Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. <i>Oracle</i> do Brasil Sistemas Ltda.	César Costa Alves de Mattos	Averiguação Preliminar. Possíveis práticas restritivas à concorrência. Prática comercial de exclusividade adotada pela <i>Oracle</i> para a prestação de serviços de atualização e suporte técnico do <i>software</i> Sistema Gerenciador de Banco de Dados. Mercado Relevante. <i>After market</i> do <i>software</i> Sistema Gerenciador do Banco de Dados. Pareceres da SDE, ProCade e MPF favoráveis ao arquivamento.
Averiguação Preliminar	08012.003648/1998-05	Figuroa Campos Indústria e Comércio Ltda. White Martins Indústria de Gases S.A.	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de poder econômico. Preço abusivo e cartel. Mercado de gases industriais: oxigênio líquido. Belo Horizonte, Minas Gerais. Inocorrência de prescrição. Ausência de provas. Ausência de indícios de infração à ordem econômica. Existência de outro processo administrativo contra a representada sobre cartel. Arquivamento.
Averiguação Preliminar	08012.004275/2000-01	Conselho Nacional de Farmácia do Distrito Federal. Novartis Biociências S.A.	César Costa Alves de Mattos	Averiguação Preliminar. Representação feita pelo Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal em desfavor da Novartis Biociência Ltda. Suposta promoção, por parte da Novartis estivesse, de campanha para desacreditar o medicamento fabricado por concorrente. Pareceres da SDE, MPF, e ProCADE pelo arquivamento. Ausência de conduta anticoncorrencial. Recomendação de envio de cópia dos autos para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para apuração de eventual crime de corrupção ativa perpetrado pela representada. Arquivamento.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.004308/2005-10	Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Informix do Brasil Comércio e Serviços Ltda.	Olavo Zago Chinaglia	Averiguação Preliminar. Possível prática de venda casada por parte da Informix quando do fornecimento de <i>software</i> gerenciador de bancos de dados (Informix Dynamic Server - IDS) para o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). Pareceres da SDE, ProCADE e MPF favoráveis pelo arquivamento. Arquivamento. Palavra-chave: <i>software</i> , venda casada.
Averiguação Preliminar	08012.004484/2005-51	SEVA Engenharia Eletrônica S.A. Siemens VDO Automotive Ltda.	Fernando de Magalhães Furlan	Processo Administrativo. Comércio de tacógrafos no Brasil. Convite à cartelização. Condenação da representada por influenciar a adoção de conduta comercial concertada entre concorrentes. Multa de um por cento do valor do faturamento bruto.
Averiguação Preliminar	08012.004283/2000-40	Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. Léo Produções Ltda.	Vinicius Marques de Carvalho	Processo Administrativo. Denúncia de abuso do direito de petição com reflexos na concorrência. Despacho instaurador para averiguar conduta tipificada no art. 20, I, II e IV c/c o art. 21, IV, V e VI da Lei 8.884/94. Conduta unilateral. Empresas Box 3 Vídeo e Publicidade (produtora do programa "Shop Tour" São Paulo) e Léo Produções Publicidade Ltda. (Produtora do programa "Shop Tour" Campinas), no segmento de programas de vendas e promoções veiculados nas emissoras de televisão. Mercado de veiculação de programas de venda pela TV em âmbito nacional. Pareceres da SDE, PROCADE, MPF pela não condenação. Entendimento do relator contrário aos pareceres, pela configuração de infração contra a ordem econômica, em razão do abuso do direito de petição. Voto pela condenação das representadas ao pagamento de multa e publicação da decisão em jornal de grande circulação. Palavras-chaves: <i>sham litigation</i> , abuso do direito de petição, programas de televisão, propriedade intelectual, direito autoral.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Averiguação Preliminar	08012.004570/2000-50	Sociedade Brasileira de Instrução – SBI. <i>Microsoft</i> Informática Ltda.	Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Pedido de Reconsideração aos Embargos de Declaração em Averiguação Preliminar. Provimento para considerar tempestivos os Embargos de Declaração, possibilitando sua análise. Inexistência de contradições no voto-vista dos Embargos de Declaração.
Averiguação Preliminar	08012.004635/2000-67	Banco Battistella S/A. Transportes Della Volpe S/A. Datapoint do Brasil S/A. Informática e Comunicações.	Luis Fernando Schuartz	Processo Administrativo. Verificação de prescrição intercorrente, nos termos do §1º do art. 1º da Lei nº 9873/99. Inexistência de indícios de infração da ordem econômica. Decisão pelo arquivamento
Averiguação Preliminar	08012.004657/2006-12	Jofund S.A. Sada Siderúrgica Ltda. Metalúrgica D S Ltda. Invicta Vigorelli Metalúrgica Ltda. Funderg Hipper Freios Ltda.	Fernando de Magalhães Furlan	Averiguação Preliminar - Alegação de prática anticompetitiva no mercado de nacional de discos e tambores de freios destinados à reposição - Inexistência de indícios de infração à ordem econômica - Decisão pelo arquivamento.
Averiguação Preliminar	08012.005181/2006-37	Videolar S.A. Koninklijke Philips Electronics N.V.	Paulo Furquim de Azevedo	Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de posição dominante no mercado de fabricação de mídias ópticas de armazenamento graváveis. Convergência dos pareceres. Ausência de indícios de infração à concorrência. Análise na forma do art. 50 da Lei nº 9.784/99. Conhecimento e desprovimento do recurso. Arquivamento do feito.

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Processo Administrativo	08012.005818/2004-23 08012.010848/2005-32 08012.10847/2005-98 08012.010850/2005-10 08012.010851/2005-56 08012.010852/2005-09 08012.010849/2005-87 08012.010853/2005-45	Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Renault do Brasil S.A. Fiat Automóveis. Mercedes Benz do Brasil. Honda Automóveis do Brasil Ltda. Peugeot Citroën do Brasil Automóveis S.A. Toyota do Brasil Ltda. General Motors do Brasil Ltda. Volkswagen do Brasil.	Fernando de Magalhães Furlan	Averiguação Preliminar - Alegação de conduta anticompetitiva nos mercados nacionais de manutenção de veículos e fornecimento de equipamentos de diagnósticos - Inexistência de indícios de infração à ordem econômica - Decisão pelo arquivamento.
Processo Administrativo	08012.006516/2001-20 08012.006517/2001-74 08012.006518/2001-19 08012.006519/2001-63	Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores. Fiat Automóveis. General Motors do Brasil Ltda. Volkswagen do Brasil. Ford Company do Brasil Ltda.	Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Processos Administrativos. Conexão. Suposta prática de preços abusivos pelas Representadas. Mercado de venda de peças de reposição de veículos. Ausência de indícios de ilícito concorrencial. Voto pelo arquivamento do processo.
Processo Administrativo	08012.006504/2001-03	Madson Eletrometalúrgica Ltda. Esperança Real S/A. Arnova do Brasil Ltda.	Luis Fernando Schuartz	Averiguação Preliminar. Alegação de prática anticoncorrencial com o intuito de dominar o mercado nacional de coifas e depuradores. Inocorrência. Decisão pelo arquivamento.
Processo Administrativo	08012.007514/2000-73	Não localizado	Não localizado	Não localizado

TIPO DE AÇÃO	PROCESSO Nº	PARTES	RELATOR	EMENTA
Processo Administrativo	08012.008659/1998-09	Nortox S/A. Monsanto do Brasil Ltda.	Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Recurso de ofício em Processo Administrativo. Suposta prática de venda casada entre sementes de soja geneticamente modificadas e herbicidas à base de glifosato, bem como de conduta tendente a impedir o acesso de concorrentes às mencionadas sementes. Tipos previstos no art. 21, IV, V, VI, XIII e XXIII da Lei 8.884/94. Infração não configurada. Voto pelo arquivamento.
Processo Administrativo	08012.008804/2004-18	Não localizado	Não localizado	Não localizado
Requerimento	08700.001238/2010-57	Companhia de Bebidas das Américas - AmBev	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Termo de Compromisso de Cessação - Suposta elevação artificial dos custos dos concorrentes e fechamento de mercado-Práticas investigadas com indícios de violações à ordem econômica previstos no artigo 20 c/c artigo 21, incisos IV, V e VI, ambos da Lei nº 8.884/94 - Mercado de Cervejas - Proposta apresentada em fase de Processo Administrativo - Obrigação de cessação do envase de Garrafas de 630ml - Suspensão do Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24 e do Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81 com relação ao compromissário. Negociação confidencial. Palavras-Chave: TCC - Garrafas de 630ml - Cessação do Envase - Suspensão do Processo Administrativo e do Recurso Voluntário.
Requerimento	53500-000359/99	Não localizado	Não localizado	Não localizado

APÊNDICE IV

1) Tipo de processo: Processo Administrativo

Autos nº 08012.008659/1998-09

Partes: Nortox e Monsanto do Brasil Ltda.

Relator: Luis Fernando Rigato Vasconcellos

Ementa: Recurso de ofício em Processo Administrativo. Suposta prática de venda casada entre sementes de soja geneticamente modificadas e herbicidas à base de glifosato, bem como de conduta tendente a impedir o acesso de concorrentes às mencionadas sementes. Tipos previstos no art. 21, IV, V, VI, XIII e XXIII da Lei 8.884/94. Infração não configurada. Voto pelo arquivamento.

2) Tipo de processo: Processo Administrativo

Autos n.º 08012.005818/2004-23; 08012.010848/2005-32; 08012.10847/2005-98; 08012.010850/2005-10; 08012.010851/2005-56; 08012.010852/2005-09; 08012.010849/2005-87; 08012.010853/2005-45

Partes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Renault do Brasil S.A.; Fiat Automóveis; Mercedes Benz do Brasil; Honda Automóveis do Brasil Ltda.; Peugeot Citröen do Brasil Automóveis S.A.; Toyota do Brasil Ltda.; General Motors do Brasil Ltda.; Volkswagen do Brasil

Relator: Fernando de Magalhães Furlan

Ementa: Averiguação Preliminar-Alegação de conduta anticompetitiva nos mercados nacionais de manutenção de veículos e fornecimento de equipamentos de diagnósticos - Inexistência de indícios de infração à ordem econômica - Decisão pelo arquivamento.

3) Tipo de processo: Processo Administrativo

Autos nº 08012.004308/2005-10

Partes: Informix do Brasil Comércio e Serviços Ltda. e Ministério Público Federal – Procuradoria.

Relator: Olavo Zago Chinaglia

Ementa: Não disponível.

4) Tipo de processo: Averiguação Preliminar**Autos nº** 08012.002034/2005-24**Partes:** Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e *Microsoft* Informática Ltda.**Relator:** Abraham Benzaquem Sicsú**Ementa:** Averiguação Preliminar para apurar práticas destinadas a impedir o desenvolvimento de *software*. Posição dominante no mercado de sistemas operacionais. Denúncias exemplificativas da infração: preço predatório, discriminação por parte dos bancos em favor da Representada, e limitação ao acesso à tecnologia essencial. Necessidade de aprofundamento das investigações. Possível discriminação, em termos de tempo e condições comerciais, na disponibilização de ferramentas de desenvolvimento de *software*. Conhecimento e provimento do recurso de ofício.**5) Tipo de processo:** Averiguação Preliminar**Autos nº** 08012.003009/2006-49**Partes:** Conselho Administrativo de Defesa Econômica e *Oracle* do Brasil S.A.**Relator:** César Costa Alves de Mattos**Ementa:** Averiguação preliminar. Possíveis práticas restritivas à concorrência. Prática comercial de exclusividade adotada pela *Oracle* para prestação de serviços de atualização e suporte técnico do *software* Sistema Gerenciador de Banco de Dados. Mercado Relevante: *after market* do *software* Sistema Gerenciador de Banco de Dados. Pareceres da SDE, ProCADE e MPF favoráveis ao arquivamento.**6) Tipo de processo:** Averiguação Preliminar**Autos nº** 08012.005727/2006-50**Partes:** Alcoa Alumínio S.A. e Nilton Mattos Fragoso Filho**Relator:** César Costa Alves de Mattos**Ementa:** Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Suposta prática de: i) *sham litigation*, por meio de depósitos de registro de desenho industrial (DI) junto ao INPI, sem requisito de novidade, no segmento de perfis de alumínio destinados a portas e janelas; ii) enganosidade na distribuição de comunicados ao mercado, em que a representada estaria acusando as concorrentes de prática de pirataria em face de perfis dos quais sequer detinha direito patentário; e recusa de venda, tudo nos

termos do art. 2º II, c/c art. 21, IV e XIII, da Lei 8.884/94. Infrações não configuradas. Exames de mérito dos registros de DI realizados pelo INPI. Comunicado defende direito de linhas de perfis de marcas pertencentes à própria representada. Acusação de recusa de venda insubsistente. Voto pelo arquivamento.

7) Tipo de processo: Averiguação Preliminar

Autos nº 08012.002673/2007-51

Partes: Associação Nacional dos Fabricantes de Auto Peças – ANFAPE. Fiat Automóveis S.A.; Ford Motor Company Brasil Ltda.; Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Ementa: Em julgamento

8) Tipo de processo: Recurso Voluntário

Autos nº 08700.002874/2008-81

Partes: AMBEV e SDE

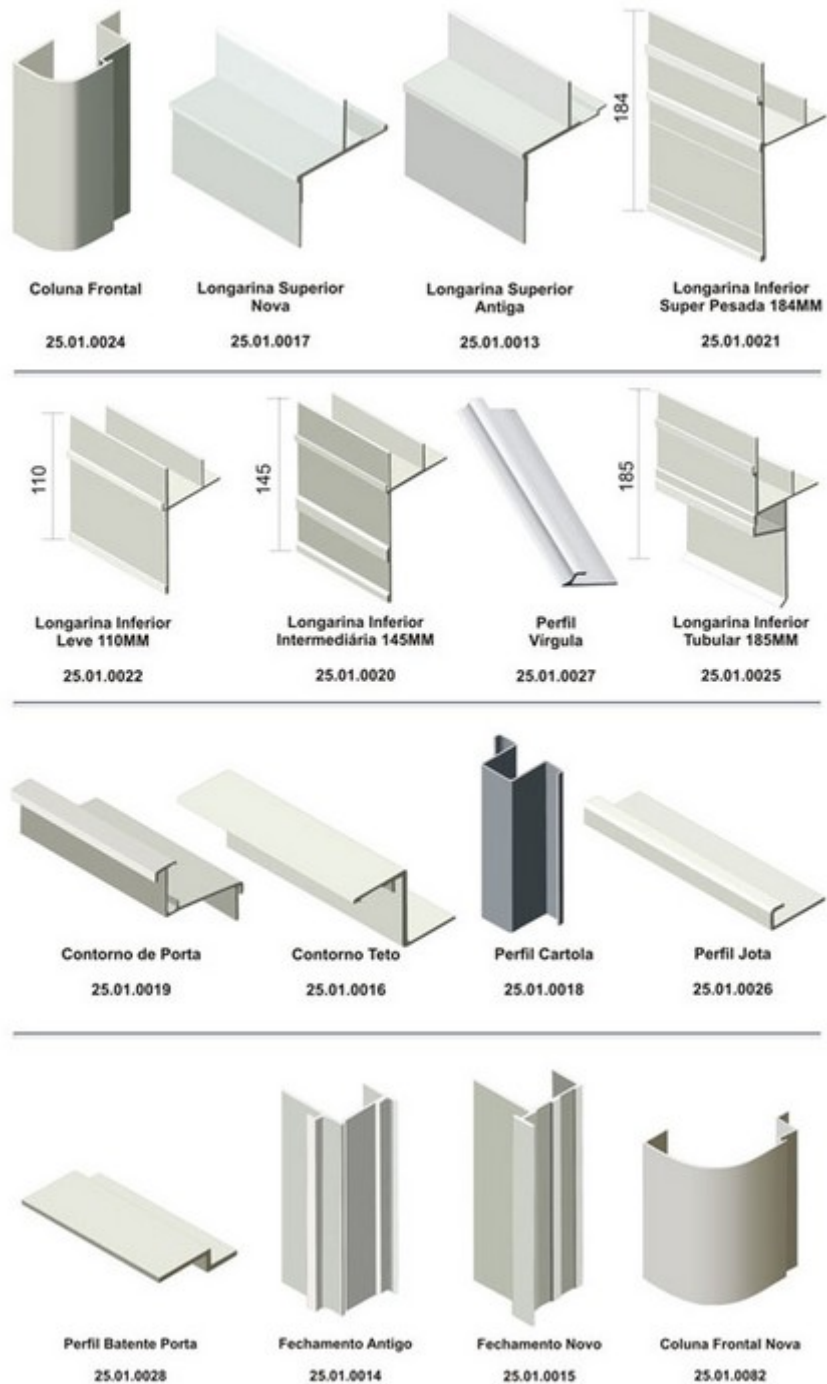
Partes: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado

Ementa: Recurso Voluntário. Medida preventiva imposta pela SDE. Investigação de conduta enquadrada no art. 20, incisos I, II e IV c/c o art. 21, incisos IV, V e VI da Lei 8.884. Mercado relevante regional de cerveja. Introdução de garrafas de cervejas retornáveis proprietárias - Garrafas AmBev 630ml. Parecer da ProCADE pelo provimento parcial para reforma da Medida Preventiva. Preliminares de ofensa ao contraditório e à ampla defesa afastadas. Presença de *fumus boni iuris*. Aumento de custos dos rivais. Fechamento de mercado. Presença de *periculum in mora*. Presença de *periculum in mora* reverso na decisão da SDE. Custos altos de recolhimento das garrafas 630ml, estocagem de garrafas e danos à marca. Ampliação do uso da garrafa em outros Estados tornaria a irreversível por impossibilidade de se recolherem as garrafas de 630ml se, na decisão final do processo, esta conduta for considerada ilícita. Provimento parcial. Reforma da Medida Preventiva. Manutenção das garrafas AmBev 630ml somente na marca Skol com distribuição no Estado do Rio de Janeiro e na marca Bohemia no Estado do Rio Grande do Sul. Imposição de mecanismo de troca de garrafas.

9) Tipo de processo: Averiguação Preliminar**Autos nº** 08012.001952/2008-89**Partes:** Colormatrix América do Sul Ltda.; Dry Color Especialidades Químicas Ltda.**Relator:** Olavo Zago Chinaglia**Ementa:** Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Denúncia de abuso de posição dominante no mercado de pigmentos para termoplásticos. Convergência dos pareceres pelo arquivamento. Ausência de indícios de infração à concorrência. Análise na forma do art. 50 da Lei nº 9.784. Pareceres convergentes pelo arquivamento. Conhecimento e desprovimento do recurso. Arquivamento do feito.**10) Tipo de processo:** Processo Administrativo**Autos nº** 08012.006439/2009-65**Partes:** Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE; Cervejarias Kaiser S/A; Companhia de Bebidas das Américas – Ambev**Partes:** Olavo Zago Chinaglia/Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo**Ementa:** Não encontrado

APÊNDICE V

Representação visual dos perfis de alumínio¹⁰⁶



¹⁰⁶ Disponível em <<http://www.maxfort.com.br/facchini.htm>>. Acesso em 27 de novembro de 2012.

APÊNDICE VI

ESPÉCIE DE PROTEÇÃO	PARTES	DISCUSSÃO	FUNDAMENTOS	CONCLUSÃO
Patente - invenção de soja transgênica	Nortox S/A e Monsanto do Brasil Ltda.	Obrigações de cessão de sementes transgênicas de propriedade da Monsanto para realização de testes de herbicidas de fabricados pela concorrente Nortox.	Monsanto se recusou ao fornecimento de sementes sob o argumento de que não era obrigada a fazê-lo, já que detém sua propriedade industrial.	Julgamento unânime. O CADE considerou a conduta da Monsanto lícita já que não há obrigatoriedade em fornecer sementes de testes para concorrentes.
Direito Autoral – <i>softwares</i> de manutenção de automóveis.	Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Renault do Brasil S.A.; Fiat Automóveis; Mercedes Benz do Brasil; Honda Automóveis do Brasil Ltda.; Peugeot Citroën do Brasil Automóveis S.A.; Toyota do Brasil Ltda.; General Motors do Brasil Ltda.; Volkswagen do Brasil.	Recusa das montadoras em fornecer para as oficinas independentes os programas de diagnóstico e manutenção de veículos sob o argumento do direito de exclusividade sobre os <i>softwares</i> .	Há programas substitutos disponíveis no Brasil e no exterior. Empresas oficiais informaram que os <i>softwares</i> disponíveis não podem ser utilizados em todos os veículos e para todos os tipos de diagnósticos.	Julgamento unânime, CADE considerou lícita a conduta das montadoras e não abordou os custos impostos às oficinas independentes para obterem o material no exterior bem como os prejuízos aos consumidores por terem o direito de escolha tolhido.
Registro de desenho industrial - peças de reposição <i>must match</i> .	Associação Nacional dos Fabricantes de Auto Peças – ANFAPE; Fiat Automóveis S.A.; Ford Motor Company Brasil Ltda.; Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.	Montadoras se valem do registro de desenho industrial para impedir que as fabricantes independentes de autopeças produzam e comercializem peças de reposição.	Montadoras sustentam que detém o monopólio do registro de desenho industrial e se utilizam de ações judiciais para impedir a atuação das fabricantes independentes.	Em julgamento. A SDE e a ProCADE acolheram os argumentos das Montadoras e sugeriram o arquivamento. O MPF e o Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo vislumbram abuso de poder econômico e de posição dominante. Os autos foram remetidos à SDE para continuidade das investigações.

ESPÉCIE DE PROTEÇÃO	PARTES	DISCUSSÃO	FUNDAMENTOS	CONCLUSÃO
Direito Autoral - código fonte de <i>softwares</i> de gerenciamento de banco de dados	Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, Ministério Público Federal e Informix do Brasil Comércio e Serviços Ltda.	Fornecimento e manutenção de sistemas de <i>softwares</i> de gerenciamento de dados	A Representada alegou que os <i>softwares</i> a manutenção dos <i>softwares</i> só pode ser realizada por empresa detentora do código fonte fechado. O direito de propriedade intelectual permite a recusa no fornecimento de dados às empresas de manutenção concorrentes.	Julgamento unânime. O CADE considerou regular a venda conjunta do serviço de manutenção com o <i>software</i> de gerenciamento de dados. Reconheceu o direito de exclusividade sobre o serviço de manutenção do programa.
Direito Autoral - código fonte de <i>softwares</i> de gerenciamento de banco de dados.	Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE <i>Oracle</i> do Brasil Sistemas Ltda.	Investigação quanto a legalidade da prestação de serviços de manutenção de <i>softwares</i> exclusivamente pela <i>Oracle</i> do Brasil, excluindo do mercado as próprias revendedoras autorizadas.	A <i>Oracle</i> alegou que as revendedoras autorizadas não possuem conhecimento do código fonte. Por isso, não poderiam proceder a manutenção e a atualização dos <i>softwares</i> por elas comercializados.	Julgamento unânime. O CADE considerou como regular a exclusiva manutenção e atualização dos <i>softwares</i> pela <i>Oracle</i> e considerou pró-competitiva a venda dos programas de computador em preços abaixo da média do mercado.
Direito Autoral - código fonte de sistema operacional.	Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE <i>Microsoft</i> Informática Ltda.	A <i>Microsoft</i> estaria criando dificuldades ao desenvolvimento de aplicativos de gerenciamentos financeiros, com o objetivo de favorecer a comercialização de produto próprio.	A <i>Microsoft</i> afirmou que as ferramentas para desenvolvimento de <i>softwares</i> são disponibilizadas para os concorrentes. Desde 2005 deixou de comercializar o <i>Money</i> e por isso não concorre no mercado da Paiva Piovesan. Não há prejuízo à interoperabilidade do Windows e <i>Internet Explorer</i> com o <i>software Finance</i> . A Representada pode adquirir de terceiros ferramentas de desenvolvimento que melhor sirvam às suas necessidades.	Julgamento unânime. O CADE considerou que não ficou comprovado que a <i>Microsoft</i> exclui concorrentes dos mercados de aplicativos de gerenciamento financeiro. Voto da Presidente Elizabeth M. Q. Farina e Voto Vista e do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no mesmo sentido.

ESPÉCIE DE PROTEÇÃO	PARTES	DISCUSSÃO	FUNDAMENTOS	CONCLUSÃO
Registro - desenho industrial de extrudados de alumínio.	Nilton Mattos Fragoso Filho e Alcoa Alumínio S.A.	Extrudados de alumínio, sob o estado da técnica, teriam sido registrados como desenho industrial com o objetivo de impedir que concorrentes da Alcoa os fabricassem.	A Alcoa assegurou que os extrudados registrados foram por ela desenvolvidos. Os comunicados enviados aos consumidores tinham por objetivo precavê-los sobre os produtos piratas indevidamente fabricados e comercializados.	Julgamento unânime. O CADE considerou que a Alcoa não abusou do direito sobre a propriedade industrial ao defender a exclusividade perante o Poder Judiciário. Os comunicados veiculados tinham por finalidade resguardarem os direitos sobre a marca e os produtos registrados.
Segredo Industrial - pigmentos termoplásticos para garrafas tipo PET.	Dry Color Especialidades Químicas Ltda. e Colormatrix América do Sul Ltda.	Veiculação de comunicados com o objetivo de informar o mercado sobre o furto de segredo industrial para fabricação de pigmentos termoplásticos. Propositura de ação judicial visando coibir a produção desses produtos.	A Colormatrix propôs ações judiciais sob o argumento de furto de segredo industrial pela Dry Color. Os comunicados tinham por objetivo alertar o mercado e resguardar direitos. O aumento de participação de mercado da Representante desqualifica a acusação de tentativa de excluí-la do mercado.	Julgamento unânime. O CADE considerou que não houve excessos nas ações judiciais propostas bem como nos comunicados veiculados.
Registro - desenho industrial de garrafas de bebidas.	Secretaria de Direito Econômico e Companhia de Bebidas das Américas – AmBev.	Medida Preventiva imposta pela SDE para cessação de envase de cervejas em garrafas de 630ml grafadas em alto-relevo que estariam impondo custo de trocas aos rivais, os quais se utilizam das garrafas padrão Sindicerv.	AmBev propôs Termo de Cessação de Conduta se comprometendo a retirar do mercado as garrafas de 630ml e a viabilizar a troca dos vasilhames que equivocadamente estiverem em posse das concorrentes.	Julgamento unânime. O CADE aprovou o Termo de Cessação de Conduta e suspendeu o prosseguimento da Averiguação Preliminar.
Registro - desenho industrial de garrafas de bebidas.	Associação Brasileira de Bebidas – ABRABE, Cervejarias Kaiser S/A, Companhia de Bebidas das Américas – Ambev.	Garrafas de 1L dotadas de grafismo em alto-relevo estariam impondo custo de trocas aos rivais, os quais se utilizam das garrafas padrão Sindicerv.	A AmBev defendeu que as concorrentes também utilizam garrafas de 1L e por isso não há danos à concorrência. Não há obrigatoriedade em utilização do sistema compartilhado por parte da AmBev.	Julgamento unânime. O CADE considerou que não houve danos à concorrência visto que as rivais também se utilizam de garrafas de 1L. O MPF discordou e sustentou que a representação se atém a utilização de garrafas grafadas em alto-relevo, não havendo oposição das Representantes quanto a dosimetria dos vasilhames.

BIBLIOGRAFIA

ASCENÇÃO, José Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. **Revista Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, n.3, mar. 2002. p.138. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27320/direito_intelectual_exclusivo_liberdade.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 de abril de 2012.

_____. A Pretensa "Propriedade" Intelectual. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 20, Julho de 2007, p. 243 *et sequet*.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009, p. 61.

_____. **Brasil, globalização, União Europeia, Mercosul, ALCA**. São Paulo: Singular, 2005, p.135.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.250.

_____. **O Conceito de propriedade intelectual**. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/paginas/home/pi_pi.html>. Acesso em 20 de abril de 2012.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual** – Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000. p.40.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (De 16 de Julho de 1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de Novembro de 1937). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 18 de Setembro de 1946). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

_____. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 22 de maio de 2012.

_____. **Lei nº 4.137**, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em 17 de maio de 2012.

_____. **Lei nº 8.884**, de 11 de Junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 7 de junho de 2012.

_____. **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 17 de junho de 2012.

_____. **Portaria SDE/SEAE nº 50/2001**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8BD4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>>. Acesso em 27 de maio de 2012.

_____. Secretaria de Direito Econômico. **Guia de Procedimentos para a Definição e Análise Antitruste de Mercados Relevantes de Medicamentos**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownloadEZTSvc.asp?DocumentID={0D805865-3160-43C0-8A3B-731B8BD4C441}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>>. Acesso em 27 de maio de 2012.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito Econômico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p.325.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade intelectual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro vol. I, 1946, p.68.

COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 283, 1983, p 43.

COOTER, Robert & THOMAS, Ulen. **T. Law and Economics**, Glenview. London: Scott, Foresman and Company, 1988

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das políticas de defesa da concorrência** – Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. p.13.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o Setor Postal. **Revista Forense** nº 405, p. 293.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em 10 de junho de 2012.

FREITAS PINTO, Kátia do Valle. **Integração entre propriedade intelectual e Defesa da Concorrência: o Licenciamento de Patentes no Brasil**. Rio de Janeiro, 2009. Tese de Doutorado em Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Instituto de Economia, 2009, p.13.

GOMES, Orlando. Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade. **Revista Forense**, vol. 50, n. 149, set/out 1953, p. 9.

GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. **A Natureza Jurídica do Direito de Propriedade Intelectual**. Disponível em <<http://www.gipi.com.br/repository/231.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2012.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 255.

KUNTZ, Karin Grau. O Desenho Industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. Uma análise crítica à recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.145, 2007, p. 174.

_____. **Revista Eletrônica do IBPI**. - Sobre a questão das peças de reposição must-match. Edição Especial Janeiro de 2010, p.75. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/b1f03417495d4142ffff831aac144220.pdf>>. Acesso em 18 de março de 2012.

_____. **Direito de Patentes**: sobre a interpretação do artigo 5º, XXIX da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.newmarc.com.br/ibpi/d_pat.html>. Acesso em 24 de março de 2012.

LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas de. **Derecho de las patentes de invención**, Vol. I, 2ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2004, p. 56.

MACEDO, Rafael Rocha de. **Direito da Concorrência**: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.

MATTOS, Cesar. Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, vol. 5. 1998, p.7.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy. A Ordem Econômica e a propriedade intelectual. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 12, n.3, março 2005, p. 139.

POSNER, Richard & LANDES, William. **The Economic Structure of intellectual property Law**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 2003. p. 390.

ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre o Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro & BRANCHER, Paulo (Orgs.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.133.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Editado por George Allene Unwin Ltd. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p.110. Disponível em < <ftp://ftp.unilins.edu.br/leonides/Aulas/Form%20Socio%20Historica%20do%20Br%202/schumpeter-capitalismo,%20socialismo%20e%20democracia.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2012.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: EDUSP, 1992, p.32.

SILVA, Antonio C. Fonseca da. Concorrência e propriedade intelectual. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.5. n. 7, 1998, p. 19.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal De Justiça Europeu. Acórdão de 5 de outubro de 1988. **Processo nº 238/87**. AB Volvo x Erik Veng (UK) Ltd. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1987:227:FULL:PT:PDF>>. Acesso em 17 de abril de 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Acórdão de 17 de Setembro de 2007. **Processo T- 201/04**. *Microsoft Corp.* e outros x European Committee for Interoperable Systems (ECIS) e outros. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclag=PT&mode=doc&dir%20=&occ=first&part=1&cid=549759>>. Acesso em 9 de Abril de 2012.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.101.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**. 2nd ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998, p.89.

F383c Ferreira, Tatiana Coutinho
Conduas anticoncorrenciais relacionadas à propriedade industrial. /
Tatiana Coutinho Ferreira. – 2013.

153 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.
Orientador: Luis Serafim Otaviani
Bibliografia: f. 150-153