

Atualidades

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)

KARIN GRAU-KUNTZ

INTRODUÇÃO. PARTE I – DO PODER ECONÔMICO EXERCIDO NOS MERCADOS SECUNDÁRIOS:

1. Sobre as estratégias; 2. Controle sobre mercados secundários: as teorias:

2.1 Introdução; 2.2 Sobre a teoria do monopólio; 2.3 Sobre a teoria da impos-

possibilidade; 2.3.1 Introdução; 2.3.2 Escola de Chicago; 2.3.3 Teoria da impos-

possibilidade; 2.3.4 A decisão Kodak sob a perspectiva da teoria da impos-

sibilidade; 2.4 Sobre a dogmática desenvolvida na decisão Kodak ou sobre a

perspectiva pós-Chicago. PARTE II – SOBRE O DIREITO SOBRE DESENHOS INDUSTRIAIS

COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO MERCADO SECUNDÁRIO: 1. Sobre a complemen-

taridade entre o direito sobre bens imateriais e o direito antitruste; 2. Alguns

considerações sobre o conceito de inovação; 3. Breves considerações

sobre o debate econômico e sobre o debate jurídico; 4. Um exemplo clássico

do emprego do desenho industrial como instrumento de controle do mercado

secundário: o caso das peças de reposição de automóveis: 4.1 Introdução; 4.2

Sobre o problema na perspectiva da União Européia: 4.2.1 Histórico; 4.2.2 Os

argumentos econômicos e jurídicos. 5. Análise crítica da decisão da Secreta-

ria de Direito Econômico. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A iniciativa de elaboração de um trabalho sobre o tema propriedade industrial e poder econômico nos mercados secundários partiu do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual (IBPI). O trabalho de pesquisa foi elaborado na condição de pesquisadora convidada e durante uma estadia de seis meses no Instituto Max-Planck em Munique.

Originariamente pretendia-se publicar os resultados dos estudos em forma de livro. A decisão proferida pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, na Representação da Associação Nacional dos Fa-

bricantes de Autopeças – ANFAPE contra a Volkswagen do Brasil, a Fiat Automóveis e a Ford Motor Company Brasil, em 10 de março de 2008, deu um outro fim aos estudos.

A atualidade da controvérsia sobre o desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis pede um trabalho centrado neste tema. Assim sendo, a pesquisa anteriormente elaborada de forma aberta foi direcionada ao problema específico tratado pela decisão da Secretaria de Direito Econômico e, ao invés de um livro, o resultado ganhou expressão em forma de artigo.

A autora agradece o apoio do *Instituto Brasileiro de Propriedade Industrial* e do *Instituto Max-Planck* em Munique.

PARTE I – DO PODER ECONÔMICO EXERCIDO NOS MERCADOS SECUNDÁRIOS

1. Sobre as estratégias

O produto chamado de primário é um bem durável adquirido na expectativa de que venha a ser utilizado por um período consideravelmente longo. Característico deste produto é o fato dele necessitar com determinada frequência – frequência variável de acordo com a sua natureza – de peças complementares, de peças de reposição ou de serviços de manutenção ou, em outras palavras, de produtos ou serviços secundários.

Produtos ou serviços secundários são assim, valendo-nos da definição de Shapiro (1995),¹ aqueles produtos e serviços que servem a um outro produto – o chamado produto primário – e que, em ordem temporal, virão a ser utilizados depois daqueles primeiros. Característica da relação entre produto secundário e produto primário é a complementaridade do primeiro em relação ao segundo.²

O aparelho manual de barbear, por exemplo, é um produto primário. Por sua vez, a lâmina de barbear, um produto em geral adquirido como consequência da aquisição do aparelho de barbear, é o chamado produto secundário. O rol de produtos secundários é extenso, pensemos, por exemplo, nos filmes de máquinas fotográficas, nos cartuchos de tintas para impressoras, no filtro de coar café, nas escovas

para os aparelhos elétricos de escovar os dentes, nas peças de reposição de automóveis, nos sacos de aspirador de pó, entre muitos outros.

Por sua vez, produtos ou serviços que servem aos produtos secundários são chamados de produtos terciários. Neste sentido chamamos uma impressora de produto primário, o cartucho de tinta de produto secundário e o serviço de recarga de cartuchos de serviço terciário.

O fato de o produto secundário ser funcionalmente dependente do produto primário não quer dizer que a sua importância econômica não seja significativa. Pelo contrário. A estratégia usada pelos produtores de impressoras, por exemplo, serve para ilustrar a importância econômica dos bens secundários: enquanto as impressoras são encontradas no mercado por um preço módico, os cartuchos de tinta são oferecidos ao consumidor por um preço que, se comparado com aquele pago para adquirir o produto primário a que servem, pode vir a ser descrito como extremamente salgado.

Uma impressora da marca Hewlett-Packard, tipo Photo Smart C6280, da série *all-in-one* pode, por exemplo, ser encontrada hoje no mercado alemão por cerca de 200 Euros. O litro de tinta preta do cartucho compatível com a impressora daquele tipo custa, por sua vez, cerca de 1.700 Euros.³ Este mesmo cálculo aplicado a outros tipos de produtos nos fornecerá sempre um resultado semelhante.

Esta desproporcionalidade acontece porque o fabricante, para fazer frente a forte concorrência no mercado primário, oferece suas impressoras ao mercado por um

1. Shapiro (1995), *apud* Wendenburg (2004), p. 2.

2. V. a definição de *aftermarket* fornecida pela Comissão Europeia no *paper* de discussão sobre o art. 82 do tratado de constituição da união econômica em questão, pp. 68 e ss. O documento está à disposição para *download* no endereço <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, visitado pela última vez em 18.4.2008.

3. De acordo com Mitchener (2002), *apud* Wendenburg (2004), p. 3, durante o primeiro trimestre de 2002, mais da metade dos lucros do setor de impressão da Hewlett-Packard não provieram da venda de impressoras, mas antes da venda de cartuchos de tintas. Se a isto acrescentarmos os lucros alcançados com a venda de papel para impressão o percentual de lucros advindos do setor secundário atinge o patamar dos 74%.

preço baixo. O lucro que deixa de auferir no momento em que o consumidor adquire a impressora é repassado para um momento posterior, nomeadamente para o momento da compra dos cartuchos de tinta.

A consequência desta estratégia é óbvia: o repasse da fonte de lucros do setor primário para o setor secundário só pode ser vantajoso se a empresa lograr impedir, ou pelo menos dificultar de maneira considerável, a concorrência naquele setor secundário. Valendo da afirmação de Penzias (1996), o controle exercido sobre os produtos secundários apresenta-se como uma “licença para imprimir dinheiro”.⁴

Quando para um determinado produto primário escolhido entre várias alternativas o mercado só oferecer um único produto secundário compatível, quando o consumidor não puder encontrar alternativas no mercado secundário, encontrando-se assim em uma situação de dependência em relação a um único fabricante do produto secundário, falamos em “efeito *lock-in*”.

Aplicando o nosso exemplo das impressoras à noção de efeito *lock-in* o consumidor conta, no momento da decisão de compra daquele produto primário, com um leque de alternativas. Porém, em razão da falta de alternativas no mercado de cartuchos de tinta, nosso consumidor dependerá, a partir do momento em que comprar a impressora, do único fabricante dos cartuchos, devendo assim pagar um altíssimo preço pela tinta, como ilustra o nosso modelo acima.

Partindo de situações deste tipo, Wendenburg (2004) fala em “*posterior exploração do cliente encarcerado*” (“encarcerado” no mercado secundário), exploração esta que iria “*de encontro com as expectativas geradas anteriormente* (no momento da compra do produto primário, nota nossa) *de conformidade concorrencial*”.⁵ Este

fenômeno é também chamado de “*installed-base opportunism*”.⁶

Um outro exemplo de estratégias empregadas com o intuito de controlar o mercado secundário nos é fornecido em um caso que versou sobre a questão de recarga de cilindros de CO₂ por um fabricante de aparelhos para adicionar gás à água da torneira, aparelhos estes de uso bastante difundidos nas residências europeias.

Nos anos 1990, o fabricante destes aparelhos foi a juízo pretendendo impedir, com base em seu direito de marca, que terceiros recarregassem os cilindros de gás de seus aparelhos com CO₂. Os tribunais alemães rejeitaram tal pretensão, afirmando que neste caso a marca não estaria sendo utilizada de forma legítima, como um meio de garantia da função de origem do produto, mas antes de forma ilegítima, ou seja, como instrumento para entravar a concorrência.

A empresa em questão desenvolveu então um sistema de “aluguel” dos cilindros, ou seja, o consumidor, ao comprar pela primeira vez o aparelho em questão, que vinha sendo oferecido ao mercado em conjunto com um cilindro carregado e com uma garrafa de plástico, não estaria comprando o cilindro, mas antes pagando um preço pelo seu aluguel.

Enquanto o aparelho e a garrafa de plástico têm uma vida útil longa, os cilindros usados, e, portanto, vazios, precisam ser continuamente substituídos por cilindros cheios.

O preço que o consumidor pagaria ao trocar o cilindro vazio pelo cilindro cheio seria assim o preço do gás, pois o preço do aluguel daquele recipiente ele já teria pago no momento em que o adquiriu junto com o aparelho. Valendo-se agora de um direito de propriedade sobre os cilindros – bens materiais – a empresa em questão procu-

4. Penzias, *apud* Wendenburg (2004), p. 3.

5. A tradução aqui é livre. Wendenburg (2004), p. 5, fala em “*nachträgliche Ausbeutung der eingeschlossenen Kunden*”.

6. Salop, 7 Antitrust 20, 21, (1992) *apud* Wendenburg (2004) p. 5.

rou impedir que terceiros viessem a recarregar os seus cilindros com gás.

A criatividade expressa no exemplo acima reforça, por um lado, a argumentação da importância econômica do mercado secundário, que acima cuidamos de ilustrar com o exemplo das impressoras e, por outro lado, destaca o quão vantajosa pode ser a situação do agente econômico que logra enfrentar a luta concorrencial naquele mercado munido de um direito exclusivo.

Tal afirmação aparece traduzida em números nas informações citadas em um documento elaborado no âmbito da União Européia concernente a um outro caso, nomeadamente à questão sobre as peças de reposição de veículos automotores protegidas por desenhos industriais, onde se lê: "(...) Foi efectuado um estudo que demonstrou que 10 em cada 11 peças sobressalentes são mais caras nos mercados protegidos do que nos mercados liberalizados. Além disso, o preço cobrado pelo fabricante do veículo por um paralamas da frente, por exemplo, pode ser superior em mais de 200% ao da mesma peça no mercado livre".⁷

Retomando o caso dos aparelhos de adicionar gás à água, somou-se à estratégia baseada no argumento da propriedade sobre os cilindros o fato da empresa titular daqueles aparelhos ter adquirido uma de suas concorrentes, conquistando assim 70% do mercado de aparelhos de gasificação de água de torneira. Neste sentido a análise posterior do problema procedida pelos tribunais e pelo órgão de defesa da economia (*Kartellamt*) alemães partiu do poder econômico exercido no mercado

primário, para então chegar à conclusão de abuso de poder econômico no mercado secundário.⁸

As estratégias empregadas na tentativa de conquista de uma posição de controle no mercado secundário são inúmeras.

2. Controle sobre mercados secundários: as teorias

2.1 Introdução

Antes de abordarmos o problema do desenho industrial como instrumento de exercício de poder no mercado secundário faz-se mister analisar as diferentes teorias que pretendem explicar as formas de manifestação de poder no mercado secundário.

Para tanto, parte-se de diferentes modelos de interação entre mercado primário e secundário, voltados à verificação dos efeitos das estratégias de controle, sob o ponto de vista do bem-estar. Os resultados fornecidos pelas diferentes teorias podem levar a conclusões antagônicas: enquanto uma das teorias procura demonstrar que o controle exercido no mercado secundário geraria um *plus* de bem-estar, outras, por sua vez, chegam a uma conclusão diametralmente oposta.

Do ponto de vista metodológico todas estas teorias têm em comum o fato de partirem do princípio de que os agentes agem sempre de forma racional no mercado, ou seja, que eles são capazes de decidir sem contradições entre diferentes alternativas, optando por aquela que apresente maior utilidade ou, em outras palavras, maiores vantagens.

7. Relatório sobre a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Directiva 98/71/CE, relativa à protecção legal de desenhos e modelos COM(2004)0582 – C6-0119/2004 – 2004/0203(COD) Comissão dos Assuntos Jurídicos Relator: Klaus-Heiner Lehner. O documento está à disposição para *download* no endereço <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0609+0+DOC+XML+V0//PT>, visitado pela última vez em 18.4.2008.

8. Decisão proferida pelo Bundeskartellamt no caso Soda-Club em 9.2.2006, disponível no endereço <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell06/B3-39-03.pdf>, visitado pela última vez em 18.4.2008. Decisão do Bundesgerichtshof de 4.3.2008, proferida no caso Soda-Club II, disponível no endereço <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bg h&Art=en&nr=43415&pos=0&anz=1>, visitado pela última vez em 18.4.2008.

Quando falamos em controle do mercado secundário pressupomos necessariamente que o mercado dos produtos primários e o mercado dos produtos secundários formem mercados distintos entre si. Se considerássemos os mercados dos produtos primários e o dos produtos secundários como um único mercado, o resultado da análise, independentemente do modelo econômico empregado para tanto, divergiria sempre do resultado da análise que parte do pressuposto da existência de dois mercados independentes entre si. Na delimitação do mercado, ou dos mercados, um mecanismo importante para a compreensão da maleabilidade do direito antitruste, maleabilidade esta imprescindível para que este venha cumprir a sua função de instrumento de implementação de políticas públicas.⁹ Nesta mesma linha de raciocínio o resultado da análise será diferente, caso se considere que os produtos secundários de natureza diversa – por exemplo as diferentes peças de reposição de veículos automotores – concorram em um só mercado, ou em mercados específicos.

2.2 Sobre a teoria do monopólio

A teoria do monopólio vem exemplarmente traduzida em uma decisão proferida no âmbito da Comunidade Européia em um caso que ficou conhecido como “Hilti”.¹⁰

9. A este respeito, a valiosa leitura do trabalho de Forgioni (2005).

10. 88/138/CEE: Decisão da Comissão de 22.12.1987 relativa a um processo de aplicação do artigo 86 do Tratado CEE (IV/30.787 und 31.488 – Eurofix-Bauco/Hilti), JO L 65 de 11.3.1988, pp. 19-44; Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 12.12.1991. Hilti AG contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-30/89, Colectânea da Jurisprudência 1991, p. II-01439; Conclusões do Advogado-Geral Jacobs apresentadas em 10.11.1993. Processo C-53/92 P., Colectânea da Jurisprudência 1994, p. I-00667; Acórdão do Tribunal de 2.3.1994. Processo C-53/92 P., Colectânea da Jurisprudência 1994, p. I-00667. Os documentos estão à disposição no endereço <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=hilti&arg1=&arg2=&titre=titre&clang=de&RechType=R>

Nesta decisão o Tribunal Europeu decidiu que a empresa Hilti AG, fabricante de pistolas de pregos acionadas por cartuchos de pólvora, de cartuchos compatíveis com as pistolas de pregos e de pregos, abusava de sua posição dominante no mercado ao impedir o acesso e a penetração dos produtores independentes de pregos compatíveis com seus cartuchos.

A Comissão das Comunidades Europeias¹¹ definiu três mercados distintos: (a) o primário, ou o mercado de pistolas Hilti; (b) o secundário, ou o mercado de cartuchos compatíveis com a pistola de fixação; (c) o terciário, ou o mercado de pregos. Por sua vez, a defesa da Hilti baseava-se na existência de apenas um mercado relevante único, englobando todos aqueles produtos.¹²

A Comissão, e posteriormente o Tribunal, partindo da análise e identificação das necessidades concretas dos consumidores, entenderam por delimitar o mercado primário referente à querela como aquele mercado de pistolas acionadas por pólvora.¹³ Neste sentido ambos os órgãos opta-

ECH_mot&Submit=Suche, visitado pela última vez em 18.5.2008.

11. V. nota 11 *supra*.

12. Neste sentido um trecho da argumentação da Hilti transcrito na sentença de Primeira Instância: “52. (...) El coste total de los productos consumibles Hilti necesarios para 1.200 fijaciones equivale al precio de una pistola grapadora. Por término medio, el gasto de dos meses en cartuchos y grapas de un usuario final iguala a su inversión en una pistola grapadora. En una situación así, los usuarios finales habrían podido reaccionar de un modo muy rápido si la demandante hubiera intentado en cualquier momento explotar su posición en materia de patentes, pasando a utilizar otro sistema de fijación accionado mediante pólvora o bien un sistema de fijación de otro tipo”. V. referências da decisão de Primeira Instância na nota 10 *supra*.

13. O leque de produtos/serviços que, no sentido de serem todos eles capazes de satisfazer uma necessidade social concreta específica podem ser classificados como substituíveis entre si, delimita aquilo que se chama de mercado relevante. A definição do mercado relevante é *conditio sine qua non* para a aplicação das normas antitruste. Neste sentido um trecho da decisão do Tribunal Europeu proferido

ram por uma linha restritiva, deixando de considerar para a delimitação do mercado relevante a possibilidade de substituição do produto à base de pólvora por outros sistemas de fixação de pregos.

A Hilti, por sua vez, por conta de uma patente sobre o sistema de fixação em questão, ocupava neste mercado uma posição de fato dominante, posição esta que nem ela própria contestava.

O advogado-geral Jacob, partindo do pressuposto da posição dominante da Hilti no mercado primário e na conseqüente ausência de produtos substitutos à disposição do consumidor, conclui, por sua vez, que a posição dominante do mercado primário refletiria no mercado secundário. O raciocínio aqui é simples: se o cartucho – produto secundário – deve necessariamente ser compatível com a pistola – produto primário, e no mercado primário a empresa fabricante das pistolas gozava de posição dominante, então sua posição no mercado secundário seria conseqüentemente também caracterizada como dominante.

Por fim, a Comissão e o Tribunal levaram em conta o fato de haver no mercado outros produtores de pregos como índice determinante para a caracterização de um terceiro mercado de pregos, mercado este diferente e independente do mercado

de cartuchos. E partindo do mesmo raciocínio exercido para analisar a posição de domínio entre mercado primário e secundário chegaram à conclusão de que a posição dominante naqueles dois mercados antecedentes refletiria também no mercado terciário de pregos, caracterizando também aqui uma situação de domínio econômico.

Usando o raciocínio inverso, se os órgãos competentes houvessem delimitado o mercado primário mais amplamente, considerando outros sistemas de fixação de pregos como possíveis produtos substitutos e, desta forma, constatando uma situação de concorrência no mercado primário, não teriam chegado à conclusão de que a produtora de pistolas à base de pólvora gozaria de posição dominante também no mercado terciário. Este raciocínio, que ignora qualquer possibilidade de concorrência exercida verticalmente, é conhecido como “teoria do monopólio”.

Rejeitando a noção de que as pistolas, os cartuchos e os pregos formassem um sistema indivisível, constatando a existência de três mercados distintos e aplicando a tese do monopólio, a Comissão e o Tribunal Europeu defenderam o princípio de que qualquer fabricante independente tem o direito de fabricar produtos a serem utilizados em aparelhos fabricados por terceiros, desde que tal fabricação não venha a ferir direitos imateriais alheios. Descartando deste modo a teoria da existência de um mercado unitário, que levaria à conseqüência de que o uso de pregos de outra origem nas pistolas da Hilti viria a afetar as características daquele sistema indivisível, a decisão proferida teve por característica não apenas proteger o consumidor que adquirisse a pistola de fixação de pregos, mas também a indústria de pregos.

A definição estreita do mercado primário nesta decisão deixa transparecer a afirmação de que a maleabilidade na delimitação dos mercados serve como instrumento para a implementação de uma deter-

no caso *Continental Can*, de 21.2.1973: “14. The definition of the relevant market is of essential significance, for the possibilities of competition can only be judged in relation to those characteristics of the products in question by virtue of which those products are particularly apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with other products. In order to be regarded as constituting a distinct market, the products in question must be individualized not only by the mere fact that they are used for packing certain products, but by particular characteristics of production which make them specifically suitable for this purpose”. Esta decisão está à disposição no endereço <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=33641:cs&lang=en&list=172988:cs,46905:cs,33641:cs,28664:cs,28708:cs,27372:cs,27371:cs,&pos=3&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=continental%20can-&checktexte=checkbox&visu=#texte>, visitado pela última vez em 18.4.2008.

minada política pública, política esta que no caso em questão não só visava a proteção do consumidor, mas e especialmente da indústria de médio e pequeno porte.¹⁴ Se se houvesse decidido por uma delimitação ampla do mercado primário a decisão teria tomado um outro rumo, desembocando na proteção de interesses de outro quilate.

2.3 Sobre a teoria da impossibilidade¹⁵

2.3.1 Introdução

Uma teoria diametralmente oposta à teoria do monopólio é a chamada *teoria da impossibilidade*, teoria esta que parte do princípio de que não será possível exercer poder no mercado secundário, se no mercado primário houver concorrência. Esta tese é resultado da famosa *Chicago School of Antitrust Analysis*, entre nós conhecida como escola de Chicago. As teorias defendidas pela escola de Chicago foram posteriormente, como veremos a seguir, superadas por uma outra escola econômica, denominada por sua vez de “pós-Chicago”.

Para cumprir o fim do estudo que aqui nos propomos, fim este que do ponto de vista de uma análise em parte calcada no direito comparado passa necessariamente por comentários sobre a decisão proferida pelos tribunais americanos no caso *Kodak*, faz-se mister proceder, neste passo, uma breve introdução nos princípios da teoria proclamada pela escola de Chicago. Estas noções fornecerão, como veremos a seguir, o pano de fundo de toda a discussão concernente à decisão no caso *Kodak* que, por sua vez, foi a responsável por abrir o caminho para o desenvolvimento das teorias pós-Chicago.

14. Neste sentido Wendenburg (2004), pp. 43 e ss. Ainda de acordo com este autor a tendência de proteção da pequena e média empresa aparece no âmbito comunitário também em outras decisões, como, p.ex., na decisão do Tribunal Europeu no caso “Hugin”, de 31.5.1979.

15. *System Theory* é uma outra denominação para a teoria da impossibilidade.

2.3.2 Escola de Chicago

A escola de Chicago erige a maximização do bem-estar do consumidor como o único objetivo do direito antitruste.¹⁶ A medida do bem-estar, por sua vez, encontraria a sua expressão no conceito de eficiência econômica. A noção de eficiência se sobreporia e eliminaria qualquer outro objetivo que o direito antitruste pudesse vir a ter,¹⁷ inclusive a própria existência da concorrência.

Bork (1993) diferenciou entre a eficiência alocativa e a eficiência produtiva.¹⁸ Eficiência produtiva significa a habilidade de produzir a custos menores. Por sua vez, a expressão eficiência alocativa traduz a ordenação eficiente dos recursos disponíveis, ordenação esta orientada pelas preferências do consumidor.

Economicamente falando, alocar significa ordenar os recursos escassos aos respectivos usuários potenciais. Um bem uma vez alocado a um usuário potencial não poderá ser ao mesmo tempo alocado a outro usuário. Simplificando o pensamento, alocar significa ordenar um determinado fator de produção, digamos, por exemplo, o aço, para o industrial A, para que ele produza o bem X. O aço alocado (ordenado) para produzir o bem X, não poderá ser utilizado ao mesmo tempo pelo produtor B, para produzir um bem Y.

16. A expressão bem-estar vem aqui conotada como riqueza material.

17. Este entendimento vem traduzido em um pequeno trecho de uma reportagem da revista *Der Spiegel*, n. 30 (27.7.2001) sobre a globalização, intitulada “Wiederspruch!” (Protesto!), que já tivemos a oportunidade de citar em outra ocasião: “De repente ali está um George Bush, onde apenas o W. faz lembrar que aqui é o Júnior quem governa. O velho clã familiar, os velhos ideologistas da Escola de Chicago, o mesmo bolor da era Reagan estão novamente presentes: defesa por meio de mísseis, aforismos de conotação guerreira e uma política que, acima de tudo, cuida da prosperidade dos grandes trustes, para os quais tudo o mais – meio ambiente, os pobres, os sentimentos dos jovens – é indiferente”.

18. Bork, (1993), pp. 91 e ss.

No palco da economia de mercado o exercício da alocação é dirigida pelo preço dos recursos no mercado. Assim, podemos afirmar que aquele que precisa do recurso mais urgentemente estará provavelmente mais inclinado a pagar um preço mais alto pelo bem do que aquele que não tem urgência em adquirir tal bem.

Entendida a alocação como o modo de ordenamento dos recursos escassos no mercado, surge claro não ser apenas possível uma determinada forma de alocação, mas antes existirem diferentes possibilidades de alocação dos recursos escassos. Por meio da comparação entre estas diferentes possibilidades de alocações pode-se, como afirmaram os economistas da escola de Chicago, determinar qual destas possibilidades, do ponto de vista do bem-estar do consumidor, se apresentaria como a melhor ou, em outras palavras, como a mais eficiente.

Como critério para medir o impacto econômico das medidas antitrustes a escola de Chicago lançava mão de uma fórmula chamada de “eficiência de Kaldor-Hicks”. O ponto de partida para o critério Kaldor-Hicks é o conhecido “ótimo de Pareto”, critério este expresso na idéia de que uma situação econômica será caracterizada como ótima quando não for possível melhorar a situação de um agente econômico, ou quando não for possível maximizar ainda mais uma utilidade para este agente econômico, sem ao mesmo tempo degradar a situação ou a utilidade de qualquer outro agente.¹⁹ Tomando esta noção como base chega-se à conclusão de que uma determinada medida política fomentará a eficiência quando ela:

(a) for capaz de trazer benefícios para no mínimo uma pessoa;

19. A rigidez do “ótimo de Pareto” vem expressa no fato de tal critério não levar em consideração qualquer aspecto social. Neste sentido a concentração de recursos em um único agente poderá, p.ex., ser caracterizada como ótima no sentido de Pareto.

(b) quando os perdedores desta medida puderem (potencialmente) ser compensados pelo ganhador. A conseqüência de uma medida tomada nestes moldes seria o fomento do bem-estar social.

Seguindo a linha deste raciocínio, o exercício do poder no mercado seria sempre admissível, quando dele resultasse a maximização da eficiência alocativa.²⁰ O fim do direito antitruste seria então estritamente o de melhorar a eficiência alocativa sem ao mesmo tempo gerar a perda de eficiência produtiva.

Esta tendência de *laissez-faire*, de deixar as forças do mercado atuarem em paz, sem intervenções, virá expressa na teoria da impossibilidade que, como veremos a seguir, parte do pressuposto de um sistema de concorrência entre mercado primário e secundário e da conseqüente impossibilidade de abuso de poder econômico no mercado secundário, quando houver concorrência no mercado primário.

2.3.3 Teoria da impossibilidade

(a) O voto dissidente do Juiz Posner no caso *Sterling*

A análise do conteúdo da teoria da impossibilidade passa necessariamente pelo

20. Para a escola de Chicago a proteção à concorrência e o bem-estar do consumidor seriam conceitos antagônicos, não passíveis de serem objetos de uma composição de interesses. Assim sendo a escola de Chicago, ao optar por seguir o caminho da proteção do bem-estar do consumidor, assume conscientemente o risco de colocar em jogo a noção de proteção da concorrência. Neste sentido Salomão Filho (1998), p. 21, “(...) a proteção exclusiva da competição pode levar a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, contando com ganhos de produtividade e eficiência, poderia vir a ser benéfica aos consumidores. O inverso é igualmente verdadeiro, isto é, a preocupação exclusiva com o interesse dos consumidores pode levar a aprovar concentrações que levem a forte dominação de certos agentes econômicos sobre o mercado, o que pode ser bastante prejudicial aos concorrentes. Esse aparentemente paradoxo demonstra, segundo os teóricos de Chicago, que ambos (bem-estar do consumidor e defesa da concorrência) não podem conviver”.

voto dissidente do juiz Posner, um proeminente defensor da escola de Chicago, na decisão americana de 1988 proferida no caso *Sterling*.²¹

No caso em questão a empresa *Sterling*, uma produtora de motores industriais, condicionava a venda de peças de reposição mais baratas à venda de uma determinada quota mínima de seus motores.²² Partindo da determinação das necessidades dos consumidores a Corte, com exceção do juiz Posner, decidiu por reconhecer a existência de um mercado secundário independente do primário, e concluiu pela caracterização de posição dominante no mercado secundário de peças de reposição para os motores *Sterling*.

O voto dissidente, por sua vez, partiu de premissas completamente diversas. O juiz Posner, ressaltando o fato da *Sterling* ser uma pequena produtora de motores, iniciou sua explanação reconhecendo que, de fato, apenas a *Sterling* produzia peças de reposição para os seus motores. Em um segundo momento o juiz Posner cuidou de verificar a participação da *Sterling* no mercado primário de motores, constatando que esta empresa não ocupava posição dominante naquele mercado ou, em outras palavras, que ela atuava em um mercado de motores industriais marcado por relações de concorrência.

Partindo desta situação fática, o juiz Posner argumentou que a *Sterling* só poderia elevar os preços de suas peças de reposição até o momento em que o consumidor, chocado com estes preços, decidisse por ser economicamente mais vantajoso, ao invés de consertar o motor *Sterling*, adquirir um motor industrial de outra marca. Esta estratégia, que o juiz Posner denominou de

“suicida”, significaria o fim da *Sterling* no mercado primário de motores.²³ Ao exigir demais pelas peças de reposição a *Sterling* estaria abrindo mão de sua competitividade no mercado primário.

A análise assim procedida, onde o mercado primário e o secundário são tomados como partes de um único sistema, provaria a impossibilidade de reconhecer à *Sterling* posição dominante no mercado secundário de peças de reposição. Em outras palavras, apesar da *Sterling* gozar de um “monopólio”²⁴ no mercado secundário, “monopólio” este caracterizado no fato de somente ela produzir as peças de reposição para os seus motores, ela não se encontraria na situação de exercer naquele mercado *market power*.

Market power só seria caracterizado se a *Sterling* continuasse a lucrar apesar de ter elevado os preços das peças de reposição acima do nível de concorrência exercido no mercado primário.

(b) Conteúdo da teoria da impossibilidade

A teoria da impossibilidade, incorporando a noção de que o mercado primário e

23. No voto dissidente lê-se: “One-tenth of one percent is no one’s idea of market power, so P & E [autora na ação, nota nossa] argues that Sterling has a monopoly of replacement parts for Sterling motors. This is true in the trivial sense that only Sterling manufactures parts usable in those motors. But it would be absurd to infer from this, as the jury benightedly did, that Sterling has market power, that is, the power to raise the price of its parts above the price that a competitive market would charge, without losing so many sales as to make the price increase unprofitable (...). Sterling could in principle exploit its ‘monopoly’ by setting its price for replacement parts just below the point at which owners of Sterling motors would decide to scrap the motors rather than pay an exorbitant price for the parts necessary to keep them in service. But this would be a short-run game, since as soon as word got out no one would buy Sterling motors. As there is no evidence that Sterling ever played or contemplated playing this suicidal game, the jury’s verdict cannot be upheld on this ground”.

24. As aspas entre a palavra “monopólio” são colocadas pelo próprio juiz Posner, v. a citação na nota 23, *supra*.

21. *Parts and Electric Motors, Inc. v. Sterling Electric, Inc.*, Court of Appeals 866 F 2d 228 (7th Cir., 1988).

22. O teor do voto dissidente do juiz Posner, bem como o teor da *lead opinion* do juiz Bauer estão à disposição no endereço <http://www.projectposner.org/case/1988/866F2d228>, visitado pela última vez em 18.4.2008.

o mercado secundário formam um sistema, e partindo do pressuposto de que os efeitos das relações econômicas dentro deste sistema devem ser vistos a longo prazo, premissas estas típicas do pensamento da escola de Chicago, chega à máxima de que se no mercado primário houver concorrência, o abuso de poder econômico no mercado secundário será, hipoteticamente falando, impossível.

Esta teoria pressupõe um consumidor que não só age racionalmente, mas que também é dotado de um determinado grau de inteligência que o capacite a não só comparar os preços do produto por ele desejado no mercado primário, mas também a incluir neste cálculo comparativo os possíveis gastos com os produtos secundários que venham a ser eventualmente necessários.²⁵ Para este pressuposto parte-se necessariamente da noção de grande transparência do mercado.

Neste sentido o consumidor poderia, de antemão, proteger-se do *installed-base opportunism* contratando, por exemplo, serviços de manutenção a longo prazo, ou até mesmo optando pelo produto concorrente que, considerado o preço total oferecido pelo sistema do mercado primário e secundário, se apresentasse mais em conta.²⁶

(c) Diferenças entre as teorias do monopólio e da impossibilidade

Enquanto a teoria do monopólio concentra-se nos efeitos concorrenciais manifestados dentro dos limites do mercado secundário, a teoria da impossibilidade parte

da consideração de que o mercado primário e secundário são partes integrantes de um único sistema procedendo, assim, uma análise ampla dos efeitos concorrenciais.

Por conta daquela delimitação estrita de mercado relevante, a teoria do monopólio concentra-se necessariamente nos efeitos diretos e momentâneos gerados por uma eventual posição dominante naquele mercado secundário e, por conseqüência, se houver necessidade de intervenção naquele mercado, tal intervenção será exercida imediatamente após a verificação daquele acontecimento.

Por sua vez, a teoria da impossibilidade, ao considerar mercado primário e secundário como um único sistema, adota necessariamente uma postura mais relaxada em relação aos acontecimentos no mercado secundário, apostando desta maneira na capacidade de autocorreção dos mercados.

No que diz respeito ao método empregado para delimitação do mercado relevante, a teoria do monopólio parte estritamente da averiguação das necessidades específicas do consumidor ou, em outras palavras, da pergunta, “quais bens seriam substituíveis entre si?”. O círculo de bens fungíveis entre si será, assim, o responsável por emprestar os contornos àquele mercado.²⁷

De outra maneira, ao considerar o mercado primário e o secundário como partes de um único sistema, a teoria da impossibilidade parte do pressuposto de concorrência vertical admitindo, deste modo, que o mercado relevante seja formado por

25. Por certo aqueles que defenderam tal teoria nunca foram tão ingênuos ao ponto de acreditar que todos os consumidores incluiriam em seu cálculo comparativo os custos com os produtos secundários. O fato de parte dos consumidores não ir tão longe em sua comparação não implicaria, porém, que tal pressuposto não teria validade, posto que estes estariam protegidos no mercado por aqueles outros que procedessem tal comparação complexa; assim Wendenburg (2004), p. 59.

26. V. Wendenburg (2004), p. 60.

27. Para determinar o mercado relevante para o produto X pergunta-se como o consumidor irá se comportar frente a um pequeno e duradouro aumento no preço daquele produto (aumento de ca. 5 a 10% no preço). Se diante deste aumento de preço o consumidor tender a substituir o produto X pelo produto Y, p.ex., então os produtos X e Y serão considerados como integrantes de um mesmo mercado relevante. Este método de delimitação de mercado é chamado em inglês de *small but not significant and non transitory increase of price*.

bens de natureza diversa e não necessariamente substituíveis entre si.

Por fim, ambas as teorias são construídas partindo de modelos diferentes de consumidores.

Enquanto a teoria do monopólio parte do consumidor dependente dos produtos secundários oferecidos por um único produtor, a teoria da impossibilidade pressupõe um consumidor racional e inteligente, que não se deixará encarcerar em uma situação de dependência do mercado secundário e que, deste modo, atuaria ativamente como um dínamo que poria em movimento as forças auto-regulativas do mercado. Neste sentido a teoria da impossibilidade ignora os consumidores que já tenham por ventura adquirido o produto primário, e só considera aqueles consumidores que ainda não tenham adquirido o produto primário.

No que diz respeito às suas conseqüências, a teoria do monopólio, ignorando a possibilidade de concorrência vertical, corre o risco de reconhecer precipitadamente um comportamento abusivo no mercado. Por outro lado, por conta da rigidez de seu modelo altamente ideal, a teoria da impossibilidade não está em condição de integrar quaisquer imperfeições de mercado ao seu conceito.

2.3.4 A decisão Kodak sob a perspectiva da teoria da impossibilidade

(a) O caso *Kodak*

O ponto de atrito do caso *Kodak*²⁸ girou em torno da política adotada pela empresa Eastman Kodak Co. em relação aos prestadores independentes de serviços de manutenção de máquinas de fotocópia e micrografia comercializadas sob aquela marca.

A Kodak, além de produzir e comercializar as referidas máquinas e além de

ser a única produtora de peças de reposição compatíveis, também cuidava de oferecer serviços de manutenção ao mercado. Diante da concorrência exercida pelos prestadores independentes de serviços de manutenção, serviços estes caracterizados por alta qualidade e por preços mais baixos, a Kodak modificou a sua política de vendas passando a só fornecer peças de reposição para os compradores das máquinas fotocopiadoras e microcopiadoras que, ou fizessem eles mesmos a manutenção das máquinas, ou que usassem para tanto os serviços de manutenção oferecidos pela própria Kodak.

Frente a tal situação as empresas independentes, impossibilitadas de agirem no mercado por falta de peças de reposição, entenderam por bem ir a juízo questionar a prática comercial adotada pela Kodak.

O cerne da querela girou assim em torno da questão se a Kodak ocupava uma posição dominante no mercado de peças de reposição e se esta empresa fazia uso desta posição no sentido de criar um monopólio no mercado derivado de serviços de manutenção.

Para compreendermos o desenrolar deste processo e a dimensão da sentença daí resultante são necessários alguns esclarecimentos sobre o direito processual civil americano, sobre os quais discorreremos a seguir.

(b) Sobre a decisão na Primeira Instância e sobre a *motion for summary judgment*

As “*Federal Rules of Civil Procedure*” colocam à disposição do réu em uma ação de Primeira Instância diferentes procedimentos, ou instrumentos, dos quais ele poderá valer-se durante o andamento do processo.²⁹

28. *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, Supreme Court, N. 90-1029 (june, 1992).

29. Sobre estes procedimentos veja os comentários de Müller (1995), sobre a decisão no caso Kodak.

Imediatamente após a autora ter proposto a ação, o réu poderá entrar com um recurso conhecido como *motion to dismiss*, requerendo à Corte que se manifeste no sentido de confirmar se a pretensão da autora estaria tipificada em alguma Lei, ou não. Caso a Corte conclua que a lei não oferece um remédio legal para a pretensão argüida, o processo será rejeitado de plano.

Um outro instrumento é aquele chamado de *motion for summary judgment*, podendo ser requerido em qualquer momento antecedente à fase processual marcada pela audiência oral (*trial*). O réu poderá requerer o procedimento sumário quando puder demonstrar que nenhum juiz – ou que nenhum júri – razoável (*reasonable trier of fact*) decidiria a favor da autora, mesmo e apesar dele considerar as provas apresentadas pela autora sob uma luz bastante positiva.

Não preenchendo aqueles requisitos o procedimento sumário não poderá ser adotado e, por ocasião da fase oral chamada de *trial*, a autora deverá demonstrar que os fatos argüidos por ela são mais prováveis do que aqueles argüidos pela ré.

Por fim, terminada a fase do *trial* e mesmo que o júri tenha decidido a favor da autora, o réu ainda poderá requerer uma *motion for judgment notwithstanding the verdict*. O juiz poderá aqui decidir que a decisão dos jurados é nula se ele for da opinião que nenhum jurado razoável poderia ter chegado a este resultado.

No caso Kodak a ré cuidou de requerer uma *motion for summary judgment*, que lhe foi concedida. A Kodak entrou com este requerimento, ao contrário do que se costuma fazer, no início da fase de instrução do processo (fase chamada de *discovery*), ou seja, no início da fase de trocas de documentos entre as partes. O juiz da Primeira Instância, aceitando os argumentos apresentados pela Kodak e partindo da premissa de que o mercado de peças de reposição não formaria um mercado independente do de prestação de serviços de manutenção,

aceitou a *motion for summary judgment*. O processo contra a Kodak concentrou-se assim em responder se seria possível exercer posição dominante no mercado secundário quando no mercado primário houvesse uma situação de concorrência, o que, nas palavras de Wendenburg (2004), propiciou aos partidários da Kodak apresentarem em travessa de prata a teoria da impossibilidade.³⁰

Neste sentido a Kodak defendeu perante o Tribunal de Primeira Instância a posição de que os mercados primário, secundário e terciário deveriam ser vistos como um sistema e, assim sendo e uma vez que a sua participação no mercado primário alcançava entre 20% a 23%, não haveria de ser falar em posição dominante no mercado primário e, conseqüentemente, não se constataria posição dominante também no *single-brand-market* de peças de reposição.

(c) Sobre os votos dissidentes na

Segunda Instância e na Suprema Corte

Corroborando a decisão de Primeira Instância, que havia de plano concedido à Kodak a *motion for summary judgement*, a Corte de Apelação decidiu de outra maneira, dando ganho de causa às empresas independentes.

Nesta decisão, como veremos mais adiante, a rejeição da teoria da impossibilidade.

No que diz respeito, porém, ao voto dissidente proferido pelo juiz Wallace, baseado no já citado voto dissidente do juiz Posner proferido no caso *Sterling*, encontramos uma ode à teoria da impossibilidade, bem expressa na seguinte frase: "(I) am convinced that power in the primary interbrand market is prerequisite to power in the derivative market of replacements parts (...)"³¹

30. Wendenburg (2004), p. 53.

31. *Apud* Wendenburg (2004), p. 53.

A Kodak, inconformada com a decisão proferida na Segunda Instância, recorreu à Suprema Corte. A defesa apresentada por ela vinha calcada na argumentação do voto dissidente proferido pelo juiz Wallace. A Corte Suprema, por sua vez, rejeitou por seis votos a três a pretensão da Kodak.³²

O voto dissidente do juiz da Suprema Corte Scalia, ignorando a perspectiva do consumidor encarcerado no mercado secundário pela situação de dependência das peças de reposição da Kodak, tomou como ponto de partida aquela máxima proposta pela teoria da impossibilidade, perguntando se a Kodak poderia aumentar o preço das suas peças de reposição sem perder competitividade no mercado primário. Considerando o comportamento do consumidor racional e inteligente, a resposta à questão só poderia ser negativa. A conclusão aqui: o aumento no preço das peças de reposição levaria a perda de competitividade no mercado primário.

O juiz Scalia argumentou que do ponto de vista das conseqüências para as empresas independentes de serviços de manutenção, o comportamento da Kodak não geraria efeitos diferentes daqueles que seriam gerados caso ela tivesse o cuidado de vender as suas máquinas oferecendo uma garantia que abarcasse todas as peças de reposição durante toda a vida útil daqueles aparelhos. O mesmo se poderia dizer se a Kodak sempre tivesse seguido uma política restritiva de comercialização de peças de reposição. Uma vez que aquela empresa não ocupava posição dominante no mercado primário, do ponto de vista do direito antitruste, disse o juiz, nada teria obstado à adoção daquelas políticas, mesmo e apesar dos efeitos negativos gerados em relação ao mercado de serviços de manutenção.³³

32. A decisão completa da Suprema Corte bem como o voto dissidente do juiz Scalia estão à disposição no endereço eletrônico: <http://supreme.justia.com/us/504/451/case.html>.

33. "Had Kodak – from the date of its entry into the micrographic and photocopying equipment

Por fim, o juiz cuidou de destacar em seu voto o perigo de uma interpretação ampla do direito antitruste, interpretação esta que teria como conseqüência o reconhecimento de inúmeros micromonopólios.

Estes argumentos, como o próprio conceito de voto dissidente exprime, não foram aqueles adotados pela maioria dos juízes que compunham o plenário da Suprema Corte. A sentença proferida por aquela Corte que decidiu o caso Kodak, como veremos a seguir, não aplicou nem a teoria da impossibilidade, nem tão pouco a teoria do monopólio.

A argumentação empregada para fundamentar a decisão proferida no caso Kodak teve, porém, por pano de fundo, como cuidamos de demonstrar, o arcabouço lógico da teoria da impossibilidade e das noções desenvolvidas pela escola de Chicago. Aqui a razão de termos optado por iniciar os comentários do caso Kodak partindo da menção e de uma breve análise dos votos dissidentes proferidos na Segunda Instância e na Corte Suprema.³⁴

Em outras palavras, para de fato compreendermos a dimensão político-econômica da decisão proferida no caso Kodak, dimensão esta que será tema dos itens seguintes, faz-se mister ter em mente noções da discussão econômica que antecedeu tal decisão.

markets – included a lifetime parts and service warranty with all original equipment, or required consumers to purchase a lifetime parts and service contract with each machine, that bundling of equipment, parts and service would not doubt constitute a tie under the costs enunciated in Jefferson Parish, supra. Nevertheless, it would be immune from per se scrutiny under the antitrust laws because the typing product would be equipment, a market in which (we assume) Kodak has no power to influence price or quantity", dissenting, Scalia, pp. 490 e ss.

34. Esta foi a linha metodológica escolhida por Wendenburg (2004) para analisar o caso Kodak. De todo o material lido para a elaboração deste trabalho, esta forma de abordagem da sentença proferida no caso Kodak foi, sem dúvida, a mais feliz de todas, o que nos moveu a construir o presente trabalho naqueles mesmos moldes.

Além disso, já se diz de plano, é importante não esquecer as peculiaridades de natureza processual civil que envolveram o processo movido contra a Kodak, uma vez que estes emprestaram à discussão do mérito, como já acima anotado, um âmbito bastante limitado.

2.4 Sobre a dogmática desenvolvida na decisão Kodak ou sobre a perspectiva pós-Chicago

(a) Sobre a superação das teorias da escola de Chicago, ou sobre a *Post-Chicago Economics*

Seguindo a tradição da escola de Chicago, ou seja, tomando as suas linhas gerais como acertadas, mas, por outro lado, cuidando de procurar superar as imperfeições das teorias propostas por aquela escola, a *Post-Chicago Economics*, partindo do pressuposto de que o modelo desenvolvido pela escola de Chicago seria muito abstrato e simplista, defendeu uma análise econômica mais dinâmica do direito antitruste. Neste sentido, deveriam ser consideradas não só as imperfeições do mercado, mas também a possibilidade de adoção pelos agentes de comportamentos estratégicos.³⁵ Criticando a falta de empirismo adotada por aquela escola, que se concentrava em considerações teóricas sobre eficiência, a nova linha de pensamento se propõe a partir dos fatos reais.

Por fim, o movimento pós-Chicago vai além daquela tese da *Chicago School*, que via os fins do direito antitruste centrados apenas no fomento da eficiência econômica. Pelo contrário, aquele movimento não nega a instrumentalidade do direito antitruste como meio para atingir determinados objetivos econômicos, como, por exemplo, o fomento das pequenas e médias indústrias etc.

O mote pós-Chicago de consideração da realidade é, em palavras de Heinemann

“(...) o apelo fenomenológico no sentido de uma análise centrada em si mesma, que terá por consequência negativa a perda de segurança de aplicação e prognose do direito antitruste, o que, por sua vez, levaria à perda de segurança jurídica”.³⁶ O autor ressalta, porém, que esta falta de segurança de prognose, o preço lógico que se paga pela opção de concentrar a análise nos fatos específicos que envolvam cada caso, ao invés de se adotar teorias desvinculadas da realidade dos acontecimentos, não significa necessariamente um fator negativo. O importante aqui seria que as vantagens de um direito “flexível” se sobreponham às desvantagens.

Neste clima de embate entre as teorias desenvolvidas pela escola de Chicago e o movimento pós-Chicago, movimento que resumidamente perseguia como fim corrigir os defeitos do empirismo e estatismo acentuados das teorias daquela escola, foi proferida a decisão no caso Kodak.

(b) A decisão no caso Kodak

A decisão no Tribunal de Segunda Instância partiu do princípio de que a existência de posição dominante no mercado primário não seria pré-condição para a caracterização de posição dominante no mercado secundário. Pelo contrário, outros fatores poderiam gerar tal situação e, uma vez que durante a fase da *discovery* não havia sido possível esclarecer ou verificar a existência de tais fatores, nenhum juiz razoável poderia excluir de plano a possibilidade de existência de poder dominante no mercado de peças de reposição e, neste sentido, o pedido de *summary judgment* não deveria ter sido acatado na Primeira Instância.

A maioria dos juízes que compunha a Suprema Corte, como já visto, entendeu por acertado manter a decisão proferida na Segunda Instância.

35. Heinemann (2002), p. 77.

36. Heinemann, (2002), p. 82.

Na exposição de motivos agora a Corte Suprema partiu da consideração de mercados distintos e independentes entre si, sendo que o primeiro abarcaria as máquinas fotocopiadoras e microcopiadoras, enquanto que o segundo abarcaria as peças de reposição e o terceiro os serviços de manutenção.

Feita esta diferenciação a Suprema Corte cuidou de verificar se havia concorrência no mercado primário, atitude esta que indica forte influência da escola de Chicago no momento de decisão do caso Kodak. A Corte, porém, não chegou à conclusão de que a existência de concorrência naquele mercado excluiria a possibilidade de exercício de posição dominante no mercado secundário.

Partindo da teoria apresentada pela Kodak, de que os mercados se comportavam de forma complementar, ou seja, que ao subir o preço das peças de reposição a procura pelas copiadoras necessariamente cairia, a Corte destacou que a averiguação deste mecanismo não seria possível em um processo de rito sumário, o que deporia contra o pedido da Kodak de *summary judgement*. Mas mesmo que a Kodak estivesse em condições de aumentar os preços das peças de reposição sem perder clientes no mercado primário, tal fato não seria garantia contra a possibilidade de a Kodak exercer poder no mercado de peças de reposição. Neste sentido a Corte lembra que também um monopolista no mercado primário iria sofrer com a redução da procura de suas máquinas, caso aumentasse muito o preço das peças de reposição, porém o lucro advindo da sua posição de monopolista no mercado primário compensaria estas perdas. Determinante nesta hipótese não é a perda em si, mas a relação entre perdas e lucros manifestada na dinâmica dos mercados dependentes entre si.

Seguindo este raciocínio a Corte argumentou que a política adotada pela Kodak seria contraditória com a tese apresentada por ela mesma, pois se os seus clientes tivessem de fato em mente o preço do

sistema (preço das máquinas + preço das peças de reposição + preço dos serviços de manutenção = preço do sistema), então seria natural que ela recebesse os serviços de manutenção oferecidos pelas empresas independentes, serviços estes qualitativos e mais baratos do que aqueles oferecidos por ela, de forma positiva, uma vez que os preços baixos exigidos para os serviços de manutenção das máquinas fariam delas aparelhos ainda mais atrativos. A falta de coerência na pretensão da Kodak em eliminar a concorrência feita por estes prestadores de serviços saltaria aqui aos olhos.

A Corte decidiu então que a teoria apresentada pela Kodak ignoraria os custos de informação para os clientes, ou seja, os custos que o consumidor teria de arcar ao ter de fazer comparações complexas entre diferentes "sistemas". Isto, é claro, partindo do pressuposto de que ele teria acesso a estas informações e que ele de fato estaria disposto a fazer uso delas.

E rebatendo contra aquele argumento da Kodak calcado na noção de que os consumidores bem informados, ou seja, os consumidores instruídos quanto ao preço do sistema, cuidariam de proteger aquele grupo dos não instruídos, a Corte considerou que esta proteção só seria viável enquanto o vendedor das máquinas não diferenciasse entre o cliente informado e o cliente não informado ou, em outras palavras, enquanto não fossem feitas discriminações de preço.

Por fim, a Corte destacou que o consumidor sem alternativas no mercado derivado tenderia a suportar os aumentos de preços naquele mercado ao invés de arcar com os custos de uma eventual troca de sua copiadora da marca Kodak por uma outra copiadora concorrente.

A sentença reconheceu assim três diferentes imperfeições do mercado – os custos de informação, os custos gerados pela mudança de sistema e a discriminação de preços –, e partindo destas premissas concluiu que a Kodak abusava de sua

posição de poder no mercado de peças de reposição.

A Kodak foi condenada a fornecer para as empresas independentes durante o período de 10 anos as peças de reposição necessárias para ao conserto de suas máquinas. Além disso, a empresa foi condenada a pagar uma alta quantia a títulos de perdas e danos.

(c) A decisão Kodak como expressão das idéias desenvolvidas pela escola pós-Chicago

O método desenvolvido na decisão no caso Kodak é caracterizado como um método aberto, que parte do reconhecimento de que a realidade dos mercados não é ideal e que os desvios do modelo teórico podem ser corrigidos.

A Suprema Corte, ao invés de aceitar de plano a tese de que não seria possível exercer poder no mercado secundário, se no mercado primário houvesse concorrência efetiva, optou por se concentrar no caso específico dos mercados envolvidos na querela, chegando ao fim desta análise à determinação de três imperfeições, imperfeições estas que criariam espaço para que a Kodak abusasse de sua posição dominante no mercado de peças de reposição. Neste sentido a decisão Kodak é considerada o marco de passagem da escola de Chicago para a escola pós-Chicago.³⁷

(d) A recepção do método de análise desenvolvido na decisão Kodak nos EUA

As palavras de Jacob (1993)³⁸ expressam sinteticamente a forma como a decisão Kodak foi recebida nos EUA: “Kodak

is arguably the most important antitrust decision of the last twenty years. Unfortunately, it is a disaster”.

Nos processos que seguiram aquela decisão os tribunais americanos trataram de aplicar a decisão Kodak de forma restritiva, ora não enfocando para a sua análise o mercado secundário de um produto específico como mercado relevante,³⁹ ora só admitindo o abuso de poder econômico quando o produtor tivesse aumentado seus preços em um momento posterior a aquisição do produto primário pelos consumidores. No que dizia respeito aos consumidores que ainda não haviam adquirido o produto primário estes poderiam, na opinião dos tribunais americanos, antes da compra daquele produto levar em conta o preço alto exigido pelo produto secundário.⁴⁰ Neste sentido os tribunais elegeram a chamada “*Surprise Theory*”, teoria que trabalha a possibilidade do produtor se aproveitar do efeito *lock-in* aumentando de repente os preços dos produtos secundários, como a condição para a aplicação da doutrina desenvolvida na decisão Kodak.⁴¹

No que diz respeito a decisões mais recentes Bechtold (s/d) chama a atenção para o julgamento no caso *Trinko*,⁴² quando a Suprema Corte teve de decidir se a recusa da empresa *Trinko* em autorizar uma concorrente a acessar o seu sistema de apoio de clientes caracterizaria uma violação do direito antitruste, ou não. A decisão proferida teve como ponto central a questão de concessão de licenças compulsórias, além de envolver questões de regulação do setor de telecomunicações. O que faz dela potencialmente interessante para o tema

39. Bechtold (s/d) cita neste sentido a decisão *SMS Sys Maintenance Servs. Inc. v. Digital Equip. Corp.* (1999); *Brokerage Concepts, Inc. v. U.S. Healthcare* (1998); *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza* (1997).

40. Bechtold (s/d) oferece na nota de rodapé 196 uma lista de decisões neste sentido.

41. Neste sentido Bechtold (s/d), p. 44.

42. *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*, in *GRUR INT*, 2004, pp. 674 ss.

37. Veja as referências oferecidas por Heine-mann (2002), p. 81, neste sentido também Wendenburg (2004), pp. 68 e ss. e Bechtold (s/d), p. 4.

38. Jacobs, 52 *Md. L. Rev.* 337, 373 (1993), *apud* Wendenburg (2004), p. 71.

deste trabalho é o ceticismo em relação a uma possível função do direito antitruste como um instrumento regulador das microrrelações no mercado. Esta posição vem expressa no teor da sentença redigida por aquele mesmo juiz Scalia que, doze anos antes, havia sido o responsável pela *dissenting opinion* no caso Kodak.

A Suprema Corte americana defendeu no caso Trinko que, mesmo no caso de empresas monopolistas ou em posição dominante no mercado, as intervenções na liberdade contratual e no direito de propriedade deveriam caracterizar exceções. Também o monopolista teria um espaço de atuação a ser respeitado, dentro do qual ele poderia agir sem ao mesmo tempo abusar de sua posição no mercado.

A Corte defendeu que o poder monopolista seria um importante elemento do sistema livre de mercado. O poder monopolista não seria de plano ilegal, mas apenas quando acompanhado de elementos de conduta anticoncorrenciais. Pelo contrário, um curto período caracterizado pela concentração de poder nas mãos de um único agente e por preços monopolistas serviriam de estímulo aos concorrentes a adotarem uma postura inovadora, procurando por meio dela ganhar espaço no mercado monopolizado e, assim, contribuindo para o crescimento econômico. Entendido sobre este prisma o objetivo do direito antitruste seria então o de estimular a concorrência de inovação.⁴³

Esta postura, que nas palavras de Bechtold (s/d)⁴⁴ expressaria a tendência da Suprema Corte americana em se distanciar das teorias pós-Chicago, poderá, ainda seguindo a opinião daquele autor, vir no futuro a influenciar as decisões a respeito das questões envolvendo poder econômico nos mercados derivados. Tal hipótese parece de fato plausível. A análise da jurisprudência americana pós-decisão Kodak indica

uma tendência contínua de distanciamento das teorias que dão espaço a intervenções e correções no microcosmo do mercado econômico. A decisão proferida no caso Trinko deixa clara a confiança da Suprema Corte americana nas forças de autoregulação do mercado.

(e) A recepção do método de análise desenvolvido na decisão Kodak na União Européia

No meio dos anos 1990, as decisões proferidas no âmbito da UE começam a se distanciar da teoria do monopólio, deixando-se influenciar pelo debate iniciado pela decisão americana proferida no caso Kodak.⁴⁵

Em 1995 a Comissão Européia foi chamada a se manifestar em um caso envolvendo a empresa produtora de impressoras Kyocera, acusada pela Pelikan de adotar um comportamento anticoncorrencial no mercado ao valer-se de medidas voltadas à eliminação daquela empresa do mercado secundário de cartuchos de tinta. A Comissão, partindo do reconhecimento de dois mercados distintos entre si, ou seja, do mercado primário de impressoras, onde a participação percentual da Kyocera era relativamente pequena,⁴⁶ e do mercado secundário de cartuchos compatíveis com aquelas impressoras, tomou por acertado analisar a inter-relação entre aqueles mercados levando em conta as três imperfeições desenvolvidas na decisão Kodak.⁴⁷

No que diz respeito ao nível de informação do consumidor, a Comissão, adotando um entendimento estrito e argumentando que 70% do custo do ciclo de vida de

45. Wendenburg (2004), pp. 70 ss. é quem cuida de analisar as influências do caso Kodak no âmbito comunitário. V. também Chevalier (1998) e *Bericht über die Wettbewerbspolitik*, 1995.

46. As máquinas da Kyocera representavam 7% do mercado, enquanto que as máquinas da marca HP representavam 28% do mercado.

47. Fischer (1999), pp. 35-37.

43. Assim Graf v. Merveldt (2004), p. 679.

44. Bechtold (s/d), p. 45.

uma impressora seria formado por gastos com os cartuchos de tinta,⁴⁸ concluiu que tal fato seria evidência de que o consumidor já estaria informado a respeito dos custos com o produto secundário no momento da compra do produto primário. Caso não estivesse, porém, informado, ele poderia facilmente prever os custos futuros com o aparelho impressor, uma vez que a base de cálculo para estes custos estaria expressa em apenas uma medida, nomeadamente no custo de uma página impressa.⁴⁹ Neste sentido a Comissão refere-se em seu Relatório explicitamente ao fato dos consumidores levarem em conta o preço dos cartuchos no momento da escolha do sistema primário mais adequado às suas necessidades.⁵⁰

Com relação à análise dos custos envolvidos por uma eventual troca de sistema a Comissão, seguindo a argumentação de que os custos com cartuchos representavam mais da metade do custo de vida das impressoras, previu que o consumidor não hesitaria em trocar sua impressora Kyocera por uma outra, se os preços dos cartuchos subissem muito.⁵¹ Em outras palavras, a procura pelas impressoras no mercado primário reagiria com relação a mudanças no preço dos cartuchos de forma bastante elástica.⁵²

Por fim, no que diz respeito à discriminação de preços, a Comissão não pode verificar nenhum comportamento discriminatório da Kyocera.

Em 1997 a Comissão teve a oportunidade de se confrontar com um outro caso envolvendo relações entre mercado primário e secundário. Partindo da mesma análise procedida no caso Kyocera, ou seja, na averiguação empírica daquelas três imper-

feições no mercado, aquele órgão comunitário chegou a uma conclusão completamente diferente àquela proferida no caso das impressoras japonesas.

O caso *Digital* envolvia a prestação de serviços independentes de manutenção para um determinado sistema de computador. Com relação ao nível de informação do consumidor, a Comissão argumentou que os serviços de informação neste caso representariam um percentual mínimo no custo de vida do produto primário. Além disso, as necessidades individuais variáveis de cada consumidor deporiam contra uma medida padrão que pudesse ser usada para o cálculo dos custos completos do produto. Para dificultar ainda mais a situação, a *Digital* negociava individualmente com seus clientes os preços dos serviços de manutenção oferecidos por ela mesma, o que tirava qualquer transparência deste mercado.⁵³ Neste sentido o argumento necessário para a constatação da imperfeição de discriminação de preços.

Por último, a Comissão entendeu ver na substituição de um sistema de computador custos altos manifestados nos investimentos em pessoal, que deveriam ser treinados para usar o novo sistema, bem como em investimentos com *softwares* aplicativos compatíveis com o novo sistema.⁵⁴

A decisão da Comissão no caso *Digital* se torna ainda mais interessante se a compararmos com a decisão proferida nos Estados Unidos no caso *SMS versus Digital*.⁵⁵

Partindo do mesmo método de análise, a Comissão Européia e a Corte de Apelações americana chegaram a resultados antagônicos. Decisivo aqui foi a forma de interpretação dos custos que seriam ge-

48. Assim Chevalier (1999).

49. A este respeito v. Chevalier (1999). Sobre o caso Kyocera v. *Bericht über die Wettbewerbspolitik*, 1995, pp. 43 e ss.

50. *Bericht über die Wettbewerbspolitik*, 1995 pp. 43 e ss.

51. *Bericht über die Wettbewerbspolitik*, 1995, pp. 43 e ss.

52. Bechtold (s/d), p. 29

53. Com relação a toda esta argumentação v. Chevalier (1999).

54. Wendenburg (2004), p. 79.

55. Decisão na íntegra no endereço <http://case-law.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/1st/991009.html&friend=nytimes>, visitado pela última vez em 18.4.2008.

rados por uma eventual troca de sistema. Enquanto a Comissão partiu em suas considerações de altos custos de troca e, conseqüentemente, de um consumidor em posição desvantajosa no mercado secundário (efeito *lock-in*), o tribunal americano cuidou de encarar a troca de sistema por uma perspectiva positiva o que, por sua vez, colocou o consumidor em uma situação muito diversa daquela considerada pela Comissão Européia, direcionando a decisão para o sentido oposto daquele encontrada a nível comunitário.⁵⁶

56. Assim a decisão digital: "The complex nature of the decision to purchase a new computer system means that an analysis of switching costs in this context cannot parrot the linear inquiry that proved possible in *Kodak*. Here, the cost of shifting to another system must take into account the efficiency gains of buying new software – gains that often may dwarf hardware price in dollar terms. This is true even if one considers the switching costs that are associated with retraining employees and discarding software designed to run exclusively on a particular platform. The record demonstrates convincingly that, in this industry, both software vendors and hardware manufacturers offer migration support for new customers in the form of significant discounts on training, installation, and software conversion, thus internalizing much of the switching costs. The impressions that we have gathered from the marketing survey are largely confirmed by the very witnesses on whose testimony SMS relies. Quite aside from the statements these witnesses make about the magnitude of the cost of randomly switching from one currently functioning computer system to another – testimony which, as is clear from our discussion, addresses an irrelevant scenario – all of them acknowledge that, all things considered, if a new computer system would bring more benefits, there would be no objection to the switch. The actual behavior of these witnesses' employers illustrates the point: their firms were in fact in the process of switching some of their systems to other platforms, citing the sorts of reasons we have catalogued. In fine, the record does not support the conclusion that a substantial number of installed base customers are locked-in – and SMS has failed to make the case. The power of software vendors, the rapid progress of software solutions, the unpredictability of when consumers will seek to purchase a brand new system, the ready willingness of competitors to absorb migration costs, and the uncertain calculus of cost versus efficiency gains that obtains when a firm moves to new applications all distinguish the computer purchase context from the copier context. This

(f) Conclusão

Enquanto as teorias do monopólio e da impossibilidade são caracterizadas por uma determinada rigidez, a teoria desenvolvida no caso *Kodak* destaca-se por sua maleabilidade. A escolha entre a aplicação da teoria do monopólio ou da teoria da impossibilidade, ou o aproveitamento da maleabilidade da dogmática aplicada ao caso *Kodak*, no sentido de se negar ou afirmar uma situação de abuso de posição dominante no mercado secundário, pressupõe, porém, uma questão anterior, qual seja, "quais são os interesses protegidos pelo direito antitruste?". Ou, em outras palavras, "o que se pretende proteger em primeira linha? A concorrência em si, como instituição, os pequenos empresários, os consumidores?".

Por detrás da aplicação desta ou daquela teoria, por detrás desta ou daquela interpretação das imperfeições do mercado, encontraremos assim sempre uma determinada tendência político-econômica.

Enquanto os tribunais americanos alimentam grande confiança na autoregulação do mercado, o que explica a tendência em aceitar a supressão da concorrência por um curto período de tempo, quando tal ocorrência vier a gerar ganhos de eficiência, na União Européia a Comissão persegue um outro caminho, al-

plethora of factors strongly implies that, in most instances, DEC has no effective control over whether a customer will remain loyal when opting to purchase a new computer system". Por sua vez os argumentos da Comissão Européia, nas palavras de Chevalier (1998): "(...) le remplacement d'un système Digital propriétaire par un système d'une autre marque est un processus long à mettre en oeuvre qui doit être préparé longtemps à l'avance: un tel remplacement est un exercice délicat et onéreux car les systèmes en question sont souvent au centre de systèmes d'information et de gestion opérationnels et conduit généralement, outre au rachat d'un nouvel équipement, à la réécriture de logiciels, au remplacement de matériels non compatibles et à des actions de formation spécifiques. Il n'est pas rare que les seuls coûts de réécriture de logiciels soient supérieurs au prix d'achat d'un nouveau système informatique".

mejando os ganhos com eficiência desde que estes não sejam alcançados ao custo de supressão da concorrência no mercado, mesmo e apesar de tal supressão estender-se por apenas um curto período de tempo. Em outras palavras, enquanto os tribunais americanos se preocupam em primeira linha com os ganhos com eficiência, a União Européia concentra-se na proteção da livre concorrência.

Esta diferente instrumentalização do direito antitruste é coerente com a cultura econômica daquele país e daquele mercado comum, o que leva a afirmação de que ambos os modelos propostos devem ser compreendidos dentro daqueles limites econômico-culturais específicos.⁵⁷ Aqui bem expressas as dificuldades, senão impossibilidade, de “importação” de modelos e de soluções jurídicas.

Depois de proferida a sentença americana no caso *Trinko*, por exemplo, uma pequena parcela da literatura alemã tentou aplicar aquele modelo desenvolvido pela Suprema Corte americana como parâmetro de crítica em relação à política antitruste adotada pela União Européia.⁵⁸ Destacado de suas raízes econômico-culturais, a crítica desenvolvida a partir daquele modelo não poderia ser mais despropositada.

Ressaltada a função instrumental do direito antitruste cabe, por fim, tecer al-

gumas considerações sobre a inter-relação entre direito e análise econômica.

(g) Análise econômica

Teorias econômicas são importantes norteadores de políticas públicas. A instrumentalização pura e estrita do direito no sentido de maximização de bem-estar e de eficiência alocativa não é, porém, suficiente para fazer frente à complexidade social. A “economização” do direito procedida a todo e qualquer custo tem como vítima a noção de justiça distributiva.

O mercado, o palco das relações econômicas, não é uma instituição espontânea, natural, mas antes uma instituição jurídica, uma ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos.⁵⁹ Em outras palavras, a expectativa daquela regularidade de comportamentos garantida pelo Estado é que constitui o mercado como uma ordem.⁶⁰ Esta regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio do atuar dos agentes do mercado. Estado e mercado são assim instituições interdependentes, “construindo-se e reformando-se no processo de sua intersecção”.⁶¹

A decisão que parte exclusivamente do ponto de vista da maximização da eficiência alocativa, o que geraria a maximização do bem-estar, pode criar situações sociais bastante indesejáveis.⁶²

Pensemos, por exemplo, na patente de invenção. Em sua formulação clássica pretende-se, por meio da concessão da pa-

57. Cada país tem a sua própria cultura econômica, a este respeito destaca-se a discussão sobre a “americanização” da economia alemã. Em um artigo publicado na revista *Das Kapital*, de 20.9.2006, Hübner, ressalta as diferenças entre a estrutura econômica alemã, caracterizada pelos princípios da segurança e da estabilidade social, e a americana. Neste sentido o autor cita, p.ex., as diferenças de comportamento dos acionistas americanos e alemães, estes últimos tradicionalistas no sentido de apostarem por um longo tempo no crescimento da mesma empresa. O tema já foi inclusive tópico de trabalhos acadêmicos, como, por exemplo, no trabalho de Hilger, “Amerikanisierung deutscher Unternehmen. Wettbewerbsstrategien und Unternehmenspolitik bei Henkel, Siemens und Daimler Benz, Stuttgart 2004”, in *Soz-u-Kult*, 4.2.2005.

58. V. os comentários de Graf v. Merveldt (2004) a respeito da decisão americana no caso *Trinko*.

59. V. Grau (2007), pp. 29 ss.

60. Assim Irti, *apud* Grau (2007), pp. 30 e ss.

61. Anotações de Grau (2005).

62. Neste sentido a observação de Gert Würtenberger, proferida em uma discussão sobre o assunto: “Nem todo interesse econômico é protegido juridicamente”.

tente, incentivar a contínua renovação tecnológica e estimular as empresas a investir em pesquisa e desenvolvimento, fatores estes geradores de bem-estar. Partindo deste raciocínio, a concessão de licença compulsória seria, do ponto de vista econômico, uma decisão ineficiente que levaria a perda de bem-estar social. Tomando uma situação concreta, a decisão do governo brasileiro de licenciar compulsoriamente o medicamento “Efavirenz” teria sido, do ponto de vista econômico, incoerente, posto que geradora de ineficiência. O que tal argumentação ignora é que entre a concessão da patente sobre o medicamento e o resultado eficiente encontra-se um grupo de pessoas portadores do vírus da AIDS, que necessitam de tratamento médico. A maximização do bem-estar aqui só poderia ser alcançada sacrificando-se aquele grupo de doentes. E não respeitar aquele grupo de doentes significa, por sua vez, passar por cima do conceito fundamental do ordenamento jurídico de respeito à dignidade humana. O raciocínio econômico aqui não é coerente com a racionalidade jurídica, ou seja, ele não é adequado ao direito.

Esta crítica foi tema de um artigo no jornal *Süddeutsche Zeitung*, baseado em um artigo do jurista Alain Supiot, um dos mais importantes especialistas em direito do trabalho francês, publicado recentemente na *La Revue du M.A.U.S.S.*, criticando duas decisões do Tribunal Europeu, nomeadamente no caso *Viking Line e Laval*, onde se sustentou que o direito nacional de greve deve ser ponderado em relação aos direitos fundamentais empresariais.⁶³ Supiot, diz Pornschlegel, o autor do comentário naquele jornal alemão, detecta uma sutil penetração do direito comunitário, direito este primariamente voltado à consecução de objetivos econômicos, no direito nacional dos Estado-membros. O direi-

to nacional politicamente legitimado viria sendo assim nivelado para baixo ao custo dos empregados. Lembrando que o direito do trabalho encontra-se explicitamente fora do âmbito de competência da UE, o autor cita literalmente a crítica de Supiot: “O tribunal europeu já vem adotando há bastante tempo a postura de que a jurisprudência nacional não pode se safar do império da liberdade econômica garantida pelo tratado de consolidação da comunidade. Nenhuma competência nacional deve limitar o seu poder nos Estados-membros”. Neste sentido o autor francês compara “de forma fatal” a jurisdição do Tribunal Europeu com os tribunais soberanos do *Ancien Régime*. Os juízes do tribunal comunitário estariam, a exemplo de seus antepassados feudais, chegando a decisões destacadas de seus quadros democráticos.

A crítica de Supiot enfatiza o processo de perda de substância política dos Estados que cede à pressão econômica global. Esta tendência de economização deu asas a uma onda de privatizações que, por sua vez, tem por pano de fundo a liberalização da economia, o que, argumenta-se, geraria a maximização da eficiência e o melhoramento dos serviços. Supiot chama atenção para o fato de que a reestruturação dos serviços feitos sob o toque de princípios exclusivamente econômicos desconsidere a noção de justiça distributiva, de regras de proteção ao trabalhador, bem como da noção da importância de prestações de serviços públicos, fatores estes que do ponto de vista da eficiência econômica não são rentáveis. Este tipo de raciocínio sacrifica a coesão social, cuja essência está no comportamento solidário. Em outras palavras, a eficiência não é solidária. E o artigo segue tecendo considerações acerca da solidariedade, ressaltando que “quem pensa em poder abrir mão dela não deve se admirar com a formação de sociedades paralelas, zonas sociais marginalizadas e precariedade”.

O Tribunal Europeu teria, naqueles casos mencionados pelo autor francês, li-

63. Pornschlegel (2008), o artigo de Supiot pode ser lido no endereço http://www.journaldumauss.net/spip.php?article283&var_recherche=supiot#forum54, visitado pela última vez em 18.4.2008.

mitado o exercício de direitos fundamentais, como o direito de liberdade de expressão e de reunião, aos limites traçados nas determinações estipuladas nos contratos de trabalho. Na busca pela eficiência econômica o exercício do direito fundamental passa a ser exercido em conformidade com o direito da concorrência.

A análise de Supiot chama a atenção a um dos grandes perigos e às sérias consequências de decisões tomadas apenas considerando o ponto de vista da eficiência econômica, nomeadamente a sua falta de adequação à racionalidade jurídica.⁶⁴ Os perdedores desta política não serão apenas aqueles diretamente marginalizados por tais decisões, mas antes a sociedade como um todo.

**PARTE II – SOBRE O DIREITO
SOBRE DESENHOS INDUSTRIAIS
COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE
DO MERCADO SECUNDÁRIO**

**1. Sobre a complementaridade
entre o direito sobre bens imateriais
e o direito antitruste**

A interação entre o direito antitruste e o direito sobre bens imateriais é marcada por uma dinâmica bastante peculiar. Do ponto de vista teórico falou-se durante muito tempo sobre uma relação conflitante entre estes dois institutos jurídicos. Partindo desta perspectiva entendia-se o direito exclusivo sobre os bens imateriais como

um monopólio,⁶⁵ monopólio este que estaria contraposto de forma direta, e assim em situação antagonônica, com os fins do direito antitruste.

Deixando de lado a concepção estática do direito sobre bens imateriais, que por um lado vê na garantia de um direito exclusivo sobre aqueles bens a expressão de um “monopólio”, enquanto que por outro lado descreve o objetivo do direito antitruste de forma limitada, no sentido de garantir a existência da concorrência sob a perspectiva de uma rivalidade estática,⁶⁶ parte-se hoje do entendimento de que direitos sobre bens imateriais e direito antitruste interagem de forma complementar. Se por conta de sua natureza o direito sobre os bens imateriais limita em um primeiro momento a concorrência, a análise dinâmica – ou a longo prazo – de seus efeitos indica o fomento da concorrência de inovação que, por sua vez, geraria a intensificação da concorrência entre produtos como um todo.⁶⁷

Neste sentido, no desenvolver deste trabalho a relação entre aqueles dois direitos não será delimitada por parâmetros rígidos e estáticos. O fato de alguém ser titular de um direito sobre um bem imaterial não o coloca em uma posição absoluta, excluída de qualquer possibilidade de intervenção limitadora do exercício deste direito. Pelo contrário, a extensão de tal direito exclusivo encontrará seus limites em sua própria natureza dinâmica de fomentador da concorrência.

64. Neste sentido as palavras de Forgioni (2006), “é evidente que a eficiência paretiana não pode ser simplesmente transposta para o mundo jurídico, porque o direito abarca outros valores, transformados em premissas implícitas do ordenamento. Como se vê, o afastamento da lógica puramente econômica não é uma questão de ojeriza ou preconceito, mas uma imposição a ser atendida tendo em vista o funcionamento do ordenamento, desde seu fundamento jurídico, visando ao dinamismo do mercado de acordo com uma lógica também jurídica (e não apenas econômica)”.

65. A palavra monopólio aqui não está sendo empregado no sentido de monopólio econômico. De acordo com Heinemann (2002), p. 64, a palavra monopólio empregada para designar o direito exclusivo sobre um bem imaterial deve ser necessariamente entendida de forma abstraída do direito antitruste e na sua acepção originária em grego, derivada de *μόνος* (*monos*) = único e de *πωλεῖν* (*pōlein*) = vender. Neste sentido o titular de um direito sobre um bem imaterial teria um monopólio por ser o único autorizado a explorar economicamente aquele bem.

66. Heinemann (2002), p. 1.

67. Heinemann (2002), pp. 23 e ss.

2. Algumas considerações sobre o conceito de inovação

Antes, porém, de proseguirmos com a exposição aqui proposta cabe, de plano, tecer algumas considerações sobre a premissa de que a garantia de um direito de exploração exclusivo sobre um bem imaterial gera necessariamente incentivos para a inovação técnica.

Esta premissa sempre foi e ainda continua a ser colocada em dúvida. Em 1961 Malchup assim se referiu à questão: “Se entre nós não fosse reconhecida proteção patentária e tendo em vista o conhecimento atual sobre as conseqüências econômicas geradas por ela, seria irresponsável a hipótese de recomendação de uma lei sobre patentes. Mas uma vez que nós temos há muito tempo uma lei sobre patentes, seria irresponsável, de acordo com o nosso estado de conhecimentos atual, recomendar a eliminação desta Lei”.⁶⁸

A frase de Machlup continua ainda hoje a expressar o dilema que envolve a possibilidade de provar empiricamente o potencial de fomento econômico das inovações.⁶⁹ Especialmente no que diz respei-

68. Malchup (1961), *apud* Heinemann (2002), p. 12.

69. Uma posição de ceticismo em relação aos efeitos econômicos positivos de inovações gerados pela concessão de patentes é defendida por Ulrich (1996), p. 555. V. Weizsäcker (1981), *Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre*, *apud* Heinemann (2002), por sua vez, entende que as vantagens da proteção sobre bens imateriais seriam maiores do que as desvantagens; neste sentido pergunta: “Não se deveria então dizer: Na dúvida para a concorrência de inovação e contra a concorrência de imitação?”. Um outro dado interessante é fornecido em uma recente notícia redigida por Schnabel (2008). A reportagem, que trata do fracasso da implementação do trem “Transrapid” (trem de levitação magnética desenvolvido pela empresa *Transrapid International GmbH & Co.*), conta que quando o projeto daquele trem finalmente ficou pronto, a sua utilização não era mais necessária, uma vez que os trens convencionais estão cada vez mais rápidos e que as passagens de avião são vendidas a preços cada vez mais baixos. O saldo negativo do projeto do Transrapid é exorbitante: o projeto que já vinha

to às dificuldades de provar empiricamente os efeitos econômicos das inovações nos países em desenvolvimento, vale a pena transcrever um pequeno trecho de um estudo informativo da Comissão sobre Direitos de Propriedade Industrial da UE: “La cuestión crucial, desde nuestro punto de vista, es hasta qué punto los DPI fomentan el crecimiento. Los datos que hemos estudiado no sugieren que éstos tengan repercusiones directas importantes sobre el crecimiento en los países en desarrollo. (...) Tal vez la prueba más clara del impacto del sistema de PI sea el uso que se hace del mismo, sobre todo por los ciudadanos del país. La predisposición a solicitar patentes refleja una opinión sobre los beneficios de este sistema, aunque por supuesto se tratará de los beneficios privados, más que de los beneficios para la sociedad. (...) La principal conclusión que se puede sacar de todo lo anterior es que, en el caso de aquellos países en desarrollo que han adquirido una capacidad innovadora y tecnológica significativa, durante el período formativo de su desarrollo económico normalmente han

sendo desenvolvido desde os anos 60 exigiu um investimento extraordinário de recursos, recursos estes que não retornarão em forma de bem-estar para a sociedade. Sem dúvida os fracassos fazem parte do sistema de inovação. O que se espera é que a soma dos fracassos e sucessos seja expressa em um saldo positivo. O que surpreende na notícia é a informação de que o fracasso não é exceção no âmbito das inovações técnica, pelo contrário Schnabel afirma que 85 a 95% dos projetos de natureza técnica nunca chegam a ser introduzidos no mercado – ou seja, e agora as palavras são nossas, 85% a 95% dos investimentos nestes projetos não serão revertidos em desenvolvimento inovativo e, conseqüentemente, em bem-estar. Nas palavras do especialista em história técnica Reinhold Bauer, segue-se lendo no artigo, o sucesso seria a exceção, enquanto que o fracasso é regra. A receita para os grandes fracassos estaria, nas palavras de Schnabel, na combinação de engenheiros aficionados por técnica, executivos hiperambiciosos e políticos mão abertas em relação às subvenções públicas. Ao fazer uso destes dados não estamos aqui, por certo, defendendo uma postura “anti-inovativa”, o que aqui se pretende é chamar a atenção para a relatividade do conceito de “desenvolvimento inovativo”.

estado asociados con formas de protección de la PI 'débiles'. Hemos llegado a la conclusión, por tanto, de que en la mayoría de los países con ingresos bajos y con una infraestructura científica y tecnológica débil, la protección de la PI a los niveles impuestos por el ADPIC no favorece el crecimiento de forma significativa. Por el contrario, el crecimiento rápido se asocia más frecuentemente con una protección menor de la PI. La evidencia indica que, en los países en desarrollo avanzados tecnológicamente, la protección de la PI cobra importancia en una fase determinada de su desarrollo, pero esa fase no se produce hasta que un país entra claramente en la categoría de país en desarrollo con ingresos medianos altos".⁷⁰

Estes argumentos indicam as dificuldades de valoração dos efeitos econômicos da concorrência de inovação. Neste sentido, defende-se aqui uma postura comedida em relação ao argumento de que a concessão de direitos sobre bens imateriais geraria sempre efeitos econômicos positivos. Seguindo por um lado a posição de Heinemann (2002) que, considerando o fato da existência do sistema de proteção de bens imateriais, destaca a necessidade de nos darmos por satisfeitos com aquela afirmação que do ponto de vista empírico parece no mínimo plausível,⁷¹ rejeita-se aqui, por outro lado, aquele entendimento estático, que elege o efeito econômico positivo da proteção garantida aos bens imateriais como verdade absoluta e sempre válida.

3. Breves considerações sobre o debate econômico e sobre o debate jurídico

Partindo da perspectiva da lógica do lucro, o produtor titular de um direito so-

bre bens imateriais espera poder contar com este direito como um protetor contra possíveis preocupações de caráter antitruste.

Se por um lado um determinado grau de limitação das possibilidades de substituição no mercado é conseqüência lógica da própria natureza do direito sobre bens imateriais, tais direitos, considerados como fatores isolados, raramente levarão à formação de um monopólio no sentido econômico. Em outras palavras, a concessão de um direito exclusivo de exploração sobre um bem imaterial não significa geralmente que o seu titular não sofrerá qualquer concorrência no mercado. Pelo contrário, isto só acontecerá quando tal proteção excluir qualquer possibilidade de substituição do produto protegido e por ele produzido. O que ocorre com mais freqüência é que a combinação do direito exclusivo sobre bens imateriais com outros fatores venha a gerar uma situação em que, na falta de autorização do titular do direito imaterial seja praticamente impossível oferecer um produto substituto no mercado. Mas também tal situação caracteriza-se por ser exceção, e não regra.

Se em razão de seu potencial fomentador da concorrência de inovação aceitamos o argumento de que tal direito gera efeitos positivos para a coletividade, então sob o ponto de vista econômico cabe perguntar se aqueles efeitos positivos gerados pelo controle do mercado secundário são maiores do que os efeitos negativos. Em outras palavras, o aumento do bem-estar gerado pelo estímulo à concorrência de inovação deve ser maior do que as desvantagens geradas por aquelas três imperfeições tratadas anteriormente.⁷²

Por fim, no que diz respeito ao aspecto jurídico, cabe lembrar que o bem imaterial não é garantido pelo ordenamento jurídico como um direito absoluto, direito este que sempre prevalecerá em qualquer hipótese de composição de interesses. Este direito

70. Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual – Integrando los Derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo, Londres, set./2002, pp. 28-30. O estudo está à disposição para *download* no endereço http://www.iprcommission.org/graphic/Spanish_Intro.htm, visitado pela última vez em 18.4.2008.

71. Heinemann (2002), p. 13.

72. Neste sentido Bechtold (s/d), pp. 57 e ss.

exclusivo é parte de um sistema. Ele não comporta um fim em si mesmo, mas é antes um fator a ser aplicado de acordo e para alcançar fins jurídicos maiores.

4. Um exemplo clássico do emprego do desenho industrial como instrumento de controle do mercado secundário: o caso das peças de reposição de automóveis

4.1 Introdução

A controvérsia que envolve a proteção imaterial manifesta nas peças visíveis de reposição de automóveis fornece não só um exemplo clássico de emprego de direito exclusivo sobre bem imaterial como instrumento de controle do mercado secundário, mas também ganha em importância em razão da atualidade do tema.

A discussão aqui envolve dois aspectos distintos: por um lado o direito exclusivo das montadoras de veículos, que registram como desenho industrial as peças externas que compõem seus automóveis – produtos complexos, posto que formados por vários elementos – e, por outro lado, a questão de controle do mercado secundário formado por aqueles produtos.

É importante destacar que a disputa não envolve a proteção garantida a estas peças enquanto no mercado primário. Isto quer dizer que não se coloca em dúvida a proteção conferida às peças novas e originais nas fases de preparação e montagem dos automóveis, mas sim em um momento posterior, quando estas serão utilizadas como alternativa de reposição de uma peça defeituosa ou danificada.

Aqui implícito que a peça de reposição deve então ser necessariamente idêntica à peça original de fabricação, sob pena de ser impossível restituir ao produto a sua aparência original.⁷³ Neste sentido es-

tas peças são também chamadas de peças *must-match*.⁷⁴

4.2 Sobre o problema na perspectiva da União Européia

4.2.1 Histórico

A publicação em 13 de outubro de 1998 da Diretiva 98/71/CE da União Européia (na época Comunidade Européia) relativa à proteção legal de desenhos e modelos foi precedida da publicação de um *Livro Verde sobre a Proteção Jurídica dos Desenhos Industriais* que, além de apresentar os resultados de uma análise sobre a matéria, continha uma proposta voltada a viabilizar a aproximação das legislações dos Estados-membros. No que diz respeito às peças *must-match*, o *Livro Verde* continha uma disposição chamada cláusula de reparação (*repair clause*), segundo a qual os direitos exclusivos sobre desenhos protegidos não poderiam ser exercidos contra terceiros que, passados três anos após a primeira colocação no mercado de um produto “complexo” em que um determinado desenho ou modelo tivesse sido incorporado, copiassem esse desenho, desde que o desenho ou modelo em questão dependesse da aparência do produto complexo de modo a restituir-lhe a sua aparência original.

Considerando que a proteção jurídica garantida às peças de reposição excluía a possibilidade de concorrência no mercado secundário, foi lançada mão da cláusula de reparação como um mecanismo voltado a

uma porta ou um pára-choque. As peças não visíveis durante o uso normal do veículo, como, p.ex., aquelas escondidas por debaixo da capota do motor poderiam, teoricamente falando, ser diferentes das originais, posto que não sendo visíveis em nada prejudicariam a aparência original do veículo.

74. É necessário distinguir entre peças *must-match* e interconexões ou interfaces. Estas últimas são peças que cuja função é conectar um produto ou um componente a outro.

73. Aqui se trata de fato de peças externas dos automóveis, como, p.ex., um espelho retrovisor,

evitar o estabelecimento de um monopólio no mercado de peças de reposição.

A cláusula de reparação prevista no *Livro Verde* sofreu severas críticas do setor industrial. Os produtores independentes de peças de reposição, por exemplo, criticaram o prazo de proteção de três anos previsto naquela cláusula. A Comissão procurou então adotar uma nova abordagem, apresentando uma nova proposta onde previa que os terceiros interessados em copiar o desenho de um determinado produto complexo para fins de reparação poderiam fazê-lo imediatamente, mediante uma remuneração equitativa e razoável. Tal solução não foi por sua vez aceita nem pelos produtores independentes e nem pela indústria automobilística. Face às divergências profundas, optou-se então pela renúncia de harmonização das legislações nacionais dos Estados-membros nesta matéria. Para a elaboração da Diretiva relativa à proteção legal de desenhos e modelos lançou-se mão, assim, de um mecanismo chamado *freeze plus*, ou seja, do congelamento das legislações nacionais existentes e da determinação da possibilidade de introduzir alterações a essas disposições apenas quando o objetivo das mesmas fosse a liberalização do mercado desses componentes.

A solução definitiva do problema foi deixada para mais tarde. Neste sentido a Diretiva determinou que até outubro de 2004 fosse apresentado um estudo onde deveriam ser abordadas as consequências desta situação insatisfatória para a indústria comunitária, para os consumidores, para a concorrência e para o funcionamento do mercado interno. A Diretiva também previu para mais tardar um ano após a apresentação do Estudo a proposição ao Parlamento e ao Conselho Europeu das alterações à Diretiva necessárias para regular definitivamente o mercado interno de componentes e produtos complexos. Em conformidade com os prazos previstos na Diretiva, a Comissão da Comunidade Européia apresentou em 14 de setembro de

2004 uma Proposta de alteração do artigo 14 daquele instrumento legal.⁷⁵ Esta proposta foi acompanhada de um estudo extenso, onde as relações de mercado entre os setores econômicos afetados pelo estudo foram analisadas.⁷⁶ Os resultados deste estudo forneceram as bases para a Proposta da Comissão.

Partindo do princípio de que a diferença de regimes jurídicos nos Estados-membros prejudica o funcionamento do mercado interno distorcendo a concorrência, e que uma decisão no sentido de unificar as legislações seria imprescindível, a Comissão decidiu, a despeito das críticas que embasadas no argumento de que uma limitação da proteção garantida ao desenho industrial traria em si o germe da erosão de todo o sistema da proteção aos bens imateriais,⁷⁷ por adotar a chamada *free repair clause from day one*, ou seja a liberalização completa do mercado secundário de peças de reposição *must-match*. Na motivação da proposta foram elencados os seguintes motivos que embasam a opção de adoção de um regime de liberalização completa, imediata e gratuita:

- o único objetivo da proteção dos desenhos industriais é conceder direitos exclusivos sobre a aparência de um produto, mas não um monopólio relativo ao produto em si;
- a proteção de desenhos industriais em relação aos quais não haja alternativa prática conduz a uma situação de monopólio de fato;
- se se conceder a terceiros autorização para fabricar e distribuir peças de reposição a concorrência será mantida;

75. Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, KOM (2004) 582 (01).

76. Commission Staff Working Document – Extended Impact Assessment of the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council Amending Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs, COM (2004) 582.

77. Assim Drexl, Hilty e Kur (2005), p. 450.

• se a proteção de desenhos industriais se estender também às peças de reposição, os produtores independentes violariam estes direitos, o que acarretaria a eliminação da concorrência favorecendo aos titulares dos direitos sobre desenhos industriais um monopólio de fato sobre os produtos.

Justificando a opção pela liberalização imediata e rejeitando assim a possibilidade de estabelecer um prazo durante o qual as peças *must-match* gozariam de proteção, a Comissão argumentou que um período de proteção reduzido poderia implicar a possibilidade de que, durante esse período, os titulares dos direitos aumentassem os preços.

A opção pela liberalização gratuita encontrou sua justificativa no argumento de que um sistema que consistisse em conceder a terceiros autorização para utilizarem os direitos sobre desenhos detidos por outrem, mediante remuneração, levantaria problemas em relação à determinação da titularidade dos direitos, à adequação da compensação e, por último, à disponibilidade de terceiros para pagarem efetivamente essa remuneração.

Com relação aos argumentos de caráter técnico, de que as peças sobressalentes não-originais não garantem níveis qualitativos idênticos aos das peças originais, haja vista que, muitas vezes, os fabricantes independentes não gozam de competências específicas em matéria de processos, de qualidade e de tecnologia, próprias dos fabricantes de veículos, a Comissão argumentou que a proteção de desenhos industriais se destina a recompensar o esforço intelectual dos seus criadores, e não as funções técnicas ou a qualidade das peças. Desenho industrial e parâmetros de segurança são objetos de legislações específicas diferentes. Neste sentido, por exemplo, o pára-choque de um veículo que não apresente os requisitos de registrabilidade necessários não poderá ser protegido como desenho industrial, mas por ter sido produzido de acordo com conhecimentos técnicos de

primeira qualidade poderá preencher todas as expectativas de segurança.

4.2.2 Os argumentos econômicos e jurídicos

Como já dito anteriormente, a proteção garantida aos bens imateriais encontra sua fundamentação na noção de que ela serviria de estímulo à inovação. Tal noção estaria, por sua vez, expressa nas seguintes premissas: (1) a limitação da concorrência no nível de produção leva ao estímulo da concorrência em um nível mais elevado, nomeadamente no nível da inovação; (2) a dimensão do estímulo devido ao titular do direito exclusivo sobre o bem imaterial será formada durante o processo de concorrência entre o seu bem e um outro bem não protegido, ou entre o seu bem e um outro bem protegido de um terceiro titular.⁷⁸ Em outras palavras, o preço do produto que incorpora o bem imaterial será formado durante o processo concorrencial, neste sentido a vantagem econômica – ou o lucro – do titular do direito sobre o bem imaterial, ou seja, a dimensão do incentivo, será uma consequência da dinâmica do mercado.

A noção de concessão de vantagens econômicas como incentivo à atividade inovadora pressupõe, assim, que o mercado seja dotado de uma relação de competição. 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 é um prêmio de natureza concorrencial e nunca um prêmio de caráter monopolista.

78. Assim Drexler, Hilty e Kur (2005), p. 450, valendo-se das lições de v. Weizsäcker, "Rechte und Verhältnisse in der modern Wirtschaftslehre", *Kykos* n. 34 (1981), pp. 345 e ss.

A sutileza deste raciocínio expressa de maneira exemplar a diferença entre a consideração da propriedade imaterial dentro de um sistema de concorrência e a consideração deste instituto como algo isolado, destacado da realidade jurídica.

Ao aplicarmos este raciocínio às peças de reposição de automóveis percebe-se uma distorção destas premissas.⁷⁹ O fator inovador do desenho industrial deixa-se explicar pelo argumento de que a criatividade de *design* faria do produto um bem mais atrativo, o que fomentaria a concorrência. Enquanto o *design* do pára-lama pode influenciar o consumidor em sua decisão de preferir determinado automóvel, visto sob a perspectiva do mercado secundário de peças de reposição o *design* desta peça não exerce mais qualquer influência na escolha do consumidor, uma vez que ele não tem opção de manifestar a sua preferência neste mercado, pois a opção entre as alternativas de *design* dos veículos foi feita no momento da compra do produto primário.⁸⁰ A compra da peça de reposição no mercado secundário não será, por sua vez, movida por critérios de preferência, mas antes de necessidade. Conseqüência desta situação especial de necessidade da peça de reposição, e não de preferência entre alternativas, é que o preço de tal peça não será determinado pela concorrência com outros produtos de substituição. Se se admite que o titular do desenho industrial exerça seu direito exclusivo também no mercado secundário, então se estaria admitindo que ele mesmo determine a dimensão do prêmio devido pela inovação.⁸¹

79. Aqui seguimos o raciocínio feito por Drexl, Hilty e Kur (2005), pp. 450 e ss.

80. Aqui o primado “se não há alternativas de *design* então não cabe proteção como desenho industrial” proposto por Riehle (1993).

81. Um outro argumento econômico que deporia contra a proteção das peças de reposição no mercado secundário é apresentado por Bechtold (s/d), p. 59. De acordo com este autor os custos que envolvem a criação de carroceria como um todo atingem o montante de cerca 0,7% do preço total de

Aqui faz-se mister que se tome uma posição clara em relação às seguintes questões:

(a) O mercado secundário e o mercado primário seriam mercados distintos e independentes entre si ou, ao contrário, seriam uma coisa só, uma unidade?

(b) A proteção garantida sobre os bens imateriais exprime-se na forma de um dos mecanismos do sistema da concorrência ou forma uma “ilha” de reservas no meio do oceano da concorrência?⁸²

Se afastarmos a possibilidade de solucionar o problema da peças de reposição argumentando que a substância do direito garantido ao modelo teria sempre e incontestavelmente um peso maior na ponderação dos interesses frente à liberdade de concorrência – o que defendemos aqui de forma veemente –, então a resposta à questão se o titular poderá valer-se deste direito exclusivo também no mercado secundário só poderá ser resolvida trazendo-se à baila argumentos de cunho político-econômico e, neste sentido, a decisão será sempre expressão de um objetivo político-econômico.⁸³

No que diz respeito à prática da União Européia parte-se, como já acima mencionado, do princípio de existência de dois mercados distintos – mercado primário e

venda dos automóveis. No caso de um bom modelo VW Golf Variant vendido hoje no mercado alemão o preço investido na criação da carroceria seria cerca 175 Euros (os cálculos com o preço do carro da marca Golf são nossos, Bechtold trabalha com preços médios) Seguindo o raciocínio de Bechtold, e diante deste dado percentual ínfimo, a repartição dos custos entre o mercado primário e secundário parece ridícula.

82. No sentido de uma “ilha” de reservas a argumentação de Beier (1994) e Strauss (2005) que destacam o instituto do modelo industrial do sistema, e que ao contrário do que aqui defendemos ressaltam a característica de neutralidade econômica da PI, e argumentam que a exceção de garantia às peças must-match vai de encontro com a essência da proteção de PI.

83. Veja aqui Heinemann (2002), p 533.

secundário – e da premissa de que cada caso que envolva a averiguação de uma possível posição dominante no mercado secundário pede uma análise específica calcada na averiguação dos efeitos daquelas imperfeições, das quais acima tratamos, e nas suas conseqüências para o mercado, mercado este que se deseja competitivo, e não monopolista.⁸⁴ Argumentos que embasariam o entendimento de posição dominante no mercado de peças de reposição seriam encontrados na dificuldade de se prever quantas peças de reposição serão necessárias durante a vida útil do automóvel e os altos custos que uma eventual troca de sistema envolveria. Aqui um típico caso de composição de interesses.

5. Análise crítica da decisão da Secretaria de Direito Econômico

(a) O ponto central da Representação, disse a Secretaria de Direito Econômico, refere-se a um suposto conflito entre direito de propriedade industrial e direito de concorrência. A ANFAPE alegou que o exercício do direito exclusivo sobre desenho industrial das montadoras, que ela em princípio plenamente reconhece, significaria um abuso de poder econômico no mercado de reposição de peças de automóveis.⁸⁵

A Secretaria iniciou a análise fazendo as considerações sobre o reconhecimento de mercados distintos para o produto primário e para o produto secundário.

Valendo-se da jurisprudência do CADE reconheceu (1) o mercado de fabricantes de veículos novos; (2) o mercado varejista de veículos novos; (3) o mercado atacadista de autopeças de reposição; (4) e o mercado varejista de autopeças de repo-

sição, onde os agentes são as concessionárias e as lojas independentes de autopeças.

A Secretaria de Direito Econômico adotou uma posição de análise sistemática nos moldes daquela análise proposta pelo juiz americano Scalia em seu voto dissidente na decisão do caso Kodak.

Partiu da averiguação de que as empresas automobilísticas estariam sujeitas à concorrência no mercado primário, concorrência esta que, por sua vez, “mitigaria o exercício do poder de mercado no *after-market* por quem detenha a propriedade industrial (ou contratual) de determinada peça. Isso por que o eventual monopólio sobre a sua comercialização que decorra de um título de propriedade somente vai afetar a concorrência intra-marca (dentro da mesma montadora, ou seja, com relação a peças para veículos de uma mesma montadora), continuando as montadoras em regime de concorrência no *foremarkt*”.⁸⁶

Inseridas no texto citado estão duas notas de rodapé. A primeira diz, “diante de tais colocações, torna-se inadequado no contexto da presente Averiguação Preliminar considerações análise (*sic*) sobre custos de troca (*switching cost*) e de efeito *lock in*”.⁸⁷ E na nota de rodapé seguinte traz à baila a “linha de jurisprudência norte-americana, que não tem aceito o argumento de monopolização de peças no mercado secundário na presença de concorrência no mercado primário. Esse entendimento ficou conhecido como *Kodak's theory*, pois ganhou fusão na doutrina mundial a partir do julgamento do caso *Eastmann Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., et al.*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos”. E na nota ainda se lê: “a Comissão Européia também tem seguido essa mesma linha de que um ambiente concorrencial no mercado primário mitigaria o poder de mercado (proveniente ou não de direitos de propriedade) no *af-*

84. Aqui será feita assim uma composição de interesses, composição esta que está de acordo com artigo 26, parágrafo 2, do TRIPS.

85. P. 31.

86. P. 40.

87. Nota 21, p. 40.

termarket. Nos casos Pelikan/Kyocera e Digital, havia comprovadamente um mercado primário fortemente competitivo (no primeiro caso, no mercado de impressoras e, no segundo caso, no mercado de sistemas informáticos do tipo Vax e Alpha) em detrimento de uma grande concentração de mercado no *aftermarket* (no primeiro caso, no mercado de cartuchos de impressora e, no segundo caso, no mercado de serviços de manutenção de computadores e de *softwares*), no qual essas empresas possuíam posição dominante. A conclusão da Comissão, em ambos os casos, foi a de que a existência de uma posição dominante não pode ser analisada apenas considerando as condições de qualquer um dos mercados separadamente, mas também à luz de determinados comportamentos da empresa no *foremarket* que possam causar restrições no mercado secundário” (o grifo é da Secretaria de Direito Econômico).

Saltará de maneira gritante aos olhos do leitor que cuidou ler este trabalho desde o início, a dimensão do equívoco no entendimento da Secretaria de Direito Econômico em relação à posição adotada pela Comissão Européia não só em seu aspecto geral, mas também em relação aos citados casos Pelikan/Kyocera e Digital. Aqui só nos cabe reportarmos aos itens *supra* deste trabalho.

Como fonte do entendimento da Comissão Européia, de que a posição dominante de uma empresa não deve ser analisada considerando apenas as condições de qualquer um dos mercados isoladamente, posição esta que, como já vimos, expressa o distanciamento daquela Comissão em relação a teoria do monopólio, a Secretaria de Direito Econômico cita o trabalho de Chevalier (1998). O que surpreende é que naquele trabalho o autor deixa claro o esforço feito pela Comissão Européia em proceder uma análise direcionada às imperfeições que envolveram os casos mencionados. Em momento algum o texto de Chevalier pode ser tomado para justificar a posição adotada pela Secretaria de Direito

Econômico.⁸⁸ Teria a Secretaria de Direito Econômico citado um texto que não leu?

Parece que a dificuldade da Secretaria de Direito Econômico em compreender a linha de análise da Comissão Européia encontra as suas raízes no mau entendimento da questão que envolveu o caso americano Kodak. Se não fosse assim, a Secretaria não teria afirmado que a jurisprudência norte-americana não tem aceitado o argumento de monopolização no mercado secundário na presença de concorrência no mercado primário. Esta foi a posição proferida pelo juiz Scalia no voto dissidente que, como bem diz o termo *dissidente*, não prevaleceu na decisão. A jurisprudência norte-americana, apesar de demonstrar uma forte tendência de se distanciar das teorias pós-Chicago, em momento algum tem deixado de considerar aquelas três imperfeições de mercado desenvolvidas na decisão do caso Kodak, ou em outras palavras, os tribunais americanos nunca agiram como fez a Secretaria de Direito Econômico no caso em questão, que partindo de uma teoria abstrata e simplista, teoria esta que tem sido há décadas alvo de severas críticas, negou de plano analisar os efeitos de custos de troca (*switching cost*) e efeito *lock-in* no mercado secundário de peças de reposição de automóveis.

(b) Voltando aos argumentos apresentados pela Secretaria, aquele órgão, adotando um entendimento pautado na teoria da impossibilidade, cuidou de montar uma argumentação compatível com a conside-

88. “L’analyse des faits respectifs dans ces affaires a amené la Commission à moins de deux ans d’intervalle à des conclusions différentes sur la dominance des entreprises concernées sur les marchés secondaires en cause. Cela confirme qu’il n’y pas de règle automatique en la matière et qu’une analyse au cas par cas des caractéristiques des produits primaires et secondaires, des conditions de marché et du comportement probable des clients en résultant est nécessaire. Nous essayons de définir ci-dessous de manière théorique les éléments importants à prendre en compte dans une telle analyse, avant de souligner certaines différences caractéristiques entre les deux affaires évoquées ci-dessus”, Chevalier (1995).

ração do mercado primário e secundário como um único fenômeno sistêmico.

Neste sentido afirma-se que os mercados primário e secundário não seriam independentes entre si, mas antes apenas distintos. Na diferença conceitual “ *sutil*”, porém “ *determinante*”, entre estes dois termos “repousaria o cerne da discussão, que é a extensão sobre o direito de propriedade sobre certas autopeças, ou seja, se ela se restringiria apenas ao mercado primário (*foremarket*) ou se ela se estenderia a todos os demais, inclusive o mercado de reposição (*aftermarket*)”.⁸⁹ E segue-se explicando em nota de rodapé “embora os termos ‘independentes’ e ‘distintos’ possam parecer sinônimos, nesse caso eles possuem significados diversos. O termo ‘independentes’ está sendo aqui utilizado no sentido de que um determinado fato que atinge um dos mercados não irá provocar nenhum efeito no outro, seja em relação ao comportamento do consumidor, seja em relação à estrutura de funcionamento do mercado. Por sua vez, o termo ‘distintos’ está sendo empregado para dizer que há de fato mais de um mercado – o de montagem de veículos e o de comercialização varejista de autopeças –, e não um único, conforme chegou a ser sustentado na Averiguação Preliminar, e que, um fato que afete um dos mercados pode vir a produzir efeitos no outro, sendo eles, portanto, inter-relacionáveis, funcionando de forma orgânica”.

Prossegue-se então afirmando que os “direitos de propriedade industrial não necessariamente conferem poder de mercado aos seus detentores. E ainda que assim seja, isso por si só não caracteriza violação antitruste: a criação de monopólio (temporário) pode ser necessária para obter um ganho maior para os consumidores (decorrentes de efeitos dinâmicos que superam as esperadas perdas estáticas) e, assim, justificada a proteção”. E a Secretaria segue argumentando: “Portanto, eventual monopólio sobre determinadas autopeças foi atribuído

com base na Lei n. 9.276/1996, por razões específicas que serão vistas mais adiante e que não provocam a exclusão dos fabricantes independentes do setor de autopeças. Ou seja, no caso destes autos, em que se discute a propriedade sobre desenho industrial em relação a determinadas autopeças, o monopólio legal apenas inviabiliza a concorrência sobre algum modelo específico de uma dada autopeça para proteger os incentivos à inovação, não impedindo a fabricação e comercialização de autopeça similar por terceiros, desde que estes não reproduzam o desenho protegido (o que é plenamente comum e possível, técnica conhecida como *tuning*)”.⁹⁰

Também aqui a decisão da Secretaria de Direito Econômico comete erros substanciais.

A propriedade industrial de fato não confere necessariamente ao seu titular poder de mercado, mas ela pode vir a conferir a este poder indesejável no mercado, mesmo e apesar de tais situações caracterizarem geralmente uma exceção. Ao órgão protetor da concorrência cabe, frente a estes casos excepcionais, verificar se há de fato uma posição indesejável de poder econômico no mercado, ou não.

A Secretaria de Direito Econômico, ao seguir o entendimento de que concorrência no mercado primário implica necessariamente na negativa de poder no mercado secundário, simplesmente se absteve de fazer esta análise.

Por fim, adotando um entendimento estático da propriedade industrial, que vê no direito exclusivo sobre bens imateriais um instituto que, diante do conflito com o interesse de livre concorrência, sempre prevaleceria, e neste sentido valendo-se do termo “ *monopólio sobre as autopeças*”, a Secretaria encerra este bloco de argumentos sugerindo que as “ *peças tuning*” seriam uma alternativa concorrencial às *peças must-match*.

Para oferecer ao leitor a dimensão desta afirmação, faz-se necessário aqui explicar o que vem a ser *car tuning*. Para tanto, nós vamos transcrever aqui, *ipsis literis*, o verbete oferecido pelo *site* da Wikipedia,⁹¹ no nosso entender para este caso específico a fonte mais adequada para explicar exatamente o que vem a ser *car tuning*:

“*Tuning* (expressão inglesa traduzida como afinação ou otimização) ou *car tuning* (afinação de carros) é simultaneamente um desporto e um passatempo que consiste em alterar as características de facto de um automóvel a um nível de personalização extrema. No contexto costuma-se imprimir no automóvel um pouco da personalidade do seu dono; está sendo muito usado para agregar valor desportivo aos carros, tornando-se assim, a arte de dar ao carro mais *performance*, mais segurança, mais beleza, tornando-o diferente e único. O *tuning* é aplicável a praticamente todos os componentes de um carro: rodas, pneus, suspensão, alterações no motor, interior, carroçaria, tubos de escape, áudio. Há quem gaste um valor acima do próprio preço do carro com peças e acessórios, como pára-choques, asas, saias, neon, sistemas de NO² (óxido nítrico), etc. Todos estes componentes podem ser revistos de forma a terem um comportamento superior ou um aspecto que torne um carro ‘de série’ em algo exclusivo e único.

“Mas o *tuning* não deve apenas tornar o carro mais bonito. As alterações feitas, para além de ter preocupações estéticas, devem acrescentar características ao carro de forma a torná-lo mais potente, não desprezando a segurança e o comportamento do carro, sendo estas as características principais a conseguir. Normalmente estas alterações inspiram-se na competição, tendo os campeonatos de Super Turismo Europeu contribuído significativamente para a disseminação do *Tuning* a nível mundial. Lançado em 2001, o filme ‘Velozes e Fu-

riosos’, desencadeou essa tendência pelo mundo inteiro.”

O pedagogo suíço Johann Heinrich Pestalozzi disse, em certa ocasião, que o destino das pessoas seria ter de suportar que a verdade nunca estaria com cada uma delas, mas ela estaria antes repartida por todas as pessoas. Um trabalho científico é naturalmente um trabalho de natureza crítica e aqui, neste momento, o leitor atento já terá percebido que defendemos uma posição diametralmente oposta à adotada pela Secretaria de Direito Econômico. Sob o ponto de vista ético a posição da Secretaria merece de plano todo o nosso respeito, e se considerarmos a posição ingrata ocupada pelos funcionários de órgãos públicos, sempre alvos de críticas que se não vêm de uma direção, virão certamente de outra, merecerá ainda mais respeito. Neste sentido, e feita esta ressalva, é com toda a devida vênia que nos permitimos observar que o argumento de que as peças *tuning* representariam alternativas comerciais para as peças *must-match* é totalmente, completamente descabível.

Peça *must-match* é chamada de *must-match* por que ela deverá ser necessariamente igual àquela que irá ser substituída. Em outras palavras, para que o bem primário volte a ter a mesma aparência original o consumidor necessita de uma peça igual àquela que será substituída. Aqui uma premissa básica para se compreender a temática que envolve a questão das peças de reposição no mercado secundário.

A peça *tuning* só poderá ser alternativa para aquele consumidor que cogita a hipótese de ver a aparência original do seu veículo modificada, ou para aquele consumidor que de plano deseja “personalizar” o seu veículo. Ela só será alternativa para aquele consumidor adepto ao “desporto ou passatempo” do *car tuning* e não para a grande massa de consumidores que faz a sua escolha por este, e não por aquele produto “automóvel”, considerando, entre

91. Visitada pela última vez em 10.4.2008.

outros fatores, a aparência estética daquele bem.⁹²

(c) Com relação aos aspectos econômicos, a Secretaria de Direito Econômico ressalta de plano a noção de que a garantia do direito exclusivo sobre o bem imaterial serve de estímulo para o emprego de investimentos no processo inovativo.

A seguir aquele órgão passa a tratar da questão da qualidade das peças de reposição, argumentando que a prática do *free riding*, “além de violar legislação específica, gera perdas e risco potencial e especialmente danosos. Isto porque, devido às características do produto ‘automóvel’, a simples replicação de autopeças sem o devido cuidado com a sua qualidade, pode gerar situações que expõem a vida de inúmeras pessoas”.⁹³ Lembra que o “fator de segurança ganha especial relevo em função das assimetrias de informação sobre a qualidade das autopeças e pela dificuldade ou até mesmo impossibilidade de diferenciação, tanto pelo consumidor como até mesmo pelo técnico (como um mecânico, por exemplo) entre uma peça original, que tenha passado pelos controles de qualidade dos fornecedores e/ou das montadoras, e aquelas simplesmente replicadas por engenharia reversa em infração à legislação vigente. Assim é que se conclui que o registro de propriedade sobre determinadas autopeças pode não só servir para que a montadora amortize os gastos com a criação e com a certificação de qualidade da autopeça, mas também pode servir como um instrumento de controle de segurança para o consumidor, ao suprir eventual falha de mercado decorrente de assimetria de informação. Assim, sob o aspecto econômico, resta plenamente justificável o registro de propriedade sobre determinadas

92. Neste sentido a própria decisão da Secretaria, p. 43: “Com efeito o produto ‘automóvel’ é homogêneo no seu aspecto finalístico, servindo o fator estético como elemento fundamental de diferenciação do produto, o que é feito através do design de suas peças externas (...)”.

93. P. 45.

autopeças, bem como o seu exercício indiscriminado no setor de autopeças”.⁹⁴

Também aqui a decisão da Secretaria de Direito Econômico apresenta desvios conceituais.

Nada obsta em relação ao argumento da concessão de proteção ao bem imaterial como um de incentivo à inovação e, conseqüentemente, à concorrência. O ponto de vista adotado por nós já ficou claro do decorrer desta exposição.

O que causa surpresa é o esforço daquele órgão em realizar aqui, com relação aos argumentos de qualidade das peças de reposição, uma análise, mesmo que superficial, sobre as possíveis conseqüências para a segurança do consumidor. Exatamente a ausência de uma análise deste porte, que levasse em conta as conseqüências para o bem-estar do consumidor sem alternativas no mercado secundário, configura um dos grandes pontos questionável desta decisão.

Também o argumento da segurança das peças de reposição originais não merece ser recebido sem considerações críticas.

Zelar pela segurança do consumidor não é função da propriedade industrial. Para tanto serão aplicáveis normas de adequação técnica. Tal afirmação fica clara – e aqui sem querer tirar o mérito da preocupação com a segurança do consumidor – quando pensamos que nem todas as peças de um carro são protegidas como modelo industrial. O que se diria em relação ao pára-choque do modelo de automóvel X, cuja forma não é original o suficiente para justificar proteção como desenho industrial? Este produto que, por não estar protegido por direito de propriedade imaterial nenhum, poderá ser produzido por empresas independentes, não estaria sujeito a ser fabricado de acordo com critérios de segurança? Não estariam também os fabricantes destes produtos sujeitos a potenciais

94. P. 46.

ações judiciais cíveis e criminais movidas por eventuais vítimas da falta de segurança de suas peças?⁹⁵

Os gastos em testes de segurança com as peças dos automóveis são amortizados com o preço de venda do automóvel no mercado primário. A indústria automobilística não é, em primeira linha, indústria de peças de automóvel, mas sim indústria produtora do bem primário “automóvel”. O consumidor não irá preferir o automóvel X, ao automóvel Y, porque o pára-choque do primeiro oferece mais segurança do que o pára-choque do segundo, mas sim porque o automóvel X oferece um padrão de qualidade e de segurança maior do que o automóvel Y.

(d) Tratando por sua vez dos argumentos jurídicos a Secretaria de Direito Econômico afirma não existir “licença compulsória de direito industrial, já que quando o legislador a previu, ele o fez apenas em relação às patentes. Trata-se de exclusão proposital, por ter-se entendido que medida de natureza tão radical deveria restringir-se a invenções e modelos de utilidade, não alcançando a forma plástica ornamental”.⁹⁶

A Secretaria de Direito Econômico não reporta aqui à fonte de onde haveria retirado a informação de que o legislador não teria mencionado propositadamente a possibilidade de pedido de licença compulsória, por ter entendido que *medida de natureza tão radical deveria restringir-se a invenções e modelos de utilidade, não alcançando a forma plástica ornamental*. Afirmarões desta natureza deveriam vir sempre acompanhadas da fonte de informação. Aqui não fica claro se a Secretaria valeu-se de uma informação constatável

95. Assim o argumento da Secretaria de Direito Econômico, p. 45: “Obviamente, tal zelo pela segurança e pela qualidade das autopeças não se dá sem razão ou investimentos. A razão está relacionada à segurança dos consumidores (v. artigos 7º, parágrafo único, 18 e 20, da Lei n. 8.078/1990) e criminais, movidas pelas eventuais vítimas”.

96. P. 50.

ou se está aqui manifestando a sua interpretação da vontade do legislador.

(e) Em um item à parte a Secretaria cuidou de analisar a alegação da ANFAPE de que, estendida pelo mercado de reposição, o exercício abusivo do registro de desenho industrial violaria a função social da propriedade.

A Secretaria assim discorre sobre o problema: “Ainda que não se pretenda adentrar ao tema, pois estaria-se fugindo demasiadamente do proposto na Representação, doutrina e jurisprudência são pacíficos ao afirmar que o cumprimento da função social da propriedade⁹⁷ se dá pela utilização econômica plena, independentemente de qualquer outro critério que não seja econômico. Assim, como as montadoras não registraram as suas autopeças com o intuito de prejudicar concorrentes, fazendo uso delas tanto na montagem de seus veículos como no mercado de reposição (até por obrigação legal do CDC, conforme já visto), se a função social da propriedade fosse aplicável a este caso, elas a estariam cumprindo plenamente, o que tornaria o pedido improcedente, com base neste argumento”.⁹⁸

Seguindo a argumentação da Secretaria lemos então: “Em uma última observação sobre esse ponto, vale notar que o direito de propriedade tem como objetivo reconhecer que os investimentos em inovação representam esforços que merecem ser recompensados. Se as consequências desse reconhecimento for a monopolização (temporária) de um determinado pro-

97. A Secretaria nega adiante que a noção de função social da propriedade seria aplicada à propriedade imaterial. De forma sintética a razão aqui alegada seria de que a noção de propriedade imaterial não se enquadra “na noção tradicional e estruturada de propriedade”; neste sentido a citação de Marco Aurélio da Silva Viana, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XVI, *Dos Direitos Reais*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 21, citado na nota de rodapé 37, p. 54 da decisão da Secretaria de Direito Econômico.

98. P. 53.

duto específico (ou mesmo mercado) é porque essa foi a opção do legislador e do constituinte em garantir esse benefício e o empreendedor, que precisava repor os gastos e esforços dispensados para o desenvolvimento da inovação, bem como uma margem de lucro que o estimule a continuar inovando.

“Trata-se portanto, de *trade off* em que a sociedade (por meio dos seus representantes) optou, com o intuito de gozar dos benefícios de inovação (ou seja, para ter acesso ao desenvolvimento tecnológico), atribuir temporariamente a exclusividade sobre a exploração econômica de uma determinada invenção/modelo de utilidade/desenho industrial, mesmo que o preço a se pagar no curto prazo seja mais elevado do que aquele que seria na ausência de tal proteção, o que não deve ser entendido como abuso de poder *per se*.”⁹⁹

A Secretaria, partindo corretamente do princípio de que a propriedade imaterial cumpre uma função puramente econômica – o que aqui expressamos de outra forma, afirmando que a função da propriedade imaterial é puramente concorrencial – chega à conclusão equivocada de que se o conceito de função social fosse aplicável ao caso em questão, e uma vez que as montadoras não registraram as suas autopeças com o intuito de prejudicar concorrentes, elas estariam cumprindo plenamente aquela função.

Nós não vamos entrar aqui na discussão se cabe alegar violação da função social da propriedade para a propriedade imaterial, ou não, pois da mesma forma que o ordenamento jurídico brasileiro não deixa cair sobre os bens materiais um direito de propriedade de caráter absoluto, ilimitado e solto de qualquer consideração social, este ordenamento não garante também em relação aos bens imateriais um direito absoluto, ilimitado e solto de qualquer consideração social. Pelo contrário, o

ordenamento jurídico garante o direito de propriedade sobre os bens imateriais não como um valor em si mesmo, mas sim em função de fins determinados, fins estes expressos no interesse social e no desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Se o “intuito” das montadoras foi bom ou ruim no sentido moral, ou seja, se as montadoras registraram os desenhos com a intenção de prejudicar os concorrentes ou não, é irrelevante para o caso. É de se presumir que as montadoras registraram os desenhos das peças com o intuito de lucro. O que interessa analisar aqui, é se o direito exclusivo sobre o bem imaterial está cumprindo no mercado a sua função concorrencial, ou não.

A Secretaria de Direito Econômico, então, retomando aquela concepção americana defendida pela escola de Chicago, baseada no raciocínio de que o exercício do poder no mercado seria sempre admissível, quando dele resultasse a maximização da eficiência alocativa, aceita a supressão da concorrência por um curto período de tempo apostando que tal fato viria gerar ganhos de eficiência. Os argumentos que nos levam a discordar de tal conclusão já foram amplamente tratados no decorrer deste trabalho.

Discorda-se aqui também da afirmação de que o constituinte e o legislador teriam optado por adotar este entendimento ao garantir um direito exclusivo sobre bens imateriais. A esta conclusão só se chegaria se procedêssemos a uma análise do instituto da propriedade industrial fora do seu contexto sistêmico, método de análise que consideramos equivocado. Pelo contrário, a análise aqui há de ser feita à luz dos princípios constitucionais brasileiros da livre iniciativa, da livre concorrência e da proteção ao consumidor.¹⁰⁰ Em outras palavras,

100. A respeito desta interpretação sistemática do direito da propriedade imaterial à luz dos princípios constitucionais brasileiros, v. a lição de Forgioni (2008).

a conclusão que aqui tiramos é a de que o constituinte e o legislador tiveram em mente adotar um entendimento diametralmente oposto àquele defendido pela Secretaria de Direito Econômico. Considerada dentro do sistema jurídico brasileiro o ordenamento não garantiu proteção à propriedade industrial como um valor em si mesmo, mas antes em função dos fins que cumpre, nomeadamente de fomentar a concorrência. Neste sentido a proteção aos bens imateriais só será justificada dentro de um quadro concorrencial.

A Secretaria de Direito Econômico, diferentemente da prática dos tribunais americanos e europeus, prática esta que este órgão brasileiro pretendeu trazer sem sucesso como exemplo para embasar sua linha de argumentação, absteve-se de verificar, ao adotar aquele modelo teórico simplista da teoria da impossibilidade, se o escopo necessário que a proteção sobre bens imateriais exige para cumprir a sua finalidade – a situação de concorrência – se fazia presente no caso, ou não.

Bibliografia

- BECHTOLD, Stefan. *Die Kontrolle von Sekundärmärkten*, s/d, http://www.wipol.uni-bo-nn.de/fileadmin/Fachbereich_Wirtschaft/Eirichtungen/Wirtschaftspolitik/Lehre/LE_Workshop/Bechtold_Sekundaermarkt.pdf, visitado pela última vez em 18.4.2008.
- BEIER, Friedrich Karl (1994). *Patent und Ethik im Spiegel der technischen Evolution*, in *GRUR* (541-558).
- EUROPÄISCHE KOMMISSION (1995). *Bericht über die Wettbewerbspolitik*, COM (96) 126, http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/ra9501de_de.pdf, visitado pela última vez em 18.4.2008.
- BORK, Robert R. (1993). *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself, with a New Introduction and Epilogue*. Nova Iorque.
- CHEVALIER, Philippe (1998). “Dominance sur un marché de produits secondaires”, in *Competition Policy Newsletter*, fev./1998, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1998_008_fr.html, visitado pela última vez em 18.4.2008.
- DREXL, Josef; HILTY, Reto; KUR, Annette (2005). “Designschutz für Ersatzteile – Der Kommissionsvorschlag zur Einführung einer Reparaturklausel”, in *GRUR INT*, Heft 6 (449-457).
- FISCHER, Elke (1999). “Info-Lab/Ricoh”, in *Competition Policy Newsletter*, fev./1999 (35-37), n. 1, <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/cpn/cpn19991.pdf>, visitado pela última vez em 18.4.2008.
- FORGIANI, Paula A. (2005). *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed., São Paulo, Ed. RT.
- _____. (2006). “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação?”, in *Revista do Tribunal Regional Federal 77/35-61*, mai.-jun./2006.
- _____. *As Importações Paralelas no Brasil*. Texto ainda não publicado e fornecido pela própria autora.
- GRAF v. MERVELDT, Moritz (2004). “Anmerkung. Ex Occident Lux? Das Verizon/Trinko-Urteil des US Supreme Court”, in *GRUR INT* (678-681).
- GRAU, Eros R. (2007). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores.
- HEINEMANN, Andreas (2002). “Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums”, in *JUS PRIVATUM Beiträge zum Privatrecht* 65, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck.
- HÜBNER, Rainer (2006). “Genung ist Genug”, in *Das Kapital*, de 20.9.2006, <http://www.capital.de/politik/100004822.html>.
- MÜLLER, Thomas (1995). “Anmerkung (zur Supreme Court 8.6.1992 – Kodak)”, in *GRUR INT* (92).
- PORNISCHLEGE, Clemens (2008). “Adieu 1789. Wie Europa Staat und Recht an den Wettbewerb verkauft”, in *Süddeutsche Zeitung*, 3.4.2008.
- RIEHLE (1993). “EG-Geschmackmusterschutz und Kraftfahrzeug-Ersatzteile”, in *GRUR INT* (49-70).
- SALOMÃO FILHO, Calixto (1998). *Direito Concorrencial. As Estruturas*. São Paulo, Malheiros Editores.

