

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Guilherme Alves Corrêa de Lima Stefanini

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DO MERCADO
AUTOMOBILÍSTICO BRASILEIRO**

SÃO PAULO

Guilherme Alves Corrêa de Lima Stefanini

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO LEGAL DO MERCADO
AUTOMOBILÍSTICO BRASILEIRO**

Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Curso de Especialização
como parte dos requisitos para obtenção do
certificado de especialista em Direito, na
área de Direitos Difusos e Coletivos, sob
orientação da Professora Clarissa Ferreira
Macedo D'isep.

São Paulo – SP
setembro/2015

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar a Lei nº 6.729, de 28 de Novembro de 1979 que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Pretende-se perquirir sobre a (não) recepção de tal ato normativo pela Constituição de 1988, à luz dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, sua ordem econômica e financeira e dos direitos e garantias individuais.

Com maior foco, a análise de compatibilidade se dará frente do direito de livre iniciativa e concorrência e da defesa do consumidor, todos consagrados constitucionalmente como Direitos Fundamentais.

Assim, desde logo, determinamos a matéria abordada que percorre o direito econômico, concorrencial, consumerista e constitucional, sem deixar de reconhecer possíveis tratativas que, para não estender demasiadamente o trabalho, não serão desenvolvidas, *verbi gratia* o princípio da função social da empresa ou da propriedade.

Tendo em vista o prospecto traçado tem-se que, sem dúvida, o mercado automobilístico constitui setor relevante para a sociedade sendo, por isso, de abrangência coletiva qualquer lesão aos consumidores de veículos. Bem como, é interesse difuso a manutenção da livre concorrência no setor, sem a restrição do direito de escolha do consumidor.

Assim, por ser de natureza indivisível e de titularidade indeterminada o direito da livre comercialização de veículos automotores por preços não abusivos, tem-se guardada a necessária pertinência do presente trabalho com o Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO 1. HISTÓRIA DO MERCADO AUTOMOBILÍSTICO NO BRASIL	7
CAPÍTULO 2. DA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DO CADE NO MERCADO AUTOMOBILÍSTICO	11
2.1 Do mercado relevante.....	11
2.2 Do parecer da Advocacia Geral da União (AGU) pela incompetência do CADE.	13
2.3 Da conclusão da Secretaria de Direito Econômico (SDE).	14
CAPÍTULO 3. A LEI FERRARI E A REALIDADE BRASILEIRA.....	17
CAPÍTULO 4. RESTRIÇÕES VERTICAIS E CONCORRÊNCIA	22
4.1 Restrições verticais: impacto das novas contribuições teóricas.	23
4.2 Cenário internacional.	27
4.3 Jurisprudência do CADE: apelo à alteração legislativa.....	28
CAPÍTULO 5. CONVENÇÕES DAS CATEGORIAS ECONÔMICAS E DE MARCAS E CARTEL DE REGRAS	33
CAPÍTULO 6. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	39
CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA.....	44

INTRODUÇÃO

A atual Carta Magna brasileira consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a livre iniciativa – art. 1º, inciso IV.

Trata-se da garantia subjetiva que, assim como a autonomia privada, é inspirada no valor jurídico da liberdade e enseja que a vontade individual escolha dentre várias alternativas possíveis. Assim, é direito existencial da personalidade inerente à própria concepção de pessoa humana.

Entretanto, apesar de comumente não traçarmos diferenças entre autonomia privada e livre iniciativa, é possível identificar elementos peculiares de distinção, principalmente posto o aspecto econômico refletido nesta última terminologia.

Segundo a Economia, a autonomia privada é traduzida pela livre iniciativa. Ou seja, a liberdade individual evidenciada no poder jurídico normativo dos particulares de reger seus próprios interesses se manifesta, no plano econômico, através da livre iniciativa. Nesta ordem de ideias, a livre iniciativa é o poder dos particulares disciplinarem e definirem a sua atividade econômica, ou, em outras palavras, é o livre exercício da atividade econômica pelos particulares.

Não obstante o prisma econômico da livre iniciativa, é certo que o exercício da atividade econômica se faz através do instituto jurídico dos contratos. Assim, em última análise, o contrato cumpre uma função econômica, uma vez que é instrumento necessário para regulação das atividades econômicas de produção, comercialização e consumo.

Além de figurar no primeiro artigo da nossa constituição, a livre iniciativa também é arrolada como fundamento da ordem econômica do Brasil, ao lado do trabalho humano, da existência coletiva com dignidade e dos ditames da justiça social – art. 170 da Constituição Federal.

Organizando as atividades de produção, distribuição e consumo de bens e serviços, nossa constituição estabelece a opção pelo sistema capitalista ao consagrar a livre concorrência e a propriedade privada como princípios norteadores da ordem econômica.

Atualmente, muitos¹ falam em Neoliberalismo, pois a liberdade privada não é absoluta, mas é limitada pelo Estado em prol do interesse público, por meio do Direito Econômico.

Dentre os dispositivos normativos que regulam e interferem no mercado, destaca-se o art. 173, §4º da Constituição Federal que atribui a edição de lei que reprima o abuso do poder econômico quando seu exercício vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A reprimenda estatal está organizada na Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado pela Lei nº 8.884/94 como autarquia federal que atuava preventivamente contra as condutas de risco ao direito de concorrência, por meio da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), e repressivamente através da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), onde eram realizados o inquérito e o processo administrativo de apuração e punição dos ilícitos econômicos.

Porém, nestas formas de atuação preponderava a regra da repressão porque nas fusões e aquisições de empresas os agentes econômicos primeiro concluíam o negócio e depois o submetiam ao CADE que, caso entendesse tratar-se de ato ilícito de concentração, poderia ordenar o desfazimento do negócio.

Justamente visando evitar atos de concentração de mercado que causem prejuízos à livre concorrência e, em última instância, aos consumidores, cuja defesa também é princípio da ordem econômica, a Lei nº 12.259/11 passou a exigir que os agentes econômicos entreguem os contratos para análise antes das assinaturas, o que diminuiu a quantidade de processos administrativos e conferiu maior rapidez ao Conselho (“SUPER CADE”).

¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Desta forma, a norma constitucional de eficácia limitada (segundo a doutrina de José Afonso da Silva) prevista pelo art. 173, §4º da Constituição Federal, foi integrada pela Lei nº 8.884/94, posteriormente revogada pela Lei nº 12.259/11.

Entretanto, certo nicho do mercado permaneceu regulamentado por lei específica de promulgação anterior à Constituição Federal de 1988. Refere-se ao setor automobilístico, cujas normas de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre são definidas pela vetusta Lei nº 6.729 de 28 de novembro de 1979, com redação alterada parcialmente pela Lei nº 8.132 de 1990.

A Lei nº 6.729/1979 também é conhecida como Lei Ferrari em referência a Renato Ferrari, advogado e parlamentar paulista que nos anos 70 se tornou empresário do ramo de distribuição de automóveis e redigiu e lutou, desde o governo de Ernesto Geisel, para a regulamentação das relações de entre fabricantes e distribuidores de carros.

Adianta-se que tal lei dispensa tratamento peculiar para as montadoras e para as concessionárias de veículos automotivos como, por exemplo, admite a possibilidade de Convenções de Categorias Econômicas e de Convenções de Marca entre os concorrentes (arts. 18 e 19) no âmbito da produção (montadoras) e da distribuição (concessionárias) para a adoção de comportamentos uniformes (como o tabelamento de preços), podendo ser utilizadas para diminuir ou eliminar a concorrência prejudicando, por fim, os consumidores do setor.

Posta a prévia, iremos averiguar a (in) compatibilidade da Lei nº 6.729 /1979, sancionada pelo Presidente João Figueiredo durante o regime militar, com a atual ordem jurídica, visando expor as razões do perecimento da sua validade e os fundamentos para a declaração da sua inconstitucionalidade superveniente.

Por último, deve constar que o interesse do autor com o tema surgiu por matérias jornalísticas que comparavam o alto preço do automóvel zero quilometro comercializado no Brasil com aqueles vendidos no exterior, sendo que, como iremos demonstrar, a carga tributária não é de maneira nenhuma a principal causa, ao contrário do que correntemente aponta os agentes econômicos do setor.

CAPÍTULO 1. HISTÓRIA DO MERCADO AUTOMOBILÍSTICO BRASILEIRO

Os primeiros veículos motorizados terrestres chegaram ao Brasil no final do século XIX, importados da Europa ou dos Estados Unidos. Até meados da primeira década do século XX o país possuía menos de cem automóveis registrados.

As importações se mantiveram constantes até o final da segunda guerra mundial quando, impulsionado pelos altos déficits da balança comercial, o governo brasileiro iniciou política de crescimento interno do setor automobilístico, devido ao esgotamento das reservas cambiais nacionais e à diminuição da produção internacional de veículos e peças (em virtude da reconstrução das economias dos países industrializados afetados pela guerra).

Primeiramente as oficinas de autopeças brasileiras começaram a produzir peças substitutivas para os veículos danificados ou obsoletos, o que foi aprovado pelo mercado consumidor da época. Após, visando atender a demanda interna, a indústria automobilística brasileira se instaurou e se desenvolveu impulsionada pelo governo que almejada a autossuficiência no setor.

Seguindo a toada intervencionista de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek elaborou Plano de Metas para o desenvolvimento industrial e o aumento da produção automotiva nacional. Entretanto, não impediu a atuação dos agentes internacionais, desde que seguissem as condicionantes do Plano, dentre elas a obrigação de produzirem em território brasileiro e de aderirem ao compromisso de, gradativamente, utilizarem no processo de produção peças nacionais.

A partir da década de cinquenta, foram estabelecidas as fábricas das principais marcas de carros da atualidade: Volkswagen, GM, FORD e FIAT.

O período compreendido entre 1961 a 1967 foi marcado por forte desaceleração da economia, pelo declínio do investimento industrial e pelo disparo da inflação. Como reflexo, a demanda por automóveis reduziu drasticamente.

Em resposta, o governo militar procedeu elevado corte de despesas combinado com aumento da carga tributária, contenção de crédito, compressão salarial, lançamento de

obrigações sujeitas à correção monetária, além de medidas de atração de capital externo e estabelecimento de incentivos às exportações.

A recessão impactou diretamente sobre a indústria automobilística nacional, pois ocorreu o desequilíbrio entre capacidade de produção e as possibilidades do mercado. As poucas montadoras genuinamente brasileiras (Puma e Miura, por exemplo) que restaram faliram ou foram incorporadas ou fundidas pelas multinacionais.

Em que pese os momentos de crise, pode-se afirmar que a produção automobilística brasileira se manteve constante desde então, sempre impulsionada pelas intervenções do poder público. Isso porque para o Estado Brasileiro o aumento do Produto Interno Bruto sempre esteve atrelado ao desenvolvimento da produção e da comercialização dos produtos automobilísticos.

Exemplo prático desta promoção foi a criação dos consórcios de automóveis para incorporar os consumidores de baixa renda ao mercado.

Tal contexto histórico torna fácil denotar a relevância do mercado automobilístico para a economia do país, sendo, por isso, compreensível que a Constituição de 1988 preveja no artigo 174 a competência normativa e reguladora do Estado para fiscalizar e intervir na comercialização de veículos automotivos terrestres, sempre de acordo com os princípios expressos no artigo 170.

Todavia, a realidade demonstra que o setor em pauta possui regras próprias que fogem ao controle estatal e geram conflituosidade com o espírito constitucional. Isso porque a Lei Ferrari limita indevidamente a livre concorrência e possibilita que as montadoras e concessionárias avencem entre si condutas padronizadas para diminuir o risco empresarial (prejuízo), o que contrasta frontalmente com os interesses dos consumidores.

Ainda no aspecto histórico, o simples fato da Lei nº 6.729/1979 ter sido escrita e defendida por um empresário do ramo de distribuição de automóveis (Renato Ferrari) já prospecta seu *mens legis*: regulamentar e PROTEGER os empreendedores do setor, principalmente as concessionárias contra o alto poder econômico das multinacionais.

Percebe-se que aquilo que foi criado para proteger e fomentar os comerciantes brasileiros acabou por constituir um grupo econômico altamente forte e favorecido pela lei, isentos do controle estatal presente em outros setores do mercado.

A consequência de tal poder é a permanência deste diploma, mesmo nitidamente contrastando com a atual ordem jurídica. As práticas comerciais que nele se apoiam desafiam os princípios e conceitos da polícia antitruste (Lei nº 12.529/11), além de ser um descompasso com a diretriz constitucional da censura ao uso egoísta do poder econômico, ao embaraço da concorrência e à proteção do consumidor.

Sem dúvida existe um submerso e forte lobby político que contribui para um cenário de preços altos e, de modo geral, para a baixa qualidade dos veículos (se comparados com os produzidos no estrangeiro).

Prova disso são os diversos projetos de lei arquivados pelo Congresso Nacional que objetivaram a revogação da Lei Ferrari. Dentre eles destacamos o Projeto de Lei do Senado nº 402 de 2012², proposto pela Senadora Ana Amélia Lemos.

Esta proposta normativa visou alterar substancialmente a Lei nº 6.729 de 1979, mais especificamente seus artigos 5º, 13º e 15º para promover maior concorrência de preços no mercado e, assim, baratear o veículo para o consumidor final.

Em 2013, ao apresentar o projeto para a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado a autora deixou claro que a concessão, tal como estabelecida na Lei Ferrari, atua no sentido de inibir a entrada de concorrentes e confere às concessionárias um privilégio que encarece o carro no Brasil – um privilégio que, em outras palavras, custa caro ao consumidor.

Por mais que embasado em estudos realizados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE) e pela Consultoria do Senado Federal, em nota técnica que utilizou vários casos examinados pelos CADE, a proposta não passou pela Comissão do Senado supramencionada.

² <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/108634>. Acessado em 24/09/2015.

O relator do projeto na Comissão, senador Ivo Narciso Cassol, manifestou-se pela rejeição do projeto utilizando-se, dentre outros, o seguinte argumento:

*“A demarcação de área é inerente à concessão comercial, como dispõe o art. 5º da Lei nº 6.729, de 1979. Se, por um lado, o concessionário se obriga a comercializar veículos e a prestar serviços inerentes aos mesmos na sua área operacional, por outro, se lhe assegura o direito de atuar com exclusividade nessa área. Essa solução equilibra os interesses dos fabricantes e concessionários e vem atendendo o mercado há anos. A abertura de mercados na forma propostas desequilibraria totalmente essas relações, descaracterizando a concessão comercial”.*³

Adiantando para fins de esclarecimento, a exclusividade territorial concedida às concessionárias pelo artigo 5º da Lei Ferrari é um dos pontos que causa indevida restrição da concorrência, pois garante o monopólio das concessionárias de negociar mercadorias de certa marca em delimitado espaço para: revender veículos novos; comprar e revender peças de reposição e reparo pós-venda de veículos em garantia.

Ou seja, a colisão com os princípios e fundamentos constitucionais da livre iniciativa e da defesa do consumidor é frontal e de forma alguma o interesse político, escorado no poder econômico das montadoras e das concessionárias, deve prevalecer frente ao estado democrático de direito.

Desta forma, negligenciando-se o legislativo em atuar em prol do interesse comum, cabe a função ao judiciário por meio do controle superveniente de constitucionalidade, pois, se por um lado ao tempo de sua promulgação a Lei Ferrari era compatível com o ordenamento jurídico, hoje ela é inválida frente à Constituição Cidadã de 1988.

³ Parecer nº 65645.14798 de 26 de março de 2013 da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal.

CAPÍTULO 2. DA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DO CADE NO MERCADO AUTOMOBILÍSTICO

Antes de esmiuçar as inconstitucionalidades contidas na Lei Ferrari, é preciso extirpar qualquer dúvida sobre a competência fiscalizatória do CADE no setor automobilístico, já que isto já foi utilizado como causa de exceção contra a aplicação da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste).

2.1 Do Mercado Relevante

Mercado é instituição social que emerge naturalmente das relações econômicas. A existência de mercados livres é condição objetiva para a produção e a circulação de bens, mercadorias e serviços, e para a produção de riqueza.

Um mercado só é relevante, para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais, se for um espaço econômico definido em termos geográficos (mercado relevante regional) e/ou de produtos (mercado relevante material), no qual algum poder de mercado tenha possibilidade, *a priori*, de ser exercido.

As montadoras de veículos e suas concessionárias se relacionam verticalmente na cadeia produtiva da indústria automobilística. As montadoras fabricam os automóveis e vendem no atacado para as concessionárias, que comercializam o produto no mercado varejista para o consumidor final.

As concessionárias comercializam também autopeças para reposição, a quase totalidade delas fornecidas pelas próprias montadoras. Assim, dentre as atividades desenvolvidas pelas concessionárias, as atividades de comercialização de veículos novos e de autopeças para reposição são dependentes do fornecimento das montadoras por força do estatuto legal que rege a relação entre montadoras e concessionários (Lei Ferrari).

Portanto, inicialmente podem ser identificados quatro mercados distintos nos quais se observam relações verticais estabelecidas entre as montadoras e suas concessionárias: (1) mercado de fabricantes de veículos novos, no qual atuam as montadoras; (2) mercado

varejista de veículos novos, onde atuam as concessionárias; (3) mercado atacadista de autopeças para reposição, onde as montadoras atuam como fabricantes ou adquirindo das empresas fabricantes das autopeças e repassando para as concessionárias; e (4) mercado varejista de autopeças, onde atuam as concessionárias.

Como será demonstrado neste trabalho (item 4.3), o CADE apurou e apontou atos de abuso do poder econômico (infelizmente escorados na Lei Ferrari) no MERCADO VAREJISTA DE VEÍCULOS ZERO KM. Nesse mercado, verifica-se que as concessionárias concorrem com outras marcas (concorrência intermarca) e com concessionárias de sua própria marca (concorrência intramarca).

O CADE, ao analisar a dimensão geográfica do mercado de venda de veículos Zero Km, assim definiu:

“A dimensão geográfica deste mercado é regional, já que os consumidores não se deslocam usualmente a grandes distâncias para adquirir automóveis. Nota-se que a delimitação regional, ou seja território de um município ou um conjunto de municípios, não decorre da restrição territorial estabelecida no artigo 5º da lei Ferrari (alterada pela lei 8.132/90). Isto porque o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o consumidor poderá adquirir bens e serviços comercializados pelas concessionárias sem qualquer restrição territorial. Assim, são os custos associados à compra do automóvel em local distante da residência do consumidor (custo de deslocamento e despesas adicionais de emplacamento por exemplo) que limitam a abrangência do mercado geográfico”⁴. Destacamos.

O consumidor, destinatário final da produção de veículos, faz sua opção de compra basicamente nas concessionárias de veículos. Assim, em relação aos mercados varejistas de veículos novos e aos de autopeças de reposição (componentes), o poder de mercado deve ser avaliado tendo em vista a estrutura de oferta nos mercados regionais (mercado relevante sob ótica geográfica), delimitados com base na proximidade das concessionárias de veículos em relação à residência dos consumidores.

⁴ Página 12 da Representação nº 08012.010760/2007-82 do Ministério Público federal perante o CADE.

Esta metodologia de definição dos mercados relevantes geográficos torna ainda mais concentrada a estrutura de oferta nos municípios/microrregiões com população inferior a 500 mil habitantes, pois nestes ordeiramente existem poucas revendedoras de veículos.

Portanto, suposta limitação de qualquer dos mercados relevantes supra abordados, com a diminuição da concorrência intermarca ou intramarca enseja a competência fiscalizatória do CADE, por abuso do poder econômico, como já atuou o Conselho no mercado varejista de veículos novos.

2.2 Do parecer da Advocacia Geral da União (AGU) pela incompetência do CADE

Em análise de admissibilidade do processo administrativo n.º 08012.010760/2007-82 proposto pelo Ministério Público Federal perante o CADE, a Advocacia Geral da União exarou parecer pela incompetência do Conselho para apuração de possíveis ilícitos econômicos (“limitações de mercado”) praticados pelas concessionárias e pelas montadoras de veículos.

A casuística versava sobre os acordos entre as associações de concessionárias e de montadoras de veículos estabelecendo que o concessionário não pudesse efetuar vendas de veículos novos para cliente domiciliado fora de sua área de abrangência.

Para a Advocacia Geral da União a conduta estaria albergada na liberdade privada de contratar entre concedente e concessionária estando, ainda, chancelada pela Lei nº 6.729/79, especificamente no seu art. 5º.

Segundo a AGU, por mais que a recusa de comercializar veículos novos para consumidores domiciliados fora da área de atuação da concessionária gere efeitos anticompetitivos, pela “limitação territorial de mercado”, a conduta denunciada encontraria isenção da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), ante a incidência da norma mais específica que é a Lei Ferrari.

Assim, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência não seria a entidade competente para analisar possível violação aos ditames da ordem econômica e aos direitos dos consumidores de veículos, pois esta capacidade não está prevista na norma específica.

Sobre o assunto, cumpre salientar que a ausência de previsão do órgão ou entidade responsável pela fiscalização das normas de concessão é uma das veementes críticas dos defensores da revogação da Lei Ferrari, ante a inexistência de autoridade fiscalizadora do cumprimento das excessivas regras de concessão, bem como da utilização antijurídica dos instrumentos previstos nesta lei.

II.III. Da Conclusão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)

Posta a dúvida, a SDE passou a resolver se os impedimentos para que os consumidores adquirissem veículos zero quilômetro na cidade em que desejassem ou que encontrassem menores preços seriam, ou não, passíveis de repreensão pela Lei Antitruste, em razão da “limitação de mercado”.

Primeiramente, foi constatado que a conduta objeto da Representação nº 08012.010760/2007-82 era apta a lesar a livre concorrência/iniciativa; a dominar mercado relevante de bens ou serviços; a exercitar abusivamente posição dominante e poderia objetivar o aumento arbitrário dos lucros.

Assim, por tratar-se de suposta limitação de mercado com a diminuição da concorrência intramarcas, o CADE considerou-se competente para analisar a conduta anticoncorrencial.

Salienta-se que em outra oportunidade o CADE também entendeu neste sentido, no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.008419/2003-33:

“Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que o fato de determinado segmento econômico ser regido por legislação específica não descarta a aplicação da lei antitruste. É evidente que a aplicação da lei antitruste – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173, §4º da CF/88) – não pode ficar condicionada à existência

ou não de legislação específica para determinada matéria.”
Destacamos.

Considerou-se que a Constituição Federal, em seu artigo 173, §4º, atribuiu a edição de lei que reprima o abuso do poder econômico quando seu exercício vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Fins perseguidos pela Lei nº 12.529/2011, que é verdadeiro instrumento para que a Administração Pública possa orientar as decisões dos grandes grupos de empresas para o desenvolvimento tido como sustentável.

Conforme manifestou o Ministro Eros Grau em voto condutor exarado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3512-6, julgada em 15/02/2006:

“A ordem econômica diretiva contemplada na constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. O seu artigo 170 determina que a ordem econômica (mundo do ser) deva estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deva ter por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É constituição diretiva”.

Sem dúvida, mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Ou seja, postula um plano de ação global normativo.

Com este escopo, a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, como um princípio de segurança na persecução dos fins últimos da acumulação capitalista.

Neste viés, é claro o caráter instrumental das normas de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011) objetivando assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social.

E mais, no direito de concorrência a proteção do consumidor não aparece como limite externo, mas como elemento integrante que define a abrangência do princípio da livre

iniciativa econômica. Esse escopo, expressamente contido no Código de Defesa do Consumidor, orienta as relações de consumo, a harmonização dos interesses dos seus participantes e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica.

Desta forma, toda conduta que supostamente viole a legislação de defesa da concorrência deve ser interpretada numa ótica que beneficie o consumidor, tutelado na Lei 12.529/2011, conforme se verifica no seu artigo primeiro.

Em via de conclusão, a Lei 12.529/2011 é norma geral decorrente da efetivação de princípios constitucionais. Sua aplicabilidade é ampla e só pode ser restringida se norma posterior assim excepcionalizar.

A aplicabilidade da Lei nº 6.729/1979 só afastaria a Lei 12.529/2011 em face da especificidade da situação retratada pela norma mais antiga. Na ausência de dispositivo específico prevalece a Lei Antitruste.

Em derradeiro, a adequada interpretação do direito da concorrência se dá com a leitura do parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.529/2011: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Em outras palavras, a norma objetiva proteger, tutelar a liberdade de iniciativa e de competição, e não as relações mantidas entre os competidores ou entre esses e seus distribuidores, notadamente composta de interesses comuns e conflitantes, como afirma Forgioni⁵ ao caracterizar os contratos de distribuição, ao mesmo tempo, como de escopo e de intercâmbio.

⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*. 3º ed. São Paulo: RT, 2014.

CAPÍTULO 3. A LEI FERRARI E A REALIDADE BRASILEIRA

Considerando a complexidade e a expressão econômica que envolvem as relações entre distribuidores e produtores, a contratação de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre é disciplinada pela Lei Ferrari.

O contrato de concessão comercial pode ser caracterizado como de integração entre fabricante e distribuidor que, através da colaboração recíproca, buscam vantagens mútuas na distribuição dos produtos aos consumidores.

Conceituado como contrato de compra e venda continuada, estabelecido com encargo de exclusividade de parte a parte⁶, o contrato de concessão comercial veio atender as necessidades dos fabricantes, reduzindo os vultosos custos administrativos e comerciais necessários à colocação dos produtos no mercado.

Observando o equilíbrio contratual, a lei compreendeu a natural preponderância da concedente sobre as concessionárias, partes economicamente mais fracas da relação decorrente da concessão comercial e, dado também o vulto dos negócios envolvidos, o legislador teve a preocupação de assegurar às concessionárias as condições mínimas de praticar sua atividade comercial, buscando restringir ou minimizar os possíveis abusos das concedentes.

Todavia, a Lei Ferrari tornou obrigatória uma série de restrições verticais e afastou o processo competitivo em diversos elos da cadeia de comercialização.

Dentre os dispositivos da Lei Ferrari que prejudicam a concorrência, destaca-se o artigo 18 que cria as **Convenções de Categorias Econômicas**. Estas convenções possibilitam a troca de informações entre montadoras e geram um ambiente propício para acordos, ainda que tácitos, acerca de variáveis comerciais, restringindo a concorrência.

⁶ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 14° ed. São Paulo: Atlas, página 419.

Sem dúvida, o artigo 18 da Lei Ferrari promove a formação de um “cartel de regras” que tipifica a adoção de **conduta comercial uniforme entre concorrentes**. Esta conduta é relacionada na Lei nº 12.529 de 2011, no art. 36, §3º, inciso II, como “**indução de conduta concertada**”.

O artigo 8º estabelece o **índice de fidelidade** das concessionárias em relação às montadoras na realização de compras de componentes para os serviços de pós venda de veículos automotores. Tal restrição vertical reforça o poder de mercado da montadora no segmento de serviços de pós-venda (*aftermarket*), permitindo a extração de lucro também nesta etapa da cadeia produtiva.

Os artigos 12 e 15 proíbem a venda de veículos pelas concessionárias para outras revendas e, pelas montadoras, para consumidores finais. São restrições verticais que limitam a concorrência intramarca.

Ressalta-se que as montadoras estão proibidas de vender diretamente para os “consumidores finais”. Logo, há possibilidade de venda direta para locadoras de veículos (por exemplo) por preços diferenciados a causar concorrência desleal.

Também os artigos 3º e 5º estabelecem o **fornecimento exclusivo**, dispondo que a concessionária comercialize somente veículos de uma mesma marca, assim como concede à concessionária **exclusividade territorial** na área operacional definida para sua atuação.

Com o devido destaque, as restrições territoriais são distâncias mínimas a serem observadas nas concessões de áreas de atuação dos distribuidores. Consequência inevitável é a também restrição da liberdade de escolha da concessionária pelo consumidor, na aquisição de bens e serviços objetos da Lei Ferrari.

Há, ainda, o desfazimento da concorrência intramarca em certo espaço, pois as restrições territoriais possibilitam a concorrência entre concessionárias da mesma marca apenas se o consumidor locomover-se, por sua própria conta, para concessionária localizada em outro lugar, em busca de melhor preço, financiamento ou atendimento. Tal situação pode não ser penuriosa numa grande cidade com muitas concessionárias, porém, nas cidades menores as dificuldades são evidentes.

Ademais, nas convenções de marca as montadoras costumam estabelecer perda de “bônus” aos concessionários que descumprem a política de não invasão de área, o que inevitavelmente resulta num menor esforço de vendas (melhores preços, condições de financiamento e atendimento), mitigando, ainda mais, a concorrência intramarca.

Todos os mecanismos criados pelos artigos acima limitam ou de alguma forma prejudicam a concorrência no mercado de revenda de veículos novos. Estes efeitos, contudo, deveriam ser contrabalançados pelas eficiências geradas por estas restrições verticais, como o incentivo ao desenvolvimento da marca e o aumento da qualidade dos serviços e produtos.

Entretanto, a questão fática que coloca em cheque a validade da Lei Ferrari é o alto preço do carro comercializado no Brasil. Segundo reportagem da “Car and Driver” (“Revendedores podem embolsar até $\frac{1}{4}$ do valor do carro” - <http://caranddriverbrasil.uol.com.br/>) publicada em 20/03/2015, o carro brasileiro chega às mãos dos consumidores até 24,7 % mais caro do que saiu da linha de montagem.

Nos EUA 3,8% do preço final do carro fica, em média, com o lojista, segundo a NADA, associação dos revendedores americanos. No Reino Unido, esse ganho fica na casa dos 11%.

A realidade encontrada pela Nota Técnica nº 44 de 2013, requisitada pelo CADE foi que o denominado “custo Brasil” (tributos, burocratização...) influencia os altos preços praticados, porém, não os justificam plenamente.

Outra condição indesejável é a baixa qualidade dos veículos fabricados no país. Segundo relatório divulgado em 13/11/2012 pelo Programa de Avaliação de Carros Novos para a América Latina (Latin NCAP⁷) os carros fabricados na América latina, inclusive os produzidos no Brasil, não apresentam nível de segurança aceitável, especialmente os mais populares:

“Os últimos resultados dos testes de batida publicados pelo Latin NCAP indicam que os níveis de segurança de alguns dos veículos mais populares da região ainda ficam 20 anos atrasados quanto aos países industrializados e por baixo dos padrões globais (...). Os airbags não compensam uma pobre resistência estrutural, o Latin NCAP considera firmemente que os consumidores não devem ser confundidos pelos fabricantes que se descansam apenas nos airbags para oferecer uma falsa impressão de segurança. A inclusão de um airbag, apenas, não garante a segurança do carro. Assim sendo, tanto o público, quanto os governos, devem ser capazes de verificar a integridade estrutural do carro. Isso se consegue mediante a aplicação dos padrões de testes de batida nas Nações Unidas (regulamentações R94 e R95), proporcionando aos consumidores a possibilidade de comparar o desempenho em segurança dos diferentes modelos como o faz a Latin NCAP”⁸.

A persistência destas duas condições marcantes – preços altos e baixa qualidade – contrasta com o elevado número de ofertantes no mercado nacional (Volkswagen, Fiat, GM, Ford, Honda, Toyota, Mitsubishi, Renault, Nissan, Peugeot, Citroen, Hyundai dentre outras), pois a diversidade de concorrentes e o aumento da oferta deveriam trazer melhoria da qualidade e queda acentuada dos preços.

Várias hipóteses são, em geral, levantadas para explicar este cenário. Destacam-se a elevada carga tributária e os custos de produção mais altos, devido ao chamado “custo Brasil” (excesso de encargos trabalhistas, complexidade do sistema tributário, burocracia para desenvolvimento de negócios e falta de mão de obra especializada). No entanto, os estudos mencionados anteriormente (SEAE e Senado Federal) consideram pouco factível que estes dois fatores expliquem plenamente o diferencial de preços em relação a outros países.

⁷ A Latin NCAP foi criada em 2010 por iniciativa da Federação Internacional do Automóvel (FIA), da Fundação Gonzalo Rodríguez (Uruguai), Global NCAO e a *International Consumers Research and Testing* (ICRT), com o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com o objetivo de avaliar a segurança de carros novos na América Latina e Caribe.

⁸ <http://www.latinncap.com/po/resultados>

De fato, muito pouco se discute acerca da adequação da base normativa que orienta a comercialização dos veículos no país e seu impacto sobre os mecanismos de fixação de preços dos automóveis e intensidade competitiva no mercado interno.

O excesso de regras na esfera da distribuição é um traço marcante do setor automobilístico brasileiro que o distingue do existente nos EUA e Europa.

A validade e os efeitos da profusão de restrições impostas pela Lei Ferrari sobre a livre iniciativa nos mercados de comercialização de veículos foi distintamente examinada pelo analista em economia Roberto Teixeira Alves, na Nota Técnica nº44/2013 – “Preços altos dos automóveis”, requisitada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) e datada de 20/07/2013. Seus estudos embasaram todo este trabalho e, principalmente, o capítulo a seguir.

CAPÍTULO 4. RESTRIÇÕES VERTICAIS E CONCORRÊNCIA

A Lei Ferrari organiza a comercialização de veículos no país com base em uma série de restrições verticais.

O art. 3º autoriza a concedente (montadora) a “vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor” pelas suas concessionárias. Já o art. 12º proíbe a venda de veículos pelas concessionárias para outras revendas.

O art. 15º veda às montadoras a venda direta aos consumidores finais, mas não para “compradores especiais” (locadoras de veículos, empresas de táxi, administração pública etc), o que gera concorrência desleal, pois o preço desta venda geralmente é inferior ao praticado pelas concessionárias.

O disposto no ar. 5º, inciso I e §2º, garante às concessionárias exclusividade territorial, definida como área operacional sob sua responsabilidade e fora da qual lhe é proibida a comercialização de veículos e a prestação de serviços pós-venda em garantia.

Outra restrição foi introduzida no art. 8º, que impõe às concessionárias a observância de índice de fidelidade na compra de componentes (autopeças) provenientes das montadoras. Até 1990 este índice era estabelecido em 75%, após a Lei nº 8.132/90 as Convenções de Marca passaram a definir o índice de fidelidade, mas o percentual de 75% foi mantido ao longo dos anos⁹, o que denota a reduzida flexibilidade das montadoras nas suas relações com as redes exclusivas.

Portanto, a Lei Ferrari impõe a negociação exclusiva (*exclusive dealing*) para: (1) revenda de veículos novos; (2) compra e revenda de peças de reposição; (3) reparo pós venda de veículos em garantia; e, ainda, confere às distribuidoras (4) exclusividade territorial.

Conforme o anexo I da Resolução CADE nº 20/99: **“as restrições verticais são anticompetitivas quanto implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja**

⁹ Informação constante no artigo “*Questões relativas à concessão de veículos automotores*”, de autoria de Plínio R. Voponi. <http://www.lopesdasilva.adv.br/artigos/artigo20.cfm>

por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação”.

Mencionada Resolução especifica, ainda, que os impactos anticoncorrencias potenciais das restrições verticais devem ser avaliados levando em conta possíveis benefícios em termos de “economia de custos de transação”.

Quanto à economia dos custos de transação, é importante situar no tempo a evolução do tratamento dado pelas autoridades dos países com maior experiência em política antitruste, como os EUA e a Europa, na apuração de condutas anticompetitivas baseadas em restrições verticais, em especial, esclarecendo nesse contexto o surgimento da teoria dos custos de transação.

4.1 Restrições verticais: impactos das novas contribuições teóricas

Até a década de 70, a política antitruste norte-americana considerava como anticompetitivas, em geral, a adoção de restrições em mercados verticalmente relacionados. A base conceitual que sustentava esta visão era a teoria estruturalista (Escola de Harvard), segundo a qual a estrutura (grau de concentração) tendia a determinar a conduta (práticas de mercado), que, por seu turno, explicava o desempenho das firmas. Estruturas de mercado mais concentradas geram poder de mercado, que habilitam as empresas a adotar condutas restritivas, verticais e/ou horizontais, visando à elevação dos lucros.

Nos anos 50 e 60 a experiência antitruste norte-americana reprimiu fortemente adoção de restrições verticais. Por considerar tão evidentes os efeitos anticoncorrenciais dessas condutas, dispensava-se a apuração empírica dos efetivos impactos sobre os mercados, já que as restrições verticais constituíam-se em mecanismos para alavancar o poder de mercado preexistente de um dos mercados para outro, potencialmente competitivo, e relacionado verticalmente.

Foi a contribuição pioneira de Ronald Coase¹⁰, posteriormente desenvolvida por Oliver E. Williamson¹¹, que impactou fortemente a análise das restrições verticais a partir de meados da década de 70. Na visão de Williamson, mercados e firmas (organização interna) são alternativas utilizadas pelos agentes econômicos para processar suas transações. As transações podem ser realizadas dentro da firma (verticalização) ou via mercado, dependendo da eficiência relativa de cada conselho. A opção do agente econômico leva em conta não apenas os custos de produção, mas principalmente os chamados custos de transação.

Os custos de transação envolvem recursos econômicos despendidos para planejar, adaptar e monitorar as transações entre os agentes. Incluem custos envolvidos na negociação de bens e serviços e, principalmente, os custos de monitoramento do cumprimento de contratos e de renegociação de novas condições comerciais.

Segundo Williamson, os agentes econômicos escolhe a melhor forma de governança considerando três atributos:

- (1) Frequência: transações mais frequentes tendem a ser regidas por contratos mais ou menos complexos (compra de insumos em mercados imperfeitos), enquanto as menos frequentes dispensam a existência de contratos (compra de bens de capital, exceto quando exigem contratação associada de assistência técnica, ou compra de insumos no mercado *spot*);
- (2) Grau de incerteza: refere-se às dificuldades em antecipar acontecimentos futuros e suas consequências. Mercados com baixo grau de previsibilidade exigem relações contratuais complexas para reduzir os custos de transações no futuro;
- (3) Ativos específicos: são ativos especializados utilizados exclusivamente naquela operação específica. Transações entre duas empresas envolvendo ativos específicos exigem coordenação, confiança e ações que visem garantir a integridade e continuidade da operação entre elas.

¹⁰ Coase, Ronald H. – The nature of the firm. *Economica*, London, v. 4, p. 386-405, 1937.

¹¹ Williamson, O. – *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implication*, 1975, p. 09. Free Press, New York.

Estas escolhas podem ser dispostas numa linha continua de opções, que se inicia com transações realizadas no mercado *spot* (instantâneo: entrega da mercadoria imediata e pagamento à vista), com negociação simples e reduzida frequência com agentes específicos. Nessas condições os custos de transação são desprezíveis. Em seguida, as transações podem tornar-se mais frequentes em face do reduzido número de agentes, acarretando aumento do grau de incerteza. Tais transações podem exigir contratos de curto prazo, mais elaborados.

Diante do aumento da frequência, do grau de incerteza e da presença de ativos específicos, as transações tornam-se mais complexas exigindo contratos com prazo mais longos e cláusulas que introduzem mecanismos de governança. Por fim, chega-se à integração vertical completa, com a internalização da transação pela firma.

Acordos de negociação exclusiva situam-se no final da linha de opções, antes da integração vertical completa. Tratam-se de contratos mais complexos e de longa duração que exigem relacionamento constante e mecanismos de monitoramento. De fato, no contrato de exclusividade, no qual um distribuidor se compromete a comercializar somente produtos e serviços de determinados pelo fornecedor, há uma efetiva transferência de poder de decisão, restringido suas escolhas em relação ao produto, qualidade, quantidade, preço, estoques etc.

Esta modalidade de contrato gera resultados assemelhados à internalização das atividades na firma (intervenção vertical). A sua escolha pelo fornecedor, contudo, decorre de eficiências obtidas com a redução de custos para o desenvolvimento e gestão de um novo negócio, possibilitadas ainda pela especialização de novo agente econômico dedicado à promoção da marca e à comercialização dos produtos.

No final da década de 70, as contribuições de Robert Bork¹² e Richar A. Postner¹³, vinculados à Escola de Chicago, demonstraram que o lucro máximo que pode ser extraído de um produto, considerando toda a cadeia produtiva envolvida na sua produção, é o lucro de monopólio, na hipótese de uma firma monopolista. Caso a estrutura deste mercado passe a contar com dois monopólios sucessivos - por exemplo, monopólio (montadoras) no fornecimento de peças de reposição para distribuidoras (atacado) e monopólio (distribuidoras)

¹² Bork, R. (1978), *Antitrust Paradox*, New York: Basic Books.

¹³ Postner, R. (1976). *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press.

na revenda destas pacas (varejo) - o lucro resultante dos dois monopolistas conjuntamente seria inferior ao obtido pelo monopolista único.

Esta constatação contribuiu para reforçar a crítica da teoria dos custos de transação em relação à eficácia da intervenção antitruste no tratamento das restrições verticais. Diante deste novo entendimento, não haveria racionalidade ou ganhos econômicos que justificassem o controle vertical de mercados situados a jusante ou a montante.

No entanto, restou não explicada a razão pela qual as firmas adotam frequentemente práticas restritivas verticais. A resposta já tinha sido esboçada pela teoria dos custos de transação (Coase e Williamson), mas outras contribuições identificaram ganhos de economias de escopo, redução de problemas informacionais e outras eficiências associadas ao controle vertical. A influência da Escola de Chicago foi consolidada no governo de George W. Bush, período no qual nenhum caso de restrição vertical foi examinado pelas autoridades antitruste norte-americanas.

Neste mesmo período, teóricos de organização industrial prosseguiram na avaliação crítica dos argumentos da Escola de Chicago, utilizando modelos formais e ampla base empírica. Estudos publicados em revistas especializadas, que propunham a revisão das conclusões de Postner e Bork foram denominados de Crítica Pós Chicago. As principais conclusões foram resumidas por Furquim¹⁴:

“(…) pode haver racionalidade econômica em se restringir a concorrência por meio do controle vertical com o fim de proteger – e não aumentar – o lucro de monopólio pré-existe. Por meio de contratos de exclusividade, fixação de preço de revenda ou outras formas de restrição vertical, uma empresa pode mitigar a concorrência a montante e a jusante e, com isso, impedir a entrada de concorrentes no mercado em que já gozava de lucro de monopólio. Esta estratégia ficou conhecida como **fechamento de mercado**, sendo a principal

¹⁴ Furquim, Paulo A. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. Julho/2010. Escola de Economia de São Paulo –FGV. Textos para Discussão 264, julho de 2010. <http://sistema.bibliotecas.fgv.br/>

base para a repressão de condutas que tenham por instrumento restrições verticais”. Destacamos.

Como abordado pelo próprio Furquim, desde a primeira administração Obama a política antitruste seguiu diretrizes indicadas pela crítica pós-Chicago, conferindo mais rigor no exame de condutas restritivas verticais. Enquanto a jurisprudência norte-americana oscilava entre rigidez e tolerância, as políticas de concorrência europeia e brasileira revelam um padrão consistente de *enforcement* da política antitruste em geral sensível aos diversos ganhos de eficiência que podem decorrer de restrições verticais, mas atentos à sua possível utilização como instrumento de fechamento de mercado, em prejuízo do bem-estar social.

Sobre o tema, o CADE nas duas últimas décadas vem realizando criteriosos julgamentos de casos de restrições verticais. Porém, nas representações envolvendo a cadeia produtiva do setor automotivo, conselheiros se veem de mãos atadas frente ao emaranhado de restrições e limitações à concorrência previstas na Lei Ferrari.

2.2 Cenário internacional

Enquanto, ao longo de mais de três décadas, a regulamentação do setor automotivo permaneceu praticamente congelada no país (a Lei n° 8.132/90 introduziu alterações superficiais e pouco efetivas), nos EUA e Europa a regulamentação adaptava-se gradativamente às transformações do setor automotivo.

Nos EUA o sistema de redes exclusivas, baseado em franquias, consolidou-se na década de 50. Contribuiu para isto a inexistência de canais de distribuição capitalizados e capazes de atender à crescente demanda e fornecer informações técnicas imprescindíveis devido à baixa confiabilidade de veículos.

No entanto, segundo Mazeo Grande¹⁵, na década de 90 o modelo de distribuição baseado em franquias exclusivas passou a ser questionado nos EUA em função de mudanças

¹⁵ Grande, M. M. (2004). A Distribuição de Automóveis Novos em Mudança? Tese (doutorado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP, encontrada em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3136/tde-30052005-225327/pt-br.php>

no comportamento do consumidor, difusão de novas tecnologias da informação e alteração na legislação sobre a distribuição de veículos novos. Uma tendência observada na última década nos EUA foi o surgimento de grandes redes de revendas multimarcas, com abrangência nacional (Car Max, Soni, Inited Auto...).

A regulamentação do setor automotivos nos EUA é fortemente baseada em leis estaduais, apresentando diferenciação entre os estados. Porém, em dois pontos significativos a legislação americana difere da brasileira: (1) é proibida a adoção do índice de fidelidade em compra de peças de reposição na maioria dos estados; (2) o distribuidor pode realizar vendas para outro varejista.

Na Europa, o sistema de comercialização de veículos passou a ser regido por nova regulamentação a partir de 2002 (Regulamento (EU) 1.400/2002), que promoveu a flexibilização das regras de distribuição exclusiva (proibida para mercados onde o fabricante detenha mais de 30 % de participação) e facultou aos distribuidores repassar veículos para revendedores não autorizados. Também foram levantadas barreiras para o surgimento de distribuidores multimarcas.

As mudanças na regulamentação refletem transformações profundas da estrutura de comercialização nos mercados mais maduros (EUA e Europa). O aumento da confiabilidade dos veículos reduziu a frequência da manutenção e a necessidade de serviços de assistência técnica.

Houve também nestes lugares o surgimento de formas inovadoras de distribuição direta, com sites eletrônicos, vendas sob encomenda (*build to order*) e vendas de porta em porta.

4.3 Jurisprudência do CADE: apelo à alteração legislativa

Embora na maioria dos casos o CADE tenha considerado os atritos entre agentes da cadeia produtiva como questões privadas, nas mesmas decisões o CADE suscita a necessidade da realização de estudos sobre as relações de concorrência no setor. Os casos apresentados a

seguir seguem um padrão comum de representação contra concessionárias, montadoras ou suas associações representativas, por condutas diretamente relacionadas com dispositivos da Lei Ferrari.

Em 29 de setembro de 1999 foi julgado o Processo Administrativo nº 89/92 que consistia em representação contra duas concessionárias da Volkswagen, feita por proprietário de automóvel desta marca vitimado por acidente que resultou no capotamento do veículo. Ao solicitar um orçamento do conserto em duas concessionárias, o preço proposto para a prestação do serviço chegou a ser 155% do preço do veículo novo. Embora o processo tenha sido arquivado, com base no voto do conselheiro Mércio Felsky, o CADE encomendou estudo à FGV sobre o setor de distribuição de veículos automotores e peças de reposição.

O PA nº 08000.017766/95-33 investigou denúncia da empresa União Catarinense de Veículos (distribuidoras de caminhões da FIAT) de abuso de poder econômico contra FIAT do Brasil S/A pela imposição de obrigações desproporcionais, inclusive a realização de investimentos, como condição para se manter como concessionária. O procedimento foi arquivado por insuficiência da instrução e pelo grande lapso temporal entre os fatos e o julgamento.

No entanto, a conselheira Lúcia Helena Salgado sugeriu em seu voto, lançado em 06/10/1999, a realização de estudo detalhado sobre o segmento de distribuição e, em especial, sobre a relação montadora/concessionária. Para a conselheira, o estudo poderia “servir de base para proposição de revisões legais que possibilitem a harmonização entre política dos demais órgãos governamentais como política de livre concorrência”.

O Processo Administrativo nº 02000.019862/1996-89, que teve como representante a ABRACIF (Associação Brasileira Científica de Fisioterapia) e como representada a Ford do Brasil Ltda, julgado em 19/01/2005, foi arquivado nos termos do voto vista do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado:

As convenções de marca, previstas na Lei 6729/79, que regula o mercado automobilístico no Brasil, devem respeitar o disposto na Lei

8.884/94¹⁶. Sendo que lei posterior derroga anterior, quaisquer efeitos anticoncorrenciais previstos legislação anterior à lei de defesa da concorrência podem e deve ser revistos por ente Conselho. A existência de legislação específica não afasta a incidência da Lei de Defesa da Concorrência.

(...)

Entendo, no entanto, que seria desejável que a SDE estudasse as atuais Convenções das marcas do setor automobilístico para apurar se estas estão em conformidade com a atual legislação de defesa da concorrência.”

No julgamento da Averiguação Preliminar n° 080012.000487/00-40, realizada em 06 de julho de 2001, que tratou de representação da FENABRAVE (Federação Nacional de Distribuição de Veículos Automotores) contra a ANFAVEA (Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores), e as quatro principais montadoras, o colegiado adotou o voto do Relator Thompson Almeida Andrade e decidiu pelo arquivamento, mas sugeriu a criação de um grupo de estudos para propor alterações na Lei 6.729/79 em apoio às sugestões contidas nos pareceres da SEAE e SDE, da seguinte forma:

Reitero, ainda, o apoio à proposta feita pela SEAE e SDE de constituição de grupo de trabalho para avaliar possíveis medidas de desregulação do mercado de comercialização de veículos automotivos, com vistas a estimar práticas de livre mercado no setor. Para isso, proponho a remessa às Secretarias de cópia do estudo encomendado pelo CADE à FGV, “A defesa da concorrência e a relação entre montadoras e concessionárias de automóveis”, de autoria do Prof. Sérgio Goldbaum, datado de 2000, para subsidiar os estudos do referido grupo.

Nos processos Administrativos n° 080012.006516/2001-20 (Volks), 08012.006517/2001-74 (GM), 08012.006518/2001-19 (Ford) e 08012.006519/2001-63 (Fiat), que trataram de representação da FENABRAVE contra as quatro maiores montadoras de

¹⁶ Antiga Lei Antitruste

automóveis pela cobrança de preços abusivos de revenda de peças de reposição às concessionárias, a SDE acompanhada pelo CADE, decidiu pelos arquivamentos nos seguintes termos:

“Não se pode dizer que os preços cobrados pelas montadoras às concessionárias sejam ‘abusivos’, pois resultam de falhas de mercado (assimetria de informação) ou de Leis Específicas que regulam as relações entre os agentes econômicos ao longo da cadeia produtiva. O exercício regular de poder de mercado e o exercício regular de direitos conferidos pelo marco legal existente afastam uma conclusão de comportamento abusivo das montadoras”
Negritamos.

No entanto, a SDE, nos mesmos feitos, em parecer de 168 páginas, de 18/12/2009, expediu a seguinte recomendação:

(...) Cumpre notar que a exclusividade das vendas pela Rede Autorizada (distribuição seletiva) seja garantida pela Lei Ferrari, o impedimento do ‘bypass’¹⁷ não o é. O problema é que uma intervenção antitruste que agisse sobre esta vedação do ‘bypass’ seria inócua ou entraria em conflito com o marco legal do setor, podendo nele causar desequilíbrio, por conseguinte, na relação entre os agentes econômicos ao longo da cadeia. Isso dá a esta SDE a certeza de que uma medida de promoção da concorrência deve ser pensada globalmente para o setor, requerendo-se uma revisão abrangente do marco legal para que a informação sobre a qualidade das peças seja mais equitativamente distribuída, o acesso a informações técnicas seja facilitado e as distorções da à concorrência possam ser eficazmente sanadas.

O parecer do Ministério Público Federal nestes mesmos processos administrativos é ilustrativo de como a Lei Ferrari torna ineficaz a intervenção da agência antitruste no setor:

¹⁷ Venda de peças originais fora da rede exclusiva, pelos fabricantes de autopeças.

“De fato, a instrução probatória demonstra que os elevados preços das peças de reposição que motivaram a instauração deste processo resultam de distorções na própria organização do setor”.

Outro caso emblemático é a Averiguação Preliminar n° 08012.010760/2007-82, que investigou denúncia formulada pela Procuradoria da República em São Paulo, relativa a condutas promovidas por associações de concessionárias e montadoras de veículos que visavam restringir a venda de veículos novos por concessionárias a clientes domiciliados fora do território exclusivo (área operacional). As investigações constataram que a maioria das concessionárias de diferentes marcas restringem as vendas de veículos novos para cliente não domiciliado no território exclusivo.

Sobre o assunto a SDE entende que mesmo que cause potencialmente o arrefecimento na concorrência intramarca entre concessionárias, ou algum prejuízo à irrestrita competição no mercado varejista de veículos novos, tal conduta encontra guarida na Lei Ferrari.

Em suma, contrariamente à tendência mundial, o modelo de comercialização de veículos no Brasil não sofreu alterações nas últimas décadas. Embora o CADE tenha aplicado uma jurisprudência inovadora no tratamento das restrições verticais, a existência da lei específica praticamente representa uma isenção antitruste no setor automotivo.

CAPÍTULO 5. CONVENÇÕES DAS CATEGORIAS ECONÔMICAS E DE MARCAS E CARTEL DE REGRAS

O art. 18 da Lei Ferrari especifica que a celebração de convenções de categorias econômicas visa tratar dos seguintes assuntos:

Art. 18. Celebrar-se-ão convenções das categorias econômicas para:

- I - explicitar princípios e normas de interesse dos produtores e distribuidores de veículos automotores;
- II - declarar a entidade civil representativa de rede de distribuição;
- III - resolver, por decisão arbitral, as questões que lhe forem submetidas pelo produtor e a entidade representativa da respectiva rede de distribuição;
- IV - disciplinar, por juízo declaratório, assuntos pertinentes às convenções da marca, por solicitação de produtor ou entidade representativa da respectiva rede de distribuição.

Conforme enfatizou a SEAE, esse artigo dificulta a aplicação da Lei nº 12.529/2011 (Lei da Concorrência), em especial na prevenção das condutas que tratam o artigo 36, parágrafo 3º, inciso I e II:

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

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

II – promover obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Estas convenções possibilitam a troca de informações entre montadoras e geram um ambiente propício para acordos, ainda que tácitos, acerca de variáveis comerciais, restringindo a concorrência. Este dispositivo facilitaria a formação de “**cartel de regras**”, que pode ser traduzido como a adoção de **conduta comercial uniforme entre concorrentes**. Esta conduta é relacionada na Lei nº 12.529/2011, no art. 369, §3º, inciso II, sob a dominação de “**indução de conduta concertada**”.

Segundo Lande & Marvel¹⁸, **o objetivo do cartel de regras é a alteração das regras da competição de modo a reduzir a competição em preços entre membros do cartel**. Para isto, utiliza como estratégia dificultar informações sobre qualidade dos produtos e respectivos diferenciais de preço, elevando o custo de busca do consumidor e, ao mesmo tempo, reduzir seu poder de barganha.

O artigo 19 da Lei Ferrari cria também as **Convenções de Marcas**, que buscam a integração dos interesses das montadoras e das redes de concessionárias de uma mesma marca. Também as decisões das Convenções de Marca **possuem força de lei**. Os artigos 18 e 19 revelam a intencionalidade da Lei de criar mecanismos internos visando ao *enforcement* das regras estabelecidas, não via mercado, mas por meio de convenções e acordos internos entre montadoras e suas redes de distribuição.

Somente uma Convenção de Categorias Econômicas foi realizada, em 16 de dezembro de 1989, da qual participaram com entidades representativas nacionais a Associação Nacional dos Fabricantes (ANFAVEA) e a Associação Brasileira dos Distribuidores de Veículos (ABRAVE). Esta convenção permanece em vigor até hoje.

A FENABRE, entidade representativa das concessionárias de veículos criada em 1989 em substituição à ABRAVE (fundada em 1965), buscou a convocação de nova convenção em agosto de 1999. Para isto, propôs, por meio de carta, à ANFAVEA colocar em pauta temas como fixação de margens mínimas de comercialização, pagamento às concessionárias de comissão sobre vendas de 8%, adequação dos valores de pelas e de mão de obra em garantia, política de estoque de veículos e peças etc.

¹⁸ Lande, R. H., Marvel. H. P. (2000). The three Types of Collusion Fixing Prices, Rivals, and Rules – Winconsin Law Review, p. 941-942.

Sem obter uma posição favorável por parte da ANFAVEA, a FENABRAVE valeu-se de notificação judicial para compelir a ANFAVEA e celebrar nova Convenção das Categorias Econômicas para tratar de temas como: preços de veículos, índice de fidelidade de autopeças, normas gerais sobre financiamento às concessionárias (fundo, crédito rotativo e venda a prazo), obrigatoriedade de aquisição de produtos e veículos, peças de reposição e demais componentes e regras proibitivas de discriminação entre concessionárias.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) tomou conhecimento destes fatos no curso da instrução do Processo Administrativo 08012.000486/2000-40, que tratava de representação da FENABRAVE contra a ANFAVEA e as quatro montadoras tradicionais, a qual foi arquivada por tratar-se de matéria de direito contratual. Diante dos fatos relatados naquele feito decidiu a SDE, *ex officio*, pela imediata instauração de Averiguação Preliminar, que, posteriormente, em 15 de outubro de 2001, redundou na abertura ao Processo Administrativo nº 08012.006808/2000-81.

Em 30 de julho de 2006, a SDE encaminhou Nota Técnica ao CADE recomendando a aplicação de multa à FENABRAVE, em face da configuração da infração à Ordem Econômica prevista no artigo 20, inciso I da Lei 8.884/94. Segundo análise efetuada pela SDE:

“O principal intento da FANABRAVE com sua atuação investigada é o incremento da rentabilidade das redes de concessionárias de marcas diferentes e, secundariamente, diminuir os efeitos da concorrência representada pelos revendedores independentes, apontado por aquela como oportunistas e que contribuem para a má situação da econômica das autorizadas. Condutas visando ao estabelecimento de remunerações mínimas ou quaisquer outras formas, diretas ou indiretas, de elevação simultânea, uniforme generalizada e concertada da situação econômica de agentes de uma mesma atividade econômica sujeita aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, se passíveis de serem implementadas, apresentam potencialidade de prejudicar a concorrência, causando ineficiência no mercado e, com isso violando a Ordem Econômica.”

Em 09 de julho de 2008, o CADE julgou procedente a denúncia e concordou com a SDE no sentido de que os temas propostos pela FENABRAVE poderiam produzir conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. No entanto, o Conselheiro Relator Luiz Fernando Rigatto Vasconcellos destacou a divergência entre pareceres da SDE, da Procuradoria do CADE e do representante do MPF no CADE.

A SDE considerava todo o conjunto de temas propostos como indutores de conduta comercial uniforme. Já a Procuradoria do CADE considerava ilegal apenas a tentativa de fixação de comissão sobre vendas de 8% para todas as concessionárias. Já o MPF sustentava que a Primeira Convenção de Categorias Econômicas, celebradas em 1983, já tratava dos temas elencados, sendo resumida sua legalidade. Ademais, a controvérsia envolveria uma relação entre princípios gerais, regulados pelas Convenções de Categorias Econômicas e regras específicas criadas nas Convenções de Marca, ambas previstas na Lei nº 6.729/79.

No voto condutor, em face das divergências entre os pareceres, pontuou-se que:

“não se trata de uma conduta claramente ilícita, está-se, na verdade, em uma ‘zona cinzenta’. Nesse sentido, cabe ao CADE apenas evitar que venha a ser discutido em âmbito de Convenção de Categorias Econômicas, temas de interesse individual de cada montadora. Esse é o tópico mais importante, indubitavelmente. E isso poderia ser alcançado com uma eventual condenação, sujeita a todo tipo de recurso, ou por meio de acordo, o que já resolve o problema imediatamente.”

O caso acima relatado expõe as dificuldades acarretadas pelos dispositivos da Lei Ferrari para a aplicação das regras da defesa da concorrência nos mercados relacionados à indústria automotiva no Brasil. Em casos precedentes, denúncias de infrações à ordem econômica contra montadoras e distribuidoras foram encaminhadas ao escrutínio do CADE, que atuou nesta “zona cinzenta” revelando estranheza quanto às protetoras disposições prevista na Lei.

Nas discussões que envolvem a Lei Ferrari, seus defensores destacam que a regulação buscou equilibrar os interesses das montadoras e das redes de concessionárias.

Entretanto, o histórico de casos levados ao CADE demonstra cabalmente que a lei não conferiu qualquer equilíbrio a esta relação.

Em todos os casos em que concessionárias por si próprias ou por meio de sua entidade representativa (FENABRAVE) representaram no CADE contra as montadoras, não houve qualquer decisão favorável às concessionárias. Apesar disso, as concessionárias de veículos e sua entidade representativa mantêm forte interesse na perpetuação da Lei Ferrari que, de fato, criou uma atividade protegida, dinâmica e rentável, responsável pelo escoamento de toda a frota de veículos novos do país, ainda que submetida aos interesses das poderosas montadoras.

Não se pode descartar possível relação entre a sobrevivência de uma legislação anacrônica e restritiva da concorrência, após quase três décadas de política ativa de defesa da concorrência no país, e a permanência da mesma estrutura de poder econômico no setor automotivo.

Notícia veiculada no Jornal Valor Econômico, de 19 de abril de 2013 (pág. B11), aponta nesta direção, ao revelar que as montadoras Volkswagen, Ford, General Motors, Mercedes-Benz e Fiat firmaram, 30 anos atrás, pacto para perpetuarem-se no poder na ANFACEA, poderosa associação de classe do setor que representa 22% do PIB industrial e 5% do PIB nacional.

Diz o artigo:

“O acordo não está escrito no estatuto. Mas foi rigorosamente cumprido. Em gestões médias de três anos, o comando ficou duas vezes com a Mercedes-Benz, duas com a Fiat, três com a Ford, três com a GM, quatro com a Volkswagen e uma vez com Autolatina, antiga aliança entre For e Volks”.

Informa a matéria citada que representante de GM deve assumir a direção da ANFAVEA para um mandato de três anos¹⁹. As novas montadoras que se instalaram no país na década de 90 não ousaram questionar a regra. Segundo interpretação do Valor, isto se explica porque “as empresas novatas pegaram carona em conquistas cavadas pelas grandes, que até hoje dominam o mercado brasileiro”.

A matéria acima revela a permanência, ao longo de décadas, da influencia das montadoras tradicionais nas altas esferas do Governo Federal. Contudo, a habilidade política para negociar acordos e isenções fiscais que beneficiam a todo o setor automobilístico não explicam a preservação das participações de mercado. Embora estranho à cultura da concorrência, tal dispositivo (art. 18) parece não servir nem mesmo aos interesses das próprias montadoras dominantes, possivelmente em razão do evidente conflito com a Lei da Concorrência, o que pode explicar a não convocação de Convenção das Categorias Econômicas desde 1983.

O conjunto da estrutura institucional concebido pela Lei Ferrari visava basicamente a proteger os distribuidores diante do poder econômico das montadoras. Gestada durante o regime militar, o Presidente Geisel vetou integralmente o primeiro projeto de lei, aprovado em 1977. Em 1979, o Presidente João Figueiredo sancionou o mesmo projeto, cuja elaboração foi coordenada pelo Deputado Renato Ferrari, desta feita em comum acordo com as montadoras e mediante a exclusão dos dispositivos que garantiam os direitos dos consumidores²⁰.

O veto inicial ao projeto de lei estaria associado ao temor de afastar investimento estrangeiro no setor. O projeto sancionado concedeu uma série de direitos aos distribuidores/concessionárias e, ao mesmo tempo, garantiu o amplo controle da cadeia de distribuição de veículos pelas montadoras, ao tornar compulsória a adoção de restrições verticais na comercialização de veículos, componentes e serviços de pós venda.

¹⁹ É o que aconteceu, o atual presidente da Anfavea é Luiz Moan Yabiku junior, da GM - <http://www.anfavea.com.br/diretoria.html>

²⁰ Ver artigo de Daniel Ruy, “*projeto de lei do Senado 402/12 – Boas intenções, mas...*”, *Informativo Migalhas* 3146. Acessado em 24/06/2013, no link: <http://www.migalhas.com.br>

CAPÍTULO 6. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Com base em todo exposto, foi evidenciado o contexto histórico do mercado automobilístico brasileiro e sua atual realidade de altos preços e baixa qualidade do veículo produzido e comercializado no país.

Foi evidenciada, também, a distinta experiência internacional, com a transformação do mercado automotivo dos EUA e da Europa em contraste ao engessamento normativo da Lei Ferrari, que amarra a comercialização de veículos no Brasil. Internamente, a manutenção do marco regulatório automobilístico brasileiro prestigia as concessionárias e montadoras, em prejuízo dos consumidores e de outros agentes da cadeia produtiva (revendedores independentes, lojas de autopeças, prestadores de serviços de reparo...).

Outrossim, foi analisada a dificuldade de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no setor, em razão do atravanque que a Lei Ferrari representa à defesa da livre concorrência e do consumidor.

E, principalmente, demonstrado que as restrições verticais limitam indevidamente a concorrência, bem como que as convenções das categorias econômicas e de marcas são aptas a criar um “cartel de regras”, temos que a Lei Ferrari não resiste ao controle concentrado de constitucionalidade.

O parâmetro constitucional violado são os artigos 1º, IV, 5º, XXXII e 170º, IV e V da Constituição Federal, que tratam da livre iniciativa, da defesa do consumidor e da livre concorrência.

Por sua vez, todo o *mens legis* da Lei 6.729/1979 é incompatível ao texto constitucional que considera como direito fundamental, e, portanto, cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV da CF/88), os artigos supramencionados.

Especificamente notamos que os artigos 3º, 4º, 5º, 8º, 12º e 15º da Lei Ferrari preveem restrições verticais que, como visto, impõe negociações exclusivas na impossibilidade da:

- (1) Concessionária comercializar produtos de outra marca;
- (2) Concessionária comercializar produtos para outra revendedora;
- (3) Montadora vender ao consumidor final, tão somente para outros “compradores especiais”, o que gera concorrência desleal.
- (4) Concessionária se livrar do percentual mínimo do índice de fidelidade, na compra dos componentes dos veículos automotores;
- (5) Concessionária atuar fora do seu limite territorial.

Sem dúvida, tratam-se de disposições que frontalmente contrariam a livre iniciativa e a livre concorrência, pois sem justa causa restringem o poder jurídico normativo dos particulares de reger seus próprios interesses para atuarem no mercado automobilístico.

Sem deixar de mencionar os reflexos negativos que tais condutas geram ao consumidor, pelos altos preços e pela baixa qualidade dos produtos postos em circulação, os artigos 18 e 19 da Lei Ferrari dispõem sobre as convenções das categorias econômicas e de marcas que, paradoxalmente, são vedadas pela Lei Antitruste (Lei n.º 12.529 de 2011) por constituírem forma “mover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

Ou seja, a possibilidade das convenções das categorias econômicas e de marcas disporem sobre qualquer matéria relativa aos contratos de concessão, ao livre alvitre das partes (art. 19, inciso XVIII da Lei n.º 6.729/1979), é expressamente tido como infração à ordem econômica (art. 36, §3º, II da Lei n.º 12.529 de 2011).

Sendo assim, é evidente a inconstitucionalidade de lei que traz em seu bojo conduta considerada ilícita por lei posterior (antitruste).

Todavia, deliberadamente queda-se inerte a maioria do Congresso Nacional, impulsionada pelo poder econômico das montadoras e concessionárias, beneficiadas pela lei anacrônica e inconstitucional.

Posto isto, de rigor, por ser anterior à Constituição Federal de 1988, a Lei Ferrari não foi recepcionada pela nova ordem jurídica fundamental, pela inconstitucionalidade material. Tal situação clama controle jurisdicional concentrado do Supremo Tribunal Federal, por meio

da Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) –art. 102, §1º da Constituição Federal.

Destaca-se que a ADPF é subsidiária às outras ações do controle concentrado, ou seja, só é cabível quando não for possível proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade e, justamente, neste caso (direito pré-constitucional) há previsão expressa no artigo 1º, parágrafo único, inciso I da Lei 9882 de 1999.

Em que pese a legitimidade exclusiva para a propositura da ADPF (art. 2º da Lei 9882 de 1999), acreditamos que o denotado risco de cartelização; a restrição da concorrência e o desmistificado “risco brasil” ensejem a atuação dos órgãos públicos na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Sem prejuízo, não omitimos eventual contribuição para ações individuais que ensejem a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Ferrari, por meio do chamado controle difuso de constitucionalidade.

CONCLUSÃO

Demonstrado o prospecto do mercado automobilístico brasileiro e sua realidade, acreditamos que os interesses das montadoras e das concessionárias de veículos não devem contrapor-se aos interesses dos consumidores.

Foi visto que marco legal do setor possui diversos dispositivos que limitam a concorrência intramarca e facilitam a conduta comercial uniforme (redução da concorrência intermarcas).

Pelo que consta, o principal fator que explica os elevados preços e a baixa qualidade dos automóveis brasileiros são as deformações regulatórias mantidas pela Lei Ferrari.

A comparação com o mercado internacional de automóveis, bem como o tratamento regulatório da concorrência neste ambiente, revelou que a legislação brasileira é anacrônica e contrasta com a adotada nos EUA e na Europa.

Enquanto no Brasil vincula-se a distribuição de veículos a contratos de exclusividade entre montadora e distribuidoras, nos EUA e na Europa esta estipulação contratual é vedada e a opção por distribuidores exclusivos decorre da livre vontade do agente econômico (montadora) e representa diferencial competitivo em relação a concorrentes que utilizam outras modalidades de vendas (venda direta, distribuidores independentes, revendas multimarcas...).

Nesses Estados a regra é a liberdade na comercialização de veículos, sendo a exclusividade submetida a restrições. Nos EUA e Europa também é expressamente vedado os índices de fidelidade na aquisição de peças de reposição por revendedores exclusivos, ao contrário do que acontece no Brasil.

Ao seu turno, a previsão de Convenções significa desnecessária intervenção no mercado e representa a sobrevivência de mecanismos de planejamento já ultrapassados e superados.

E mais, a permanência da Lei Ferrari no ordenamento, com todos seus mecanismos anticoncorrenciais, representa afronta aos direitos transindividuais dos consumidores e demais agentes da cadeia produtiva (revendedores independentes, lojas de autopeças, prestadora de serviços de reparo de veículos, transportadoras independentes...).

A diversificação e ampliação dos canais de venda de veículos teriam forte efeito sobre a concorrência intramarca e intermarcas no mercado automotivo nacional e, conseqüentemente, sobre os preços.

Posto tudo isso, tem-se que a declaração da inconstitucionalidade (ou não recepção) da Lei Ferrari poderia gerar os seguintes benefícios:

- (1) Criação de incentivos à adoção de novos arranjos verticais eficientes para a venda de veículos novos (surgimento de novos atores e agentes de mercado), com reflexos positivos sobre o preço;
- (2) Possibilidade de vendas diretas ao consumidor final realizadas pelos fabricantes ou importadores de veículos novos, com incremento da concorrência intermarcas e intramarca;
- (3) Condutas anticompetitivas serão integralmente avaliadas pelo CADE, sem limitações impostas pela lei específica;
- (4) Eliminação da obrigatoriedade das convenções de marca e de categoria econômica, reduzindo as oportunidades para conluio e cartel de regras;
- (5) Possibilidade do surgimento de revendas de veículos independentes, multimarcas ou não, intensificando a concorrência nos mercados varejistas de comercialização de veículos novos, e reduzindo barreiras ao ingresso e crescimento de novas marcas em mercados regionais menos populosos;
- (6) Eliminação da obrigatoriedade do índice de fidelidade para a aquisição de peças de reposição pelos distribuidores exclusivos e oficinas autorizadas, imprimindo mais competitividade no mercado de peças de reposição e de prestação dos serviços de manutenção.

BIBLIOGRAFIA

ARBIX, Glauco & ZILBOVICIUS, Mauro. 1997. De JK a FHC – A reinvenção dos carros. São Paulo: Editora Scritta.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FABRICANTES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (ANFAVEA). **Anuário Estatístico da Indústria Automobilística Brasileira**. São Paulo: ANFAVEA, 2015. Disponível em <http://www.anfavea.com.br/anuario.html>. Acesso em 24/09/2015.

BEDÊ, M. A. **Indústria automobilística no Brasil nos anos 90: proteção efetiva, reestruturação e política industrial**. São Paulo, 1996. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo.

BERTONI, Estevão. Renato Ferrari (1924-2013) – Advogado e ex-secretário da Cultura. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 11/05/2013. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/05/1277030-renato-ferrari-1924-2013---advogado-e-ex-secretario-da-cultura.shtml>. Acessado em 05/09/2015.

BORK, R. **Antitrust Paradox**, New York: Basic Books, 1978.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 14^o ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. *Economica*, London, v. 4, p. 386-405, 1937.

COMIN, Alexandre. 1998. **De volta para o futuro: política e reestruturação industrial do complexo automobilístico nos anos 90**. FAPESP, 1^a edição. São Paulo: Editora Annablume.

COUTINHO, L., FERRAZ, J. **Estudo da Competitividade de Indústria Brasileira**. Campinas: Papirus, 1994.

DESIO, Andrezza Leite do Canto. **A indústria automobilística brasileira**. Tese de bacharelado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP. 1999

FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de Distribuição**. 3º ed. São Paulo: RT, 2014.

FURQUIM, Paulo A. **Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira**. Escola de Economia de São Paulo –FGV. Textos para Discussão 264, julho de 2010. Encontrado em <http://sistema.bibliotecas.fgv.br>

GRANDE, M. M. **A Distribuição de Automóveis Novos em Mudança?** São Paulo, 2004. Tese (doutorado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo – USP, encontrada em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3136/tde-30052005-225327/pt-br.php>.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Manual de Direitos Difusos**. 2º ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

LANDE, R. H., MARVEL. H. P. **The thre Types of Colluson Fixing Prices, Rivais, and Rules**. Winconsin (EUA): Law Review, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 26º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

POSTNER, R. **Antitrust Law**. Chicago: University of Chicago Prass, 1976.

RUY, Daniel. **Projeto de lei do Senado 402/12 – Boas intenções mais...** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170756,71043-Projeto+de+lei+do+Senado+40212+Boas+intencoes+mas>. Acessado em 22/09/2015.

VOLPONI, Plínio Ribeiro. **Questões relativas à concessão de veículos automotores.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI15128,61044-Questoes+relativas+a+concessao+de+veiculos+automotores>. Acesso em 21/09/2015.

WILLIAMSON, O. **Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implication**, New York: Free Press, 1975.