

FARINA & ESTANISLAU DO AMARAL

A D V O G A D O S

LAÉRCIO N. FARINA
HEITOR ESTANISLAU DO AMARAL
ALLAN MORAES
ADALRICE MARIA SILVA MAIA
ANA SILVIA SANCHES DO AMARAL
RENATA S.TORMIN

BRUNO LEONARDO LOPES DE LIMA
RAFAEL CIDRIM ENRIQUEZ GARCIA
PATRÍCIA SORMANI HEIMBECK

SÃO PAULO-SP
AVENIDA ARNOLFO AZEVEDO, 104 - PACAEMBU
CEP 01236-030
FONE: (55 11) 3873-1777 - FAX: (55 11) 3873-2211

www.farinaeamaral.adv.br
mail@farinaeamaral.adv.br

ILUSTRÍSSIMA SENHORA SECRETÁRIA, DRA. MARIANA TAVARES DE ARAUJO, DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

A ANFAPE – Associação Nacional dos Fabricantes de Auto Peças, associação civil sem fins lucrativos, sediada em Guarulhos, Estado de São Paulo, na Avenida Armando Bei, 1358, que congrega as empresas fabricantes de auto peças para veículos nacionais ou importados em todo o território nacional, por seus advogados ao final assinados, vem, respeitosamente, oferecer

REPRESENTAÇÃO,

em desfavor das empresas VOLKSWAGEN DO BRASIL INDUSTRIAS DE VEICULOS AUTOMOTORES LTDA., sociedade empresária limitada, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Estrada Marginal Anchieta s/n KM 23,5 ALA 17, CEP 09.772-040, Demarchi, cidade de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o n. 59.104.422/0001-50; FIAT AUTOMÓVEIS S/A, sociedade anônima, com sede na Rodovia Fernão Dias, BR38, km 429, Betim, MG; FORD

MOTOR COMPANY BRASIL LTDA, empresa brasileira, com sede na Av. do Taboão, 899, CEP 09870-900, São Bernardo do Campo, SP, CNPF 03.470.727/0001-20, doravante denominadas, em conjunto, “Representadas” ou “Montadoras”, ou ainda, individualmente, “FIAT, FORD e VOLKSWAGEN”, pela prática, no mercado brasileiro de auto peças de reposição, de infração à ordem econômica, pelos motivos de fato e Direito a seguir alinhados.

I INTRODUÇÃO

Esta representação tem a finalidade de demonstrar que as montadoras estão agindo de maneira anticompetitiva, abusando de seu poder econômico, bem como da proteção patentária a elas conferida, a fim de dominar o mercado secundário¹ de auto peças via criação de dificuldades ao funcionamento e até mesmo, no limite, exclusão dos doravante denominados Fabricantes Independentes de Auto Peças (FIAPs) do mercado, causando incomensuráveis prejuízos à concorrência e ao consumidor final.

De se esclarecer, *ab initio*, que a aqui representante congrega empresas que preenchem tal condição, isto é, as FIAPs, contra as quais vêm sendo praticados os atos que se constituem a *causa petendi* da presente peça.

A mecânica da ação das montadoras, a racionalidade econômica que as motiva e os reflexos na esfera da concorrência e mesmo para o consumidor, estão detalhadamente descritas em parecer elaborado pelo economista Dr. José Tavares de Araujo Jr., em estudo que se encontra anexo como documento nº 2.

II DOS MERCADOS RELEVANTES

Trata-se de caso em que a distinção entre os mercados relevantes é facilmente perceptível, intuitiva até, haja vista a ocorrência de uma imediata identificação de duas situações diferentes.

A primeira, que corresponde ao mercado primário, ou *foremarket*, é aquele que corresponde à comercialização de veículos novos, ou “zero

¹ Mercados secundários são, por exemplo, os de peças e serviços de manutenção, em oposição aos primários, aqueles de produtos/equipamentos. Outras denominações: *foremarket* e *aftermarket*, principal e derivado, mercados a montante e a jusante, ou *upstream* e *downstream*, etc.

km”. É o mercado onde competem as montadoras pela demanda do mercado consumidor de tais produtos.

A segunda se refere ao mercado relevante efetivamente tratado nesta peça, que é o de produção e venda de peças destinadas à reposição no mercado automobilístico. Neste mercado competem as montadoras com a oferta das peças assim denominadas *originais*. Competem, por igual, as já mencionadas FIAPs que produzem peças que não dispõem do selo “original” e que, por isso mesmo, tendem a ser precificadas em patamar muito mais baixo do que aquelas outras que estampam tal selo.

Trata-se de fato notório que as peças “originais” sejam vendidas por preços sensivelmente, na maioria dos casos, mais elevados do que aquelas vulgarmente denominadas “paralelas” ou, ainda, “alternativas”.

Além dos motivos profundamente analisados pelo Dr. José Tavares de Araujo Jr. no parecer anexo já mencionado, é justificado o interesse das montadoras no mercado considerado, quando se tem em conta que estimativas consideram que o *aftermarket* automobilístico, no Brasil, movimenta algo em torno de R\$ 46 bilhões anuais.

De qualquer maneira, é importante que, desde logo tenha-se em mente a distinção efetiva *entre* os mercados relevantes mencionados. Aquele, em que disputam as montadoras, deste, que se reveste de características muito próprias e peculiares.

As ações empreendidas pelas montadoras, cuja ilicitude é aqui argüida, se valem, no mais das vezes, do desconhecimento generalizado sobre a distinção entre os dois mercados considerados.

III HISTÓRICO

Pede-se vênha, primeiramente, para se mencionar o panorama mundial descrito na peça que constitui o anexo nº 3, para se demonstrar que os atos anticompetitivos praticados pelas representadas, objeto da presente representação, não são exclusivos do mercado nacional, mas repetem lógica e estratégia empregada em outras jurisdições, como ali se encontra narrado.

Assim é que as representadas, valendo-se de alegados direitos patentários se valem de medidas judiciais e extra-judiciais com o objetivo de inibir o fabrico e a comercialização de produtos que integram o portfólio daquelas.

Tem-se assim que a primeira representada (VW), dá início à sua ação anticompetitiva ao propor ação contra a empresa AUTO TREND PEÇAS E ACESSÓRIOS, sociedade limitada, com sede na Rua Itagyba Santiago, nº 552, Vila Alexandrina, São Paulo/ SP, inscrita no CNPJ sob o nº 02.805.019/0001-30, empresa varejista do setor de auto peças, onde formula como pedido o de cessar o uso das marcas “POLO”, “GOL”, “FOX”, “VOLKSWAGEN”, “VW” e respectivo logotipo, bem como dos desenhos industriais de lanternas e faróis objeto de seus registros nºs DI6401072-4, DI6401073-2, DI6502499-0, DI6502498-2, DI6502488-5 E DI6502500-8 ou de quaisquer outros sinais e/ou designs semelhantes; determinar a distribuição, na presença dos representantes legais das Autoras e dois oficiais de Justiça, de todo o material apreendido em sede cautelar; e indenizar as Autoras pelo uso indevido de suas marcas e desenhos industriais registrados, bem como pelos atos de concorrência desleal praticados, segundo alegam. Em anexo, o documento nº 4.

A segunda representada (FIAT), por seu turno, vale-se de notificação extrajudicial endereçada às empresas CENTAURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., com sede na Av. Armando Bei, 1358, Guarulhos – SP – 07175-000, na qualidade de fabricante de peças de lataria; QUITUNGO 757 e AUTO RECUPERODARA QUITUNGO, com sedes na Estrada do Quitungo, 756, Rio de Janeiro – RJ - 21215-562 e ALVORADA PEÇAS E ACESSÓRIOS LTDA, com sede na Av. Pedro II, 4044, Monsenhor Messias, Belo Horizonte, MG – 30810-190, estas varejistas, objetivando a completa cessação do uso de todos e quaisquer desenhos industriais e marcas pertencentes à notificante em seus produtos, impressos, anúncios publicitários, embalagens, materiais promocionais, bem como em suas atividades comerciais em geral, especialmente no que tange às peças de reposição para veículos fabricados pela Notificante; o envio de uma relação completa e pormenorizada das vendas efetuadas nos últimos 5 anos, dos produtos distribuídos e/ou comercializados em violação aos registros de desenho industrial da Notificante; e o envio de uma relação completa e pormenorizada dos produtos contrafeitos ainda existentes no estoque, com relação à empresa Centauro; e a cessação das vendas e o completo recolhimento de suas prateleiras de todo e qualquer produto que reproduza desenhos industriais pertencentes à Notificante; o envio de uma relação completa e pormenorizada das vendas efetuadas nos últimos 5 anos, dos produtos distribuídos e/ou comercializados em violação aos registros de desenho industrial da Notificante; e o envio de uma relação completa e pormenorizada dos produtos contrafeitos ainda existentes no estoque, com relação às outras notificadas. Em anexo, os documentos nºs 5, 6 e 7.

À terceira representada (FORD), debitam-se duas ações judiciais.

A primeira, endereçada à empresa RCD – AUTOPARTES E VIDROS LTDA., sociedade brasileira por quotas de responsabilidade limitada, com sede na Av. das Monções, 540, CEP 18540-000, no Município de Porto Feliz, SP; RCD COMPONENTES AUTOMOTIVOS LTDA., sociedade brasileira por quotas de responsabilidade limitada, com sede na Av. das Monções, 450, CEP 18540-000, no Município de Porto Feliz, SP, CNPJ/MF 01.951.089/0001-34 e RCD COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., sociedade brasileira por quotas de responsabilidade limitada, com sede na Av. das Monções, 301, CEP 18540-000, no Município de Porto Feliz, SP, e com estabelecimento comercial (loja de vendas), na Av. Interlagos, 6.412, nesta Cidade; com o objetivo de obter a concessão de uma liminar para determinar que as Rés se abstenham, imediatamente, de fabricar e comercializar as calotas em cotejo ou outra que com elas se assemelhe e de utilizar a marca FORD, de propriedade das Autoras, ou outra que com ela se assemelhe, a qualquer título, sob pena de estarem obrigadas ao pagamento de uma multa pecuniária diária no valor de R\$ 10.000,00; a busca e apreensão (na loja de vendas, da Av. Interlagos) de todas as calotas, peças e acessórios de automóveis, que contenham marcas que imitem a marca FORD das Autoras, ou que copiem os registros de desenho industrial das Autoras, ou que contenham a aparência adotada pela Autora em seus produtos; apreensão das máquinas e moldes industriais por meio dos quais as calotas, peças e acessórios foram fabricados; a condenação das Rés à composição das perdas e danos patrimoniais decorrentes da prática de falsificação dos produtos, violação a direitos marcários e concorrência desleal, em montante que confira caráter sancionatório. Documento nº 8

A segunda à empresa AUTO TREND PEÇAS E ACESSÓRIOS, sociedade limitada, com sede na Rua Itagyba Santiago, nº 552, Vila Alexandrina, São Paulo/ SP, inscrita no CNPJ sob o nº 02.805.019/0001-30, com o objetivo de obter busca e apreensão de peças e conseqüente abstenção de fabrico e comercialização de calotas “ou quaisquer outras peças e acessórios da linha FORD, bem como a eventual reprodução de qualquer uma das marcas de titularidade das autoras.” Documento nº 9.

Em um parêntesis é de se mencionar que as representadas, consignam no corpo de suas ações a presença, ou o litisconsórcio ativo, de suas respectivas matrizes, titulares que são de direitos patentários cedidos às subsidiárias aqui instaladas. Trata-se de questão meramente formal que não deve alterar o pólo passivo da presente representação, já que é irrelevante que as empresas que aqui figuram como representadas sejam titulares ou cessionários dos direitos cujo exercício se aponta aqui como abusivo

Além das ações aqui mencionadas, sabe-se da existência de outras, das quais, contudo, não se logrou obter informações consistentes. As representadas, porém, poderão receber a determinação de informar quais as ações que presentemente têm em curso com o mesmo objetivo.

De outra parte, cumpre-se dizer que as ora representadas são réis em uma ação civil pública, cuja cópia segue em anexo, documento 10, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que constatou haver uma diferença muito alta nos preços oferecidos nas peças de reposição vendidas em concessionárias credenciadas pelas montadoras e em oficinas independentes. Em apuração detalhada, o Ministério Público apurou um superfaturamento injustificado das representadas, requerendo, na ação ainda em curso, que fosse reconhecido o direito das concessionárias oferecerem tais peças diretamente do fornecedor (sem terem que comprar das montadoras) e que a margem de lucro das ora requeridas fosse fixada, de modo a não superar trinta por cento. Menciona-se tal ação civil pública com o intuito de demonstrar que a falha de mercado aqui argüida, já mereceu a atenção de autoridades constituídas, não obstante tenha havido certo distanciamento, ali, do real problema consistente na ação das montadoras, aqui denunciado.

Não se está, à toda evidência, pretendendo-se reproduzir o pedido formulado naquela demanda. Sem se perquirir aprofundadamente sobre aquele, é mais do que certo não caber ao SBDC o tabelamento de preços ou de margens. Nem se pretende, aqui, discutir eventual abusividade ou não de preços praticados pelas montadoras, para seus produtos *originais*. O que se discute é a ação daquelas, montadoras, com o objetivo de restringir – ainda que de maneira incipiente, neste momento – a produção no *aftermarket*, das FIAPs. e, em consequência, reduzir a opção do consumidor ao produto mais barato.

Releva acrescentar que as empresas integrantes da ANFAPE vêm atuando, algumas, no mercado de reposição de peças há mais de 50 anos e somente agora começaram a sofrer as ações – ou retaliações - acima relatadas. Ressalte-se que somente são questionados os desenhos industriais de 2004 para cá, ou seja, os considerados “lançamentos”, pois com os modelos mais antigos montadora nenhuma se preocupa.

IV
DA RACIONALIDADE DA CONDUTA

Apontado o objetivo desta Representação e relatada a ação das Representadas, cabe discorrer brevemente sobre a racionalidade da conduta anticompetitiva de monopolização do mercado secundário.

Os FIAPs representam garantia de concorrência no *aftermarket*. A monopolização deste mercado pelas representadas por meio do abuso de direitos de propriedade industrial (ou por qualquer outro meio) visa a acabar com a pressão competitiva exercida pelos FIAPs sobre aquelas. Como apontado por José Tavares em seu parecer, com a monopolização do *aftermarket* as montadoras adquirem tanto o poder de controlar os custos de manutenção para o consumidor quanto o poder de controlar a vida útil do veículo: “na ausência de pressões competitivas, os fabricantes de bens duráveis procurarão limitar a vida útil de seus produtos, já que a lucratividade pontencial dos novos modelos é inversamente proporcional à idade média dos estoques vendidos em períodos anteriores”².

Por outro lado, com a pressão competitiva imposta pela atuação dos FIAPs, cada montadora tem poder limitado para planejar a redução da vida útil de seus veículos, uma vez que, se o fizerem, correrão o risco de perder participação no mercado primário assim que a queda da durabilidade de seus veículos puder ser percebida pelos consumidores. Certamente isto não ocorre de um momento para outro mas, a médio prazo, a durabilidade dos veículos constitui um fator de competitividade no mercado primário.

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

O freqüente argumento (encontrado em casos nacionais e internacionais de tentativa de monopolização de mercados secundários) de que os

² Parecer econômico de José Tavares de Araujo Jr. anexo à Representação: *Restrições Verticais no Mercado Brasileiro de Auto-Peças: Impactos Anticompetitivos*, Dezembro de 2006, p. 2.

consumidores podem trocar seus veículos por outros produzidos por outras montadoras que não estão empreendendo condutas no sentido de monopolizar o *aftermarket* (isto é, o argumento de que, sendo o mercado primário competitivo, não há que se preocupar com a competição no mercado secundário) desconsidera os custos de troca (*switching costs*) do veículo, como, por exemplo, a desvalorização que este sofre no momento da revenda. Note-se que ainda que o consumidor esteja disposto a incorrer neste custo e vender seu veículo para comprar outro de uma montadora que não monopolize o mercado secundário, outro consumidor adquirente do primeiro veículo passará a ser o prejudicado pela monopolização.

Além disso, o mesmo argumento (havendo competição no mercado primário, não há que se preocupar com o mercado secundário) desconsidera também o fato de que o automóvel é um produto durável, ficando o consumidor “preso” à aquisição das respectivas autopeças. Trata-se do efeito *lock in*, amplamente reconhecido pela literatura antitruste. O Ex-Conselheiro do CADE Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu voto no caso *Power-Tech/MATEC*³, utilizou o conceito de *lock in* como “fato do usuário ao comprar o equipamento ser obrigado a incorrer nos custos de manutenção do mesmo, qualquer que estes sejam, já que não haverá como substituir o equipamento devido ao seu elevado custo”. Diz-se que “a empresa praticante da conduta restritiva vai auferir lucros monopolistas durante todo o período em que houver viabilidade econômica na manutenção do produto, isto é, enquanto os gastos com manutenção não forem elevados o suficiente para motivar a troca por um novo produto”⁴. No caso do setor automobilístico, com o *lock in*, as Representadas auferirão lucros monopolistas no mercado secundário durante toda a vida útil do veículo.

O *lock in*, pode-se dizer em um parêntesis, encontra variados exemplos nos mais diversos produtos. Em geral se observa um preço muito atrativo no equipamento principal, e virtualmente escorchantes no *refill* (exclusivamente produzido pela empresa produtora daquele). Célebre é o exemplo da máquina fotográfica Polaroid. Produto baratíssimo, cujo filme (só por ela fabricado) custava muito caro. Empresas de lâminas de barbear também têm se valido de prática similar. Notório, nos dias que correm, o mercado das impressoras para computador. Para certas marcas e modelos, o preço da impressora nova não é suficiente para a aquisição de três cartuchos de tinta de impressão!

³ Processo Administrativo n. 08012.000172/98-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda.; Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC). P. 17, nota de rodapé n. 20. No caso *Power-Tech/MATEC*, “a MATEC – Matel Tecnologia de Informática S.A. (sucédida pela Damovo do Brasil S.A.) – foi condenada pela prática anticoncorrencial de se recusar a vender à Power-Tech peças de manutenção da central telefônica modelo MD 110, fabricada pela Ericsson, da qual a MATEC era representante no Brasil” (GUIMARÃES, D. A., “Monopolização de *Aftermarkets*: racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado”, in *Revista do IBRAC* (VII Concurso de Monografias), no prelo – consultado no original digitado, p. 9).

⁴ GUIMARÃES, D. A., “Monopolização de *Aftermarkets*...”, pp. 3/4.

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

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

Note-se que os lucros extraordinários no *aftermarket* teriam a função de financiar novos investimentos em P&D para o mercado principal (vide parecer de José Tavares⁵). Importante notar que a conduta anticompetitiva no mercado secundário pode gerar receitas monopolísticas aptas a melhorar a posição da montadora no próprio mercado primário. Por meio de uma prática anticompetitiva dada empresa pode auferir receitas que a auxiliarão a ganhar participação no mercado principal tendo em vista as inovações tecnológicas obtidas com o investimento em P&D (financiado pela prática anticompetitiva), participação adicional diretamente relacionada à perda de participação das montadoras que não contaram com estes

⁵ “[O] mercado de reparação (...) é atraente para as montadoras por dois motivos (...) Em primeiro lugar, as receitas ali auferidas contribuem para amortizar os investimentos em P&D realizados nos novos modelos. Em segundo, as montadoras não competem entre si neste mercado, e as dimensões de seus respectivos nichos monopolistas são proporcionais às vendas pretéritas no mercado primário. Portanto, o principal desafio a ser enfrentado ali é o de conter a atuação dos FIAPs” (p. 2).

“recursos adicionais” para investimento em P&D (recursos provenientes da prática anticompetitiva).

Tem-se, assim, que a monopolização do mercado secundário pode gerar outros efeitos nocivos para além da redução do bem estar do consumidor e do bem estar agregado, podendo provocar distorções competitivas no próprio mercado de veículos, ou *foremarket*.

V MEIOS PARA EXERCÍCIO DO ABUSO DE DIREITO

V.1 ABUSO DE DIREITO

Verifica-se, então, face ao exposto até agora, que as três montadoras figurantes no pólo passivo aqui, a exemplo do que já ocorreu no resto do mundo, estão se voltando contra o mercado de reposição (o *aftermarket*), a fim de lhe proibir tanto o fabrico quanto a venda de peças dos veículos que são por elas produzidos (portas, pára-lamas, pára-choques, capôs, faróis, calotas etc.), argüindo como fundamento nos registros de desenhos industriais que levaram a efeito perante o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Alegando estarem amparadas, essencialmente, na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXIX) e no Código da Propriedade Industrial (arts. 187, 188 e seu inciso I e 195 e seu inciso III), tais montadoras vêm propondo medidas judiciais e extrajudiciais, cujo escopo final, em suma, é o de fazer com que (i) os fabricantes independentes de auto peças parem de industrializar tais referidas peças (ii) e, os varejistas de auto peças, parem de estocá-las e de vendê-las ao público consumidor.

Tais ações, no entanto, pretensamente assentadas no direito de propriedade que os registros de desenhos industriais lhes conferiria, estão sendo praticadas com evidente com abuso de direito!

Nesse passo, vale assentar que o registro de um desenho industrial traz, a seu titular, como é cediço, verdadeiro direito de propriedade, oponível *erga omnes*, dando-lhe, em contrapartida, a possibilidade de valer-se do invento com exclusividade, inclusive podendo aliená-lo e de impedir que terceiros venham a se utilizar dele, sem autorização. Isso é, o titular de um desenho industrial tem o direito de usar, de gozar e de dispor de sua criação.

Todavia, em lenta evolução social e jurídica, tem-se que, hoje, o direito de propriedade não pode, mais, assentar-se em bases absolutas, como historicamente ocorria, dada a sua função social. Efetivamente, a propriedade, nos dias de hoje, não pode ser plena, mas deve, obrigatoriamente, observar regras de não-poluição, de respeito ao patrimônio histórico e artístico e cultural, de proteção ao meio ambiente, dentre outras. De tal forma que a possibilidade de usar e de gozar e de dispor do *design*, já que o *design* configura propriedade, não é mais absoluta, mas deve obedecer a parâmetros sociais.

Tanto assim é que a própria Constituição Federal, do ano de 1.988, que absorveu os novos princípios, dispõe, expressamente (no inciso XXIX, de seu art. 5º), que os autores de tais inventos têm assegurada a propriedade para sua exploração, mas “*tendo em vista o interesse social*”:

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

.....

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

E o que isso quer dizer? Quer dizer que a propriedade do desenho industrial não pode ser exercida, por exemplo, em desacordo com o art. 1.228, do Código Civil brasileiro, o qual, dispondo sobre a função social da propriedade, proíbe os atos que sejam animados pela intenção de prejudicar. Quer dizer que, ao deter algum direito sobre alguma patente, com registro, o titular de tal direito não pode exceder manifestamente os limites impostos pelos fins econômicos e sociais ao mesmo registro.

Parece ser evidente que, quando uma montadora registra um desenho industrial, ela o faz para proteger-se de seus concorrentes, que são as outras montadoras. Ou seja, o registro, por uma montadora, do *design* de um veículo que é sucesso de vendas só pode ser formulado e aceito para que as demais montadoras se

abstenham de produzir veículo idêntico, com o mesmo *design*. O registro de um páralama somente tem razão de existência para que outra montadora não venha a copiá-lo, em seus produtos (isso é, em seus veículos). Essa é, em última análise, a função social – obediente ao interesse social previsto constitucionalmente – da concessão de registros de *designs* para as montadoras.

Com o que, então, pode-se afirmar que o *aftermarket*, seja na pessoa dos fabricantes e seja na pessoa dos varejistas, não concorre com as montadoras, na função primeira e principal destas, que é a de industrializar – e vender! – um veículo. E, por conseqüência, na consideração de que a função precípua do *aftermarket* não é copiar ou vender o desenho e as formas deste ou daquele veículo, dando-lhe comodidade ou conforto ou estabilidade ou baixo consumo, mas, sim, de fazer a reposição das peças que compõem este ou aquele veículo, conferindo, inclusive, opção sadia ao consumidor, de querer se valer desta peça original ou daquela peça similar à original.

De outro modo: o mercado das montadoras é o da industrialização e venda de veículos (e, ressalte-se, veículos novos). É neste mercado que elas atuam e é para este mercado que todos os seus esforços e pesquisas e investimentos são direcionados. Com o que, então, os desenhos industriais das montadoras não podem se voltar contra os fabricantes ou varejistas do *aftermarket*, dada que essa não é nem a função e nem o interesse social destes desenhos industriais ou, mesmo, da concessão de tais *designs*.

Os atos que as montadoras praticam nesse caminho, aqui tratados, em verdade, visam acabar com uma concorrência que nunca foi feita às mesmas montadoras, criando verdadeiro monopólio de bandeiras, contrário aos ditames constitucionais e infraconstitucionais vigentes (volte-se a dizer que, se uma montadora exerce sua atividade social pensando na venda de um veículo novo e, tendo como parâmetros para a venda situações como desempenho e conforto, tal não acontece com os fabricantes e varejistas independentes de auto peças, os quais têm o foco voltado para a reposição de itens e para a vida útil do veículo).

De maneira que as atitudes das três montadoras ferem as regras – constitucionais e infraconstitucionais – da função social da propriedade e do interesse social relativo à concessão de registros de desenhos industriais, em detrimento, na última linha da cadeia comercial, do público consumidor.

Por isso mesmo que, ao assim agir, as montadoras trazem à lume a figura do abuso do direito, a que alude o Código Civil brasileiro (art. 187), pois que, ao praticarem os atos que praticam, contra o *aftermarket*, excedem

manifestamente os limites que lhes são impostos pelo fim econômico ou social de seus desenhos e da concessão de seus desenhos, pela boa-fé ou pelos bons costumes:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (grifos e negritos da representante).

Na verdade, as montadoras não exercem seus direitos de acordo com a destinação que lhes foi compreendida, assim como demonstram uma total disfunção – ou desvio funcional – no exercício de suas atividades. Valendo, sempre, ter em mãos o sentir de que os atos que estão sendo praticados pelas montadoras são potencialmente danosos para a sociedade.

V.1.1 POSSÍVEL NULIDADE DOS *DESIGNS*

Em uma extensão de argumento, a ora representante ainda ousa afirmar ter sérias dúvidas sobre a possibilidade de as três montadoras poderem registrar, na condição de desenhos industriais, partes e peças de seus veículos.

O Código da Propriedade Industrial, em seu art. 95, define o que seja desenho industrial:

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

Resta evidente, diante da definição legal, que o desenho industrial destina-se a produzir efeito ta apenas visual e que se reduz a um objeto de caráter meramente ornamental (objeto do gosto, como se dizia anteriormente), sem considerações de utilidade. O que, de outro lado, traz a conclusão de que tal referida forma ornamental, para ser considerada como *design*, deve achar-se desvinculada de qualquer função técnica ou seja, não pode consistir em uma forma necessária para que o produto preencha a sua finalidade.

Nesse sentido, a pergunta que paira é a seguinte: são as auto peças (pára-choques, pára-lamas, retrovisores, faróis etc.) formas ornamentais necessárias para que o produto final – o veículo – preencha a sua finalidade? E a resposta é afirmativa. E, sendo afirmativa a resposta, a conclusão é que não podem ser registradas, pelo menos na condição de desenhos industriais, nos expressos ditames da lei.

V.1.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por fim, não restam dúvidas, também, de que a ação das três montadoras aqui representadas infringe direitos básicos do consumidor, conforme previstos no Código de Defesa do Consumidor (inciso IV, do art. 6º), na consideração de que, tal como restou exposto, valem-se elas de métodos comerciais coercitivos e desleais para o fornecimento de produtos e serviços.

E o Código de Defesa do Consumidor, ora tratado, inclusive com a finalidade de coibir os métodos comerciais coercitivos e desleais, admite, expressamente, a própria existência e o próprio funcionamento do *aftermarket*:

“CAPÍTULO IV - DA QUALIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS, DA PREVENÇÃO E DA REPARAÇÃO DOS DANOS / SEÇÃO III – RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO E SERVIÇO:

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto, considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor” (grifos e negritos da representante).

VI PANORAMA MUNDIAL

As empresas que atuam no *aftermarket* também vêm tendo seu funcionamento ameaçado internacionalmente, o que acabou ensejando a criação de diversas associações, com a mesma finalidade da ora representante: proteger e fortalecer o setor de reposição de auto peças.

Uma abordagem mais detalhada sobre o movimento de reconhecimento do *aftermarket*, que vem se estabelecendo nas jurisdições estrangeiras encontra-se no anexo 3.

Nos Estados Unidos da América, foi formada a AAIA⁶, que hoje desempenha uma função vital perante as autoridades americanas, lutando pelo reconhecimento legal do funcionamento do *aftermarket*.

Na União Européia criaram-se duas formas de representação do mercado de reparação automotiva. A primeira é a ECAR⁷, uma aliança que tem como objetivo principal proteger e promover a livre concorrência no *aftermarket* automotivo; e a FIGIEFA⁸, a qual visa monitorar a evolução das Leis européias, a fim de manter a livre concorrência no mercado secundário.

Na Austrália, foi formada a AAAA⁹, que, por sua vez, além das funções supra mencionadas, tem a responsabilidade de representar o *aftermarket* perante os órgãos públicos, antitruste e reguladores.

Esta representação versa sobre um tema que vem sendo amplamente discutido mundialmente, em virtude de as montadoras (não exclusivamente as aqui referidas como representadas) já terem adotado, no exterior, a estratégia que agora estão adotando no mercado nacional. Qual seja, a de, valendo-se de desenhos industriais protegidos em razão do mercado primário, voltarem-se ao mercado secundário, alegando que a produção deste é ilegal, por violar tais direitos, com a única finalidade de eliminar as empresas atuantes no *aftermarket*, tornando-se, ao final, monopolistas de seus respectivos nichos de mercado.

O *aftermarket* vem sendo tema de discussões de autoridades antitruste estrangeiras, versando sobre a manutenção de sua existência, bem como da proteção concorrencial desse setor, que afeta direta e indiretamente a vida de milhões de consumidores.

Diversas jurisdições têm criado agendas para discussão do tema, atentas para sua importância e para a necessidade de se o regulamentar, quando o sistema jurídico assim o requer.

⁶ “Automotive Aftermarket Industry Association”

⁷ “European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market”

⁸ “Fédération Internationale des Grossistes, Importateurs & Exportateurs en Fournitures Automobiles” ou “International Federation of Automotive Aftermarket Distributors”.

⁹ “Australian Automotive Aftermarket Association”

VI.1 – Europa

Durante anos, os grupos envolvidos têm discutido a respeito da proteção do desenho industrial no mercado de reposição para produtos complexos, preocupando-se, notadamente, com o setor automotivo. Neste setor, em particular, a forma do produto tem um impacto significativo na decisão de compra dos consumidores, pois os produtores de veículos investem uma alta quantia no desenvolvimento do desenho industrial¹⁰.

Desde 1998, a Propriedade Industrial européia se vê protegida pela Diretiva 98/71/EC¹¹ (*Design Law*). Entretanto, a harmonização das Leis nacionais nos Estados-Membros, quando de sua implementação, foi apenas parcialmente bem sucedida.

De acordo com a Lei supra mencionada, a proteção poderia ser concedida tanto à criação de um produto inteiro, como à criação de uma parte componente desse produto complexo.

Apesar da divisão de posicionamentos acerca da proteção inicial dos mercados, alguns Estados-Membros, têm se mostrado dinâmicos, no sentido de liberalizarem o *aftermarket*, com a introdução de uma cláusula de reparação na Lei Nacional de proteção do desenho industrial. Nesses Estados, os produtores independentes que desenvolvem peças de reposição também são autorizados a fornecer para o mercado secundário.

Diante desse cenário, em 2004, o Parlamento Europeu elaborou uma Proposta de Diretiva¹², a fim de alterar a Diretiva 98/71/EC, abolindo a fragmentação do Mercado Europeu com a introdução da uma “Cláusula de Reparação”, que consolida a liberalização dos mercados e faz aplicar a todos os Estados-Membro a concorrência no *aftermarket*.

¹⁰ O gasto total com pesquisa e desenvolvimento na fabricação de um veículo custa em média 4.2 % das vendas, mas apenas 0,7% do volume de vendas é gasto com o desenvolvimento do desenho industrial de um carro novo. Press release (MEMO/04/215) de 14 de outubro de 2004.

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/04/215&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹¹ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs.

¹² Diretiva do Parlamento Europeu, de 14 de setembro de 2004, que altera a Diretiva 98/71/EC. Vide [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2004\)0582_/com_com\(2004\)0582_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2004)0582_/com_com(2004)0582_pt.pdf)

No total, as vantagens da alteração são claras: elas consistem na eliminação da incerteza para os consumidores, os governos, a justiça e as empresas, bem como reduzem os preços, como resultado de uma maior competição e do surgimento de mais fornecedores.

Adicionalmente, a Comissão Europeia, submeteu um “Roteiro de Discussões”¹³ à Consulta Pública, em 2005, a fim de delimitar a aplicação do art. 82 do Tratado de Maastricht¹⁴, para a realização de. Tal dispositivo trata do abuso de posição dominante das empresas no mercado comum europeu ou em parte dele.

Referido roteiro foi planejado para promover o debate sobre como os mercados europeus poderiam ser mais bem protegidos das condutas abusivas das empresas que possuem posição dominante, condutas estas que arriscam enfraquecer a competição no mercado e, em consequência, prejudicar os consumidores, independentemente da iminência do dano ser a curto, médio ou longo prazo.

Atualmente, tanto a Proposta para Alteração da Diretiva 98/71/EC, como o “Roteiro de Discussões” estão sendo discutidos, no Parlamento Europeu e na Comissão de Concorrência da União Europeia, respectivamente.

VI.2 – Estados Unidos da América

As discussões sobre a proteção do mercado secundário tiveram início, indiretamente, em 1990, com a promulgação de uma Lei¹⁵ que determinava a implementação de sistemas tecnológicos que controlassem a emissão de poluentes dos automóveis.

Entretanto, em virtude da rápida evolução tecnológica, característica do Século XX, esses sistemas passaram a controlar também, os sistemas vitais dos veículos. Com isso, referida Lei acabou tendo como efeito, embora não intencional, de viabilizar que os fabricantes de veículos restringissem as empresas que poderiam efetuar reparos ou produzir peças de reposição.

Em 3 de maio de 2005¹⁶, foi apresentado ao Congresso Americano o Projeto de Lei que trata do Direito à Reparação dos Proprietários de

¹³ <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

¹⁴ O qual instituiu a Comunidade Europeia.

¹⁵ Clean Air Act (lei do Ar Limpo)

¹⁶ <http://capwiz.com/nfib/issues/bills/?bill=7698071>

Veículos Automotores¹⁷ (Right to Repair Act – HR 2048), com as finalidades de determinar a divulgação das informações necessárias para a realização de diagnósticos e serviços de reparo e de incentivar a competição no mercado secundário de veículos automotores.

Em 25 de Maio de 2006, em Bethesda, Maryland (EUA), o *aftermarket* deu um passo importante em sua batalha para a transformação do *Right to Repair Act* em Lei, quando as Subcomissões de Proteção do Comércio, dos Negócios e do Consumidor, votaram a favor da legislação em uma seção aberta em Capitol Hill, de acordo com a AAIA¹⁸.

Enquanto o Projeto de Lei está sendo discutido no Congresso, a AAIA organiza, bianualmente, reuniões entre os legisladores e os empresários do *aftermarket*, que são chamadas de *Aftermarket Summit*. Estes têm a finalidade de aproximar os elos entre os empresários do mercado secundário e os membros do Proder Legislativo, objetivando a apresentação de todas as informações relevantes sobre o *aftermarket*, assegurando-se, assim, uma melhor estruturação da tomada de decisões.

O último encontro ocorreu em Washington, D.C., dois meses antes da apresentação do Projeto de Lei sobre o Direito à Reparação dos Proprietários de Veículos Automotores, e foi devotado ao Legislativo Federal com impactos no *aftermarket*.

O próximo *Aftermarket Summit* está agendado para os dias 12 e 13 de Junho, de 2007.

VI.3 – Austrália

O sistema de registro de desenho industrial na Austrália era regulamentado pelo Designs Act, de 1906. Entretanto, a fim de se buscar assegurar uma competição mais eficaz no mercado de reposição de peças automotivas, de um lado e o alcance de um equilíbrio entre o fornecimento de incentivos para a atividade de criação do desenho industrial (de veículos novos), de outro, em 11 de dezembro de 2002 foi introduzido na Casa dos Representantes um Projeto de Lei de Proteção ao Desenho Industrial, sem que se perdesse a fomentação da competitividade no *aftermarket*, posição corroborada pela Comissão Australiana da Concorrência e do Consumidor.

¹⁷ Motor Vehicle Owners' Right to Repair Act of 2005.

¹⁸ <http://www.theautochannel.com/news/2006/05/26/008691.html>

A Comissão Australiana de Reforma da Lei recomendou a aprovação da Lei de proteção do desenho industrial de 2003¹⁹, a qual recebeu a Aprovação Real em 17 de dezembro de 2003, e entrou em vigência em 17 de junho de 2004²⁰.

VII CONCLUSÃO E PEDIDO

Por fim, resta caracterizar a conduta das Representadas como infração da ordem econômica.

O abuso de direitos de propriedade industrial com o objetivo de monopolizar o mercado de autopeças pode ser caracterizado como “uma restrição vertical imposta pelas montadoras a fim de excluir os FIAPs do mercado”²¹.

Os direitos de propriedade industrial estão sempre referidos a mercados relevantes específicos, e não podem ser usados para restringir artificialmente as opções do consumidor. José Tavares atesta que “estes pontos estão estabelecidos na ampla literatura acadêmica sobre a interface entre antitruste e propriedade intelectual, assim como em diversos estatutos nacionais e multilaterais”²².

Diante de todo o exposto, resta claro que a conduta das Representadas constitui infração da ordem econômica, nos termos do artigo 21, inciso V, com o objetivo claro de dominar o mercado relevante tratado nesta representação, a caracterizar a hipótese do inciso II do artigo 20, todos da Lei 8.884/94.

Destaque-se os incisos II e IV do artigo 20 da Lei 8884/94: II - dominar mercado relevante de bens ou serviços, visto que a conduta das Representadas tem por objeto e pode produzir o efeito de dominação imediata do mercado de autopeças, visto que com a exclusão dos FIAPs desse mercado cessa totalmente a possibilidade de concorrência e; IV - exercer de forma abusiva posição dominante, visto que com a referida dominação imediata do mercado de autopeças as Representadas passam a deter posição dominante neste mercado (novamente porque com a exclusão dos FIAPs desse mercado cessa totalmente a possibilidade de

¹⁹ Designs Act 2003.

²⁰ http://www.ipaustralia.gov.au/new_designs/index.shtml

²¹ Parecer econômico, p. 1.

²² Parecer econômico, p. 3.

concorrência), ficando as Representadas livres para cobrar preços monopolísticos em detrimento do bem estar dos consumidores e do bem estar agregado.

O fundamento legal da presente representação se encontra satisfeito com a caracterização das hipóteses legais contempladas nos dispositivos mencionados. Apenas para registro não de ser mencionados os artigos 187 do Código Civil Brasileiro e 170, III da Constituição Federal, como substratos legais para balizar o exercício do direito que é abusivamente invocado pelas representadas em suas ações até agora. Assim o fazendo as representadas ainda incorrem na modalidade penal prevista na Lei 8.137/90, especificamente em seu artigo 4º, inciso I, alínea f.

Desta forma, requer se digne Vossa Senhoria de mandar processar o presente requerimento, esperando-se que essa Secretaria de Direito Econômico, na forma do artigo 14, VI, instaure processo administrativo para apuração e repressão da infração da ordem econômica, sugerindo ao CADE a aplicação das penas previstas nos artigos 23, I; 24, I, III e IV a, todos da Lei 8.884/94.

Nestes termos,
Pede Deferimento.
Brasília, 04 de abril de 2007

Nestes termos,
Pede Deferimento.

FARINA & ESTANISLAU DO AMARAL

A D V O G A D O S

Brasília, 04 de abril de 2007

Laércio N. Farina
OAB/SP 41.823
OAB/DF 21.014

Renata S. Tormin
OAB/SP 235.664