

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

2.^a edição

PAULA A. FORGIONI

1.^a edição: 2005.

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras Apoio Editorial, CNPJ 03.391.911/0001-85.

Impressão e acabamento: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

© desta edição [2008]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Diretor responsável

1189

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso *site*: www.rt.com.br

Profissional

Impresso no Brasil [04-2008]



ISBN 978-85-203-3269-6

OS INTERESSES DAS PARTES NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO: CONFLITO E COMUNHÃO

SUMÁRIO: 2.1 O indevido maniqueísmo na análise dos interesses no contrato de distribuição: a negação de uma realidade – 2.2 Base dos interesses comuns – 2.3 Base dos interesses conflitantes – 2.4 Conflito no estímulo à concorrência intramarca – 2.5 Conflito na imposição de preços de revenda – 2.6 Conflito na quebra dos territórios – 2.7 Temor de grandes distribuidores – 2.8 Conflito na aquisição de estoques mínimos – 2.9 Conflito na aquisição de outros bens ou serviços não relacionados com o objeto principal da distribuição – 2.10 Conflito na proibição de abastecimento paralelo de peças de reposição – 2.11 A cobiça pelo mercado do produto distribuído – 2.12 A cobiça pelo mercado de prestação de serviços pós-venda – 2.13 Interesse do fornecedor em cimentar uma rede de distribuição para impedir sua utilização por concorrente – 2.14 As redes de distribuição e os interesses nela envolvidos.

2.1 O indevido maniqueísmo na análise dos interesses no contrato de distribuição: a negação de uma realidade

O contrato de distribuição não pode ser compreendido se não depois de analisado o emaranhado de interesses existente em seu seio. Nele, o conflito e a aliança convivem como em poucas avenças; desconfiança e confiança na outra parte são simultâneas porque bem se sabe que o comportamento oportunista está à espreita, escondido atrás de um objetivo comum. Sem destrinçarem essa teia, estarão destinados à parcialidade os estudos sobre abuso de poder e da dependência econômica, bem como será impossível sabermos a real função do contrato de distribuição. Ora, se a adoção de uma conduta oportunista implica a perseguição egoísta da conveniência individual,¹ é preciso identificar com exatidão os interesses de cada uma das partes que se amalgamam no negócio.

Não se pode deixar de reconhecer a realidade múltipla que informa o contexto econômico e jurídico desse tipo de ajuste, composta de *interesses comuns e de outros conflitantes*, ainda que de forma potencial. O contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio.² Por um lado, as partes unem-se, porque acreditam que a celebração do acordo colocá-las-á em uma situação melhor do que aquela em que se encon-

⁽¹⁾ Sylvie Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, p. 7-10.

⁽²⁾ Nas palavras de Eros Roberto Grau, com base em Jhering: “[n]os contratos de intercâmbio, os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é meu lucro (...). Nos contratos de comunhão de escopo

tram (caso contrário nem sequer realizariam o negócio). Por outro, buscam objetivos diversos, uma vez que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte.³

(...), os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que os caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem” (*Licitação e contrato administrativo – Estudos sobre a interpretação da lei*, p. 91-92).

A jurisprudência nacional reconhece esse duplo espírito, dando relevo, por vezes, à comunhão de interesses entre fornecedor e distribuidor e, por outras, ao conflito. Por exemplo, no Recurso de Ap 113.383-4/0, do TJSP, julgando ação indenizatória por denúncia unilateral de contrato de distribuição, analisou-se a possibilidade de ressarcimento de gastos derivados de obrigações impostas à distribuidora por cláusulas contratuais, consideradas abusivas por esta, tais como exigências relativas à frota padronizada, instalações compatíveis com a atividade desenvolvida e taxa de propaganda. Destacou o Tribunal que além de consistirem custos que fazem parte do empreendimento, o caráter da *comunhão de interesses da avença* deveria ser posto em relevo. Ao denegar a pretensão indenizatória enunciou que, se por um lado a fornecedora “beneficia-se da eficiência das distribuidoras, estas, por outro lado, também tiram proveito da fácil e lucrativa comercialização de um produto de consumo geral”. Já na Medida Cautelar 101.450-4/4, também julgada pelo TJSP, enfatizou-se o *interesse egoístico da fornecedora* ao denunciar contrato de distribuição. Reputando abusivo o rompimento, compreendeu a Corte que a origem de tal conduta da fornecedora, visava ao “enxugamento” de seu quadro de distribuidores, “por razões de interesse exclusivo da produtora, para isso se utilizando de mecanismos lesivos à economia das distribuidoras, que, em seguida, tachava de inoperantes, omissas ou incidentes em desempenho insatisfatório, sem razão justificada”.

No ponto de equilíbrio desses interesses, será estabelecido o ajuste.⁴ Entretanto, por mais que o sucesso de uma empresa dependa da ventura da outra, quase nunca se chega à coincidência perfeita que se estenderá por todo o sempre. Afinal, como dizem Behar-Touchais e Virassamy, citando Hassler, o objetivo comum “c’est la rencontre heureuse de deux égoïsmes”.⁵ As aleas decorrentes da atividade empresarial poderão ser *interdependentes*, mas não *comuns*.

O maniqueísmo às vezes impera na doutrina especializada e alguns autores por ele deixam-se levar: para uns, o contrato de distribuição é uma sociedade harmoniosa, para outros, um campo de batalha. Os que afirmam prevalecer entre fabricantes e distribuidores uma *coincidência de interesses* chegam a sustentar que da avença resultaria necessariamente o estabelecimento de uma estratégia comum e satisfatória a todos os contratantes.⁶

⁽⁴⁾ A referência ao “ponto de equilíbrio” não significa que o sinalagma contratual será perfeito, com completa equivalência entre os valores da prestação e da contraprestação, mas que o contrato somente será celebrado quando, *para as partes, em determinada conjuntura*, prestação e contraprestação mantiverem entre si uma proporção no mínimo aceitável, dentro de um contexto que pode encerrar, inclusive, a premência da contratação para uma das partes (dependência econômica).

⁽⁵⁾ *Les contrats de la distribution*, p. 177.

⁽⁶⁾ Jeremy Lever e Silke Neubauer, *Vertical restraints, their motivation and justification*, p. 8, expõem a argumentação típica de Chicago, a que nos referimos. Sem chegar a extremo, Sylvie Lebreton (*L’exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, p. 227 e ss.) disserta sobre os interesses coincidentes no contrato de distribuição, com destaque para o perfil colaborativo. Lembra que, nos anos 70, foi proposta a criação de uma nova categoria dogmática de *contratos de interesse comum*, já rechaçada pela

Argumenta-se mesmo que o contrato de distribuição identifica-se com um *contrato plurilateral*, tamanha a semelhança dos intuitos dos agentes econômicos que dele participam.⁷ Professores ligados à Escola de Chicago asseveram que, havendo relação de complementaridade entre as atividades do fornecedor e do distribuidor, tem-se um propósito idêntico no *aumento do escoamento da produção*.⁸

Outra parte da doutrina entende que não se pode falar em *interesse comum* no contrato de distribuição, porque ele é moldado em torno de forte e latente conflito.⁹ Steiner, por exemplo, assegura que fornecedores e distribuidores são *concorrentes* porque disputam “profit or gross margin dollars from one another”.¹⁰

Corte de Cassação: “la notion de contrat d’intérêt commun n’a pas de signification juridique précise dans le domaines autres que le mandat” (p. 237).

⁽⁷⁾ Claudineu de Melo, *Contrato de distribuição*, p. 76-77, afirma: “[F]az-se mister, portanto, proceder ao seu exame mais acurado, máxime porque os juristas que dele trataram, à unanimidade, não atentaram para o fato de não ser ele um contrato regulador de interesses bilaterais e antagônicos, mas plurilaterais e comuns. (...) Toda a problemática cinge-se, com efeito, a demonstrar a plurilateralidade do contrato de distribuição, pondo em relevo o escopo comum das partes, a unilateralidade das suas vontades, o caráter finalístico da venda e compra dele decorrente, os vínculos e a uniformidade de conduta dos distribuidores (...)”. Para esse autor, o “interesse comum” no empreendimento autorizaria a tipificação do contrato de distribuição como plurilateral.

⁽⁸⁾ Sobre esse pressuposto de Chicago, v. Jeremy Lever e Silke Neubauer, *Vertical restraints, their motivation and justification*, p. 8.

⁽⁹⁾ Behar-Touchais e Virassamy, *Les contrats de la distribution*, p. 176 e ss.

⁽¹⁰⁾ *The nature of vertical restraints*, p. 158.

2.2 Base dos interesses comuns

O principal interesse convergente no contrato de distribuição é o *sucesso da colocação do produto junto ao mercado consumidor*, o que faz com que fornecedores e distribuidores busquem o bom êxito recíproco das atividades econômicas. Em regra, *quanto maiores as vendas, maiores o escoamento da produção e os possíveis lucros de ambas as partes*.¹¹ Obviamente, fabricar e revender mercadoria com aceitação do público é bem mais proveitoso do que comercializar algo que, por um motivo ou por outro, encalha nas prateleiras. Fornecedor e distribuidor mantêm uma clientela comum e esse fato faz nascer a identidade de escopos.¹²

A neutralização da disputa entre os distribuidores também pode ser benéfica para todos. Para os integrantes da rede, fazer face à menor disputa com outros revendedores do mesmo produto garante a possibilidade de maiores ganhos; para o fornecedor, o fortalecimento dos distribuidores dá-lhe melhores condições para enfrentar a concorrência entre os fabricantes. Pensemos, por exemplo, nas hipóteses de coibição da atuação de *free riders*.¹³

2.3 Base dos interesses conflitantes

O conflito central entre as partes do contrato de distribuição deriva das diversas atividades econômicas desenvolvidas por um

⁽¹¹⁾ Em determinados casos isso pode não ocorrer. Por exemplo, em relação a produtos de luxo ou a agentes econômicos atuantes em “nichos de mercado”, o aumento do volume de vendas pode não ser interessante, se aviltar o preço ou a imagem do bem.

⁽¹²⁾ Cf. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, p. 124 e ss.

⁽¹³⁾ Sobre *free riders*, v. capítulo oitavo, item 8.5.

e por outro. *Fornecedores enfrentam a concorrência entremarcas; distribuidores, a competição intramarca e entremarcas*.¹⁴ O fabricante – que tem na mira as vendas globais de seu produto – pode preferir o aumento total do grau de escoamento, ainda que isso cause prejuízo para alguns de seus revendedores. Para o distribuidor, as vendas dos outros integrantes da rede podem significar perda de vendas próprias. *O fornecedor tem em mente a distribuição global do seu produto; o distribuidor, as vendas que ele próprio concretiza*.

As margens de lucro do fornecedor e dos seus distribuidores podem ser *inversamente proporcionais*, lançando por terra a idéia de que “o lucro de um é necessariamente o lucro do outro” (ou que a álea de um seria a álea do outro). Principalmente em mercados em que há concorrência entremarcas, *quando a margem de ganho do fornecedor aumenta, aquela do distribuidor tende a diminuir e vice-versa*.¹⁵⁻¹⁶

⁽¹⁴⁾ A primeira (concorrência intramarca ou *intra-brand competition*) refere-se à competição no mercado de distribuição daquele produto, ou seja, entre os integrantes da mesma rede, enquanto a segunda (concorrência entremarcas ou *inter-brand competition*) diz respeito à concorrência no mercado do fornecedor.

⁽¹⁵⁾ “If consumers are more disposed to switch brands within store than stores within brand, retailers dominate manufacturers. Retail margins will be relatively high and those of manufacturers relatively low. When consumers are more disposed to switch stores within brand than brands within stores, the above market power and margin relationships are reversed” (Robert Steiner, *The nature of vertical restraints*, p. 157).

⁽¹⁶⁾ “A potentially anticompetitive conflict of interest inheres in all franchising relationships. A franchisor that does not own a franchised outlet may nonetheless have control over the critical commercial decisions of that outlet. The franchisor may use this power

O mais curioso é que, sem prejuízo dessa tensão entre os interesses dos fornecedores e dos distribuidores, *para o consumidor o conflito pode apresentar-se de forma neutra, permanecendo geralmente o mesmo o preço final*.¹⁷ Havendo rivalidade entremarcas, o preço de varejo será determinado pelo mercado, conforme os parâmetros da concorrência. A luta pelo maior lucro travar-se-á dentro do contrato, fornecedor e distribuidores buscando o aumento de sua margem. Tomemos como exemplo um mercado de fabricação de sorvetes, em que atuam vários concorrentes. O preço final para o consumidor em patamar superior a R\$ 9,00 causará dificuldades de venda, porque esse é o valor máximo praticado para aquele tipo de guloseima. Não importam os embates entre fornecedor e distribuidores da marca "N": todos sabem que, se o sorvete chegar às prateleiras por um preço maior do que R\$ 9,00, as perdas serão gerais (ainda mais considerando que o hipermercado "C" lançou marca própria ao preço de R\$ 5,00). Por essa razão, fornecedores e distribuidores procuram elevar sua margem de lucro em detrimento da outra parte, mantendo o preço final.

to protect the good will of the franchise system. But powerful financial incentives may also push the franchisor to use this control for self-gain in a manner that distorts competition and injures the franchisee, efficient suppliers of the franchisee, and consumers" (Grimes, Market definition in franchise antitrust claims: relational market power and the franchisor's conflict of interest, p. 243).

⁽¹⁷⁾ "As long as this inverse association holds, retailers or producers may be injured, but the game is zero sum from the point of view of consumers: Retailers and producers fight to obtain the highest share of revenue from a consumer's purchase, but the end price paid by the consumer remains constant" (Sullivan e Grimes, *The law of antitrust*, p. 300).

Portanto, o conflito interno não acarretará prejuízos aos adquirentes e, conseqüentemente, inexisterão problemas de "eficiência", numa visão tipicamente chicaguiana. Neste caso, o eventual dano para os consumidores não derivará da elevação dos preços, mas do *desestímulo à inovação e à entrada de novos agentes econômicos naquele segmento de mercado*.

Essa diversidade de propósitos, aliada ao oportunismo (busca da satisfação do "auto-interesse com avidez"),¹⁸ pode dar origem ao chamado "moral hazard", ou seja, a um comportamento contratual "da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo à(s) sua(s) contraparte(s)".¹⁹ Passemos a analisar as principais arenas em que esse conflito costuma desenrolar-se.

2.4 Conflito no estímulo à concorrência intramarca

Há casos em que o desestímulo à competição intramarca é interessante para o fornecedor e seus distribuidores.²⁰ Mas, em outros, o fomento a essa disputa trabalha em prol do fornecedor e em detrimento dos distribuidores, porque a rivalidade tende à redução dos preços e à maior preocupação com a qualidade do produto ou do serviço prestado.

Consideremos um distribuidor que é o *único* vendedor das canetas da renomada marca A em determinado bairro de São Paulo. A partir do momento em que outro distribuidor ali se instala, diminuirão as vendas do primeiro (e, espera-se, também seus

⁽¹⁸⁾ Elizabeth Farina et alii, *Competitividade: mercado, estado e organizações*, p. 41.

⁽¹⁹⁾ Idem, p. 39.

⁽²⁰⁾ V. capítulo oitavo, especialmente itens 8.5, 8.9 e 8.10.

lucros). No entanto, para o fornecedor o estímulo concorrencial pode ter sido extremamente vantajoso, uma vez que:

(i) elevam-se as vendas globais do produto. *Dois distribuidores provavelmente venderão em conjunto mais do que se apenas um atuasse naquele mercado.* Os lucros do fornecedor aumentarão, porque maior será a quantidade de produtos escoados;

(ii) força-se uma diminuição no preço das canetas A, útil para enfrentar a concorrência entremarcas (com outras marcas de renome); afinal, o revendedor disputará clientela com outra loja que comercializa canetas A;

(iii) essa redução dos preços finais não implica baixa no faturamento do fornecedor. Ou seja, o fornecedor ganha mercado sacrificando os lucros do distribuidor.

O sistema de distribuição de veículos automotores no Brasil, disciplinado pela Lei Ferrari, dá-nos um exemplo interessante que pode ser resumido *grossa modo*: as montadoras fornecem os carros para os concessionários que, por sua vez, revendem-nos aos consumidores finais. Teoricamente, o lucro da montadora já teria sido auferido quando da alienação para o distribuidor. Isso não significará, contudo, que para ela seja indiferente o preço praticado pelo concessionário, *porque quanto mais o produto for atraente para os compradores, maiores as vendas e, conseqüentemente, o escoamento da produção.* Essa situação leva a montadora a ter interesse no estímulo da disputa intramarca, que forçará a oferta de preços e condições de pagamento mais vantajosas para os consumidores ao mesmo tempo em que preservará a sua margem de lucro.

É evidente que os preços da montadora não serão fixados arbitrariamente, tendo em vista que (i) não lhe é em princípio interessante a falência do concessionário e (ii) deve preocupar-se com a concorrência entremarcas, viabilizando uma atuação eficiente do concessionário. Mas também é claro que a fabrican-

te prefere que a luta concorrencial seja vencida usando-se as armas (i.e., sacrificando-se o lucro) dos distribuidores.

Quando a Lei Ferrari foi inicialmente promulgada, atribuía as montadoras o poder de estabelecer os preços de revenda que seriam praticados pelos concessionários. Diferentemente do que possa parecer em um primeiro exame, a modificação legislativa de 1990 (que suprimiu esse direito) não atuou contra os propósitos das montadoras, muito pelo contrário. Se a competição entre os concessionários é arrefecida pela imposição de um padrão para toda a rede, a montadora é lesada porque não pode lançar mão do instrumento da rivalidade intramarca para forçar a diminuição dos preços dos veículos sem prejudicar seus lucros de forma direta. Em suma, a inexistência de uniformidade (i.e., a concorrência intramarca) impele o concessionário à redução de seus ganhos, auxiliando a montadora a conquistar melhores condições na competição entremarcas.

2.5 Conflito na imposição de preços de revenda

Ao contrário do que muitos dizem, o interesse do fornecedor não se esgota no momento da venda do produto para o distribuidor. Em várias situações é necessário controlar as vendas finais, garantindo que o comportamento oportunista dos integrantes da rede não entravar a produção.

Uma dessas formas de controle, como veremos no capítulo quarto,¹¹⁰ é a imposição do preço máximo de revenda para limitar os patamares que serão praticados na venda ao consumidor. Se essa fixação se der em um nível competitivo, pode ser que os objetivos dos distribuidores e do fornecedor coincidam, uma vez que será estabelecido um valor adequado.

¹¹⁰ Em especial, itens 4.3 e 4.9.

No entanto, a fixação do preço pelo fornecedor poderá acontecer em gabarito demasiadamente baixo se comparado ao de mercado, com o sacrifício de parcela de lucro do distribuidor. Mais uma vez, o fornecedor poderá conquistar mercado entremarcas pondo em risco o proveito do distribuidor.

O sacrifício do lucro do distribuidor poderá verificar-se, inclusive, quando se tratar de mera sugestão de preços. Muitas vezes, a tendência do mercado intramarca é a prática de preços “mais ou menos parecidos” com essa “indicação”, ainda mais quando os consumidores têm ciência dos valores sugeridos.²²

2.6 Conflito na quebra dos territórios

Dissemos que no aspecto geográfico o fornecedor tende a pautar sua estratégia considerando a *totalidade do mercado em que atua*, ao passo que os distribuidores geralmente importam-se com área mais restrita, coincidente com a sua região de atuação. Dependendo da situação conjuntural, mostra-se uma operação profícua para o fornecedor introduzir um número maior de distribuidores em determinada área, prejudicando aqueles ali já instalados mediante o aumento do grau de concorrência intramarca. Mas, para o distribuidor, a presença do segundo revendedor significa redução das vendas. Diminuirão os lucros porque menor será o volume escoado.

2.7 Temor de grandes distribuidores

O fornecedor pode desejar a pulverização de sua rede para não ficar nas mãos de poderosos distribuidores, sendo-lhe, por-

tanto, conveniente limitar o seu desenvolvimento. Bem anotam Areeda e Kaplow que o fabricante “might fear that it would become unduly dependent on a few super-efficient dealers who could either change their allegiance to its detriment or, by threatening to do so, bargain for a greater share of the brand’s profits”.²³

É possível que a estratégia do fornecedor seja relacionar-se com distribuidores com pouco poder de barganha, facilitando a imposição de sua linha comercial; a situação de dependência econômica do distribuidor pode interessar ao fornecedor na medida em que maiores serão as vantagens obtidas durante as negociações. Agentes econômicos de grande porte tendem a estabelecer com o fornecedor uma relação de “dupla dependência”, e não se manterem em posição de sujeição.

2.8 Conflito na aquisição de estoques mínimos

É prática corrente os contratos de distribuição estabelecerem a obrigatoriedade da aquisição de estoque mínimo de produtos, determinado pelo fornecedor. A *racionalidade* primeira de tal dispositivo está ligada à *eficiência* do sistema como um todo: é preciso que o distribuidor disponha de quantidade de mercadorias tal para bem servir o consumidor. Por conseguinte, no processo de cálculo de suas previsões, ambas as partes podem legitimamente assumir que essa cláusula será utilizada para manter uma reserva que atenda plenamente às necessidades de um *eficiente* escoamento.

Entretanto, a partir do momento em que o revendedor é *obrigado* pelo fornecedor a adquirir os bens, fará todo o possível para

⁽²²⁾ V. capítulo quarto, item 4.4.

⁽²³⁾ Areeda & Kaplow, *Antitrust analysis – Problems, text, cases*, p. 633.

desová-los, mesmo sacrificando o lucro normalmente esperado. Afinal, melhor recuperar parte do “prejuízo” do que amargá-lo inteiramente. O fornecedor, consciente dessa realidade, *força* a aquisição de quantidade superior à necessária, porque com isso aumentará suas vendas em detrimento dos ganhos do distribuidor. Resumindo: para o concessionário, o estoque acima da linha da eficiência significa prejuízos; para o fornecedor, lucros.

2.9 Conflito na aquisição de outros bens ou serviços não relacionados com o objeto principal da distribuição

O fornecedor pode aproveitar o poder relacional sobre o distribuidor para impingir-lhe a aquisição de várias mercadorias e serviços não desejados. Essa prática mostra-se proveitosa e juridicamente eficiente²⁴ quando impede o comportamento oportunista do distribuidor e força um melhor desempenho perante o consumidor. Contudo, também pode denotar uma maneira de o fornecedor obter a venda de determinados produtos ou serviços, com as vantagens apontadas no item anterior.²⁵

2.10 Conflito na proibição de abastecimento paralelo de peças de reposição

No sistema de distribuição de produtos que exigem posterior assistência técnica, os fornecedores costumam impor contratualmente a proibição da compra de peças de reposição de

⁽²⁴⁾ Sobre a noção de eficiência jurídica, v. capítulo décimo terceiro, em especial itens 13.8 e 13.9.

⁽²⁵⁾ V., a esse respeito, Grimes, Market definition in franchise antitrust claims: relational market power and the franchisor's conflict of interest, p. 259.

terceiros que as fabricam por encomenda.²⁶ A operação, por determinação do concedente, deve ser necessariamente triangular: os terceiros vendem as peças para o fornecedor que, por sua vez, revende-as para os distribuidores; o preço praticado pelo fornecedor aos distribuidores é geralmente superior àquele que seria cobrado se a compra fosse direta, porque o fornecedor obtém lucro nessa transação.

Os distribuidores estão obrigados à compra porque *precizam* prestar a assistência técnica. Em vista disso, para eles (e para os consumidores) interessaria muito mais se os bens fossem obtidos diretamente dos terceiros, impedindo a imposição de uma dupla marginalização. Para a fornecedora, é atraente forçar o distribuidor a adquirir as peças por seu intermédio, realizando aí certo lucro. Mais uma vez, o ganho da concedente implica prejuízo do concessionário.²⁷

2.11 A cobiça pelo mercado do produto distribuído

É possível que, durante anos a fio, o distribuidor dedique-se à conquista de consumidores para a marca que comercializa. No primeiro capítulo, discorremos sobre as dificuldades de instalação em um novo mercado, destacando que a adoção do sistema de vendas indiretas acaba transferindo parte (ou a quase totalidade) dos custos dessa entrada para o revendedor.

⁽²⁶⁾ A restrição de comercialização, baseada nos direitos de propriedade industrial, costuma ser contratualmente imposta tanto ao terceiro fabricante quanto ao distribuidor.

⁽²⁷⁾ Como explicado no capítulo quinto, itens 5.8 e 5.9, o Regulamento 1.400, de 2002, procura coibir essa prática, permitindo que os concessionários (e prestadores de serviços independentes) adquiram diretamente as peças sobressalentes daqueles que as produzem sob ordens dos concedentes.

Se esse comerciante obtiver sucesso em seu empreendimento, o mercado desbravado poderá despertar a cobiça do fornecedor. Lembremo-nos ser comezinha nos contratos a obrigação de o distribuidor transmitir informações precisas sobre o mercado e suas atividades. Movendo-se com a racionalidade típica do homem econômico, e ciente de dados sobre a praça e sua dinâmica comercial, para o fabricante poderá interessar a apropriação da margem de comercialização do distribuidor. Uma vez aberto o mercado, qual a vantagem para o dono da marca de manter o distribuidor, quando poderia ele mesmo auferir diretamente o lucro do revendedor?

O conflito de interesses atingirá o seu ponto máximo: a uma parte mostrar-se-á conveniente simplesmente *eliminar a outra para apropriar-se do mercado*.

Tem-se visto que essa estratégia é bastante comum na distribuição de marcas estrangeiras. Uma empresa nacional luta e conquista mercado; o estrangeiro, dando-se conta do resultado atingido, apropria-se da *market share*, passando por cima dos direitos do distribuidor. Em países onde o sistema jurídico não atribui a devida proteção aos distribuidores, *o comportamento oportunista do estrangeiro acaba sendo incentivado, em desfavor do funcionamento do mercado*.

2.12 A cobiça pelo mercado de prestação de serviços pós-venda

Em mercados nos quais os consumidores dependem de serviços pós-venda altamente especializados, o fornecedor pode pretender a apropriação do mercado de prestação explorado pelo revendedor.

Consideremos, por exemplo, uma rede de distribuição de máquinas sofisticadas para oftalmologia que requer a prestação

de serviços de assistência técnica e manutenção por pessoal treinado, efetuada pela rede autorizada de revendedores.

Uma vez “capturado” o consumidor (que adquiriu um bem de elevado valor), recomenda a prudência que se valha dos serviços dos revendedores treinados. Mas à fornecedora pode interessar a detenção direta desse mercado, inclusive para explorar o consumidor, auferindo diretamente (ou por intermédio de empresa ligada) os lucros decorrentes da imposição de preços “monopolistas” para os serviços pós-venda.

2.13 Interesse do fornecedor em cimentar uma rede de distribuição para impedir sua utilização por concorrente

Quando há uma operação de concentração no mercado entremarcas, a duplicidade de redes de distribuição existente pode ser ineficiente; além disso, é possível que o novo controlador busque não apenas a dispensa de um desses canais de escoamento da produção, mas seu verdadeiro aniquilamento para que nenhum fabricante de produto semelhante dele se utilize. Outro exemplo bastante comum: *A e B* (sediados no exterior) produzem maquinário sofisticado para exames de ultrassonografia e cada qual possui sua rede de distribuição no Brasil. *C*, também fabricante estrangeiro, ainda não atua no mercado nacional. *A* adquire o controle acionário de *B*; a manutenção da rede de distribuição de *B* não lhe interessa (seria apenas uma ineficiente duplicação de esforços). Mas, além disso, *A* não quer deixar aberto o canal de distribuição, o que ocorreria caso, simplesmente, dispensasse os antigos revendedores de *B*. Não apenas romperá os contratos, mas buscará eliminar os agentes econômicos revendedores do mercado. Poderá estrangulá-los economicamente e/ou comprá-los; assumir seus dirigentes como empregados, impondo-lhes cláusulas de não concorrência por determinado pe-

ríodo de tempo. Os antigos revendedores de *B* não poderão servir a *C*, aumentando os custos de entrada no mercado brasileiro. O canal de distribuição não é apenas descartado, mas cimentado. Por conta disso, entre nós são inúmeros os conflitos entre a rede de distribuição e a empresa adquirente do controle societário da antiga fornecedora.

2.14 As redes de distribuição e os interesses nela envolvidos

No primeiro capítulo, constatamos que o contrato de distribuição é bilateral, mas é freqüente o estabelecimento de uma *rede de distribuidores* que instala verdadeira teia contratual. Cada distribuidor mantém uma relação apartada com seu fornecedor mas, no caso de pluralidade de distribuidores, esses contratos e seus efeitos influenciar-se-ão mutuamente. Ou seja, a rede de distribuição é aquela que une um fornecedor (integrador) a uma pluralidade de distribuidores (distribuidores integrados), composta de vários contratos-quadro principais ligados a acordos de aplicação, todos onerosos e celebrados para organizarem a revenda dos produtos e/ou o fornecimento de serviços,²⁸ normalmente a consumidores finais.

A idéia de rede de distribuição está associada a um *conjunto de contratos de concessão* unidos por um escopo comum; o todo

(28) Para Amiel-Cosme (*Les réseaux de distribution*, p. 8) "le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final".

é divisível, visto que é perfeitamente possível destacar uma avença da outra, com execuções independentes. A figura que melhor caracteriza a situação de uma rede de distribuição é a de um círculo, que tem o pivô no fornecedor, cobrindo a distribuição do produto no tempo e no espaço.²⁹

Os concessionários mantêm interesses comuns e outros conflitantes. O *interesse comum* gira em torno da melhor penetração da marca e da obtenção de condições negociais proveitosas em relação ao fornecedor – o que se alcança com menores dificuldades quando há a negociação em bloco. Autores franceses chegam a falar em *affectio cooperandi* entre os distribuidores.³⁰ É intuitiva a constatação de que todos eles unidos logram conseguir vantagens mais facilmente do que se negociarem de forma separada. No entanto, tal como acontece nos cartéis, a lealdade ao grupo é relativa e a tentação de quebra da unidade costuma ser forte e gerar discriminações.

Caso haja concorrência entre os distribuidores, o interesse em conquistar a clientela do outro conviverá com o escopo comum anteriormente apontado, criando uma situação jurídica e fática bastante complexa. Por exemplo, ao mesmo tempo em que os concessionários de automóveis atuam em bloco nas negociações com a montadora e na defesa de seus interesses, procuram invadir a área atribuída ao outro e nela capturar clientes.

Conforme a estratégia adotada, o fornecedor pode conservar uma política para o *bloco* de contratantes, evitando discriminações. Todavia, às vezes é interessante estimular a concorrência intramarca para forçar os distribuidores a diminuírem sua

(29) Belar-Touchais e Virassamy, *Les contrats de la distribution*, p. 462.

(30) Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, p. 131.

margem de lucro e, conseqüentemente, os preços finais praticados, como já explicamos.

Em suma, a tensão latente e o bifrontismo de interesses (coincidentes ou conflitantes) estão presentes não só no vínculo entre fornecedor e distribuidores, mas também *entre os próprios distribuidores*.