

OBRAS DA AUTORA

- O Estado, a empresa e o contrato.* Com Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros (no prelo).
- Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: RT, 1998.
- Sociedade por ações.* Jurisprudência. Casos e comentários. Com Paulo de Lourenço Messina. São Paulo: RT, 1999.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula A.
Contrato de distribuição / Paula A. Forgioni. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2646-3

1. Contratos de distribuição 2. Contratos de distribuição - Brasil I. Título.

04-7528

CDU-347.75:658.8

Índices para catálogo sistemático: 1. Contratos de distribuição : Direito civil 347.75:658.8

PAULA A. FORGIONI

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

BIBLIOTECA
LILLA, HUCK, OTRANTO, FARIAS
E MESSIMA ADVOGADOS

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

O capítulo décimo estuda a repressão ao abuso da dependência econômica pelo direito concorrencial brasileiro, passando pela tortuosa questão da definição do mercado relevante nos acordos verticais, um dos temas hoje mais discutidos no momento tanto na Europa quanto nos Estados Unidos.

O capítulo décimo primeiro trata da disciplina da relação entre fornecedores e distribuidores no contexto do novo Código Civil. Eventual potestatividade de cláusulas contratuais, abuso de direito (e parâmetros para a aplicação do art. 187), modificação e prorrogação coativa da avença e lesão.

No capítulo décimo segundo, iniciamos a investigação do término da relação contratual entre fornecedor e distribuidor. É feita extensa resenha da jurisprudência nacional, bem como analisados os efeitos do rompimento sob o prisma da legislação antitruste e do direito comercial.

O capítulo décimo terceiro é dedicado à análise do processo interpretativo dos contratos de distribuição, conforme a moderna doutrina européia. É efetuado o resgate de institutos tradicionais do direito comercial como causa, boa-fé e proteção da legítima expectativa da contraparte, ao mesmo tempo em que estudamos a racionalidade jurídica e a racionalidade econômica.

Por fim, no capítulo décimo quarto, tratamos do fenômeno conhecido como *buyer's power*, ou poder de compra, ligado à dependência econômica dos fornecedores.

1

A CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: FUNÇÃO ECONÔMICA E DISCIPLINA JURÍDICA

SUMÁRIO: 1.1 Venda direta ou indireta? – 1.2 Os instrumentos jurídicos da venda indireta: os acordos verticais – 1.3 Os contratos de distribuição. A interpenetração entre direito concorrencial e direito contratual na definição dos contratos de distribuição – 1.4 O ponto de partida brasileiro para a definição dos contratos de distribuição: o trabalho de Champaud, referido no pioneiro estudo de Rubens Requião – 1.5 A consideração do funcionamento do contrato de distribuição pela doutrina e o talho de uma definição condizente com a atual realidade – 1.6 Os contratos de distribuição como contratos relacionais – 1.7 Os contratos de distribuição como contratos-quadro – 1.8 A jurisprudência brasileira e a definição dos contratos de distribuição – 1.9 As lições do Recurso Extraordinário 78.051 – 1.10 O conceito de contrato de distribuição e a jurisprudência brasileira – 1.11 Os contratos de distribuição na Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”) – 1.12 Necessária interpretação restritiva da Lei Ferrari – 1.13 Distinção entre o contrato de distribuição e outras figuras jurídicas – 1.14 Contrato de distribuição e representação comercial – 1.15 Contrato de distribuição e contrato de sociedade/contrato plurilateral – 1.16 Contrato de distribuição e contrato de fornecimento – 1.17

Contrato de distribuição e contrato de franquia – 1.18 Contrato de distribuição e contrato de comissão mercantil – 1.19 Contrato de distribuição e contrato estimatório – 1.20 O novo Código Civil e a disciplina dos contratos de concessão comercial (distribuição) – 1.21 Proposta de definição dos contratos de distribuição.

1.1 Venda direta ou indireta?

A prática comercial demonstra que o sucesso de um produto depende, em boa parte, de promoção adequada e de uma eficiente rede de distribuição, que abarque toda a região com potencial de comercialização. Sem a chegada do bem ao consumidor, é possível que de nada adiante a sua qualidade ou mesmo o preço conveniente.¹ Por essa razão, é cada vez maior a atenção que as empresas dispensam ao sistema de escoamento da sua produção, buscando otimizar seus resultados mediante a escolha do melhor método disponível. Nessa linha, um vasto leque de opções se apresenta.

A primeira delas é que a própria empresa cuide da distribuição da mercadoria, colocando-a diretamente junto ao consumidor. Trata-se da chamada *venda direta*. As funções inerentes à comercialização estão a cargo do produtor ou de sujeitos que dele dependem diretamente (por exemplo, empregados).

Mas o agente econômico poderá, ainda, buscar a colaboração de *outros empresários* para a venda, aproveitando eventuais

(1) “Il ne suffit pas de produire, il faut encore vendre”, diz Virassamy na obra *Les contrats de dépendance*, p. 45. Sobre a mesma questão, v. Giorgio Barbieri e Aldo Frignani, *Contratti della distribuzione*, p. 193.

sinergias (*venda indireta*). Essa alternativa pode ser especialmente vantajosa em se tratando de empresas que não conhecem as particularidades do mercado em que atuarão, como ocorre nos casos de contratos internacionais de distribuição.² Com a adoção do sistema de vendas indiretas, os investimentos a serem efetuados pelo empresário diminuem, na medida em que grande parte das despesas com a distribuição será assumida pelos integrantes da rede.³ A relação bipolar (fabricante/adquirente), típica das vendas diretas, torna-se triangular na venda indireta (fabricante/distribuidor-intermediário/adquirente).⁴

- (2) Juracy Parente explica alguns problemas enfrentados pelos estrangeiros para realizar a *venda direta* em nosso mercado: “[A]s dificuldades são muitas. Além de precisarem divulgar uma marca desconhecida, estas empresas têm que formar uma rede de fornecedores confiáveis, conseguir executivos brasileiros para postos-chave, adaptar seu o conceito original à cultura local. Um escorregão no *mix* de produtos, por exemplo, pode comprometer o giro de estoques – ou até virar piada” (*Varejo no Brasil*, p. 16).
- (3) Valentine Korah, em conhecida obra europeia sobre os contratos de distribuição, aponta as seguintes razões pelas quais os fabricantes são impelidos ao sistema de vendas indiretas: (i) firmas extremamente grandes podem produzir “ineficiências de escala” que comprometem sua administração e seus resultados (v., também a esse respeito, Coase, *The nature of the firm*, p. 42-43); (ii) o fabricante que distribui diretamente seus produtos pode ser obrigado a lidar com um mercado que não conhece e, conseqüentemente, a encarar despesas necessárias à adaptação; (iii) pequenas empresas, com menos recursos disponíveis, podem enfrentar problemas para criar uma rede própria de distribuição; e (iv) em muitos países, as leis trabalhistas oneram os fabricantes, que preferem terceirizar algumas atividades (*Exclusive distribution and the EEC competition rules*, p. 4-5).
- (4) Virassamy refere-se a relações bipolares para venda direta, e triangulares para a venda indireta (*Les contrats de dépendance*, p. 45).

Nessa linha, valemo-nos dos ensinamentos de Sérgio Roberto Dias⁵ para apontar as variáveis geralmente consideradas pelo agente econômico ao optar entre distribuir ele próprio seus produtos ou, ao contrário, utilizar-se de outros agentes para a venda dos bens. Despiciendo frisar que esses fatores influenciarão a análise do contrato de distribuição, porque poderão pautar sua interpretação, relacionando-se com a função econômica do negócio:⁶

a) *necessidade e disponibilidade de recursos*: a criação de uma estrutura própria de distribuição pode significar investimento relevante para a empresa. Quanto maiores forem os recursos disponíveis, maiores serão as possibilidades de instalação de um sistema próprio;

⁽⁵⁾ Sérgio Roberto Dias parte do pressuposto de que, em certos casos, a distribuição direta seria mais conveniente para o agente econômico porque viabilizaria um maior contato entre o produtor e o consumidor: “[L]embre-se de que quanto mais próximo o produtor estiver do consumidor final/usuário tanto melhor para ele, dado que terá mais flexibilidade no uso de margens e preços, melhores informações sobre o mercado e melhor controle sobre a vida, desempenho e imagem de seu produto” (*Estratégia e canais de distribuição*, p. 41). E ainda “quanto mais curto for o trajeto do produto, do fabricante ao consumidor, melhor. Isto porque quanto menor for o número de transações nesse fluxo maior será o ‘espaço’ de margem bruta do fabricante, o que poderá permitir-lhe oferecer preços mais agressivos, menores e, portanto, mais rapidamente ampliadores de parcela de mercado (*market share*). Assim, o custo final do produto, para o consumidor, poderá deixar de incorporar toda ou parte das margens que os intermediários eliminados do sistema deixariam de adicionar ao preço do produto” (*Estratégia e canais de distribuição*, p. 43).

⁽⁶⁾ Vide capítulo décimo terceiro, sobre a interpretação do contrato de distribuição.

b) *tamanho médio do pedido ou valor unitário do bem*; se o valor do bem é alto, ou se o tamanho médio do pedido também é elevado, a venda direta pode mostrar-se mais adequada, pois mais “fácil e viável será embutir, num ou noutra, o custo da venda direta”.⁷

c) *número de produtos de linha*: um maior número de produtos de linha implica vantagens da venda direta em virtude do melhor rateio de custos, poder de barganha etc.;

d) *bens industriais ou bens de consumo*: os bens industriais prestam-se melhor à venda direta, por demandarem menor grau de capilaridade na distribuição. Adicionalmente, a identificação do mercado comprador é facilitada, viabilizando que a comunicação entre fabricante e adquirentes tenha menos ruídos. O processo de aquisição é eminentemente racional, com ênfase no preço, na tecnologia, desempenho e serviços pré e pós-venda. Já os bens de consumo podem envolver compras “por impulso” e demanda geograficamente dispersa, impelindo o fabricante à venda indireta (porque os custos da distribuição costumam ser elevados em virtude da necessidade de se manterem vários pontos-de-venda com serviço apto a estimular e captar o impulso do consumidor);

e) *percebibilidade*: como os produtos perecíveis costumam demandar distribuição capilarizada em virtude da dispersão geográfica da demanda, acabam sendo comercializados por vendas indiretas;

f) *margem de lucro*: a alta margem de lucro obtida na venda do produto tende a levar o fabricante à opção pela distribuição direta;

g) *necessidade de estocagem*: como a necessidade de manter estoque eleva os custos da distribuição, o sistema de vendas

⁽⁷⁾ Sérgio Roberto Dias, *Estratégia e canais de distribuição*, p. 41.

indiretas pode forçar a divisão desse investimento entre fornecedor, de uma parte, e distribuidores, de outra;

h) *situação do ciclo de vida do produto*: diz Sérgio Dias: “um produto, em seu estágio de introdução e crescimento de vendas, poderá merecer uma distribuição direta, optando-se pela indireta num estágio em que a demanda seja grande e crescente a tal ponto que a justifique. Neste momento, o produtor, provavelmente, estará mudando sua estratégia de margem para giro, abrindo mão também de parte do controle sobre a operação e a imagem do produto (transferido para o intermediário)”;⁸

i) *número de clientes e sua concentração em cada segmento*: o maior número de clientes poderá levar à necessidade de uma rede capilarizada de distribuição. Ademais, a abordagem de mercados dispersos acarretará investimentos de vulto para a realização de uma venda direta;

j) *serviços necessários ao consumidor*: bens de alta complexidade podem demandar venda direta, devido à obrigação de prestação de assistência técnica pelo produtor; outros (como eletrodomésticos) sugerem a adoção do sistema indireto de distribuição;

k) *métodos empregados pela concorrência e intensidade da competição*: geralmente, do ponto de vista da eficiência econômica, é conveniente para o agente imitar os métodos de distribuição adotados com sucesso pelos concorrentes. Sob o aspecto jurídico, a incorporação de tal estratégia pode dar forma a um sistema de distribuição muitas vezes restritivo da concorrência e prejudicial aos consumidores, ao impedir o acesso de canais de distribuição a outras empresas que atuam no mesmo mercado.

⁽⁸⁾ *Estratégia e canais de distribuição*, p. 42.

Questão interessante é saber se a distribuição efetuada por intermédio de uma sociedade controlada deve ser considerada venda direta ou indireta. Alguns autores entendem que, embora a venda seja realizada pela controlada (i.e., por uma pessoa jurídica distinta da produtora), deve ser tomada como direta, na medida em que a “independência jurídica formal não corresponde a uma situação de independência econômica”.⁹ Em nossa opinião, o que diferencia a venda direta da indireta é o grau de independência entre as partes: é importante que, em cada caso concreto, seja visto se o fabricante compartilha ou não o controle da sociedade “subordinada”. Casos há em que, embora haja uma situação de controle formal, o poder de comando interno da controlada é dividido entre mais de um agente econômico. Nessas hipóteses, o reconhecimento da venda como indireta pode ser fundamental para evidenciar eventual aproveitamento do sistema de distribuição pela sociedade que, no seio da controladora, participa do poder de controle.

1.2 Os instrumentos jurídicos da venda indireta: os acordos verticais

Para assegurar o estabelecimento de um sistema de vendas indiretas, o agente econômico utiliza os acordos que são chamados “verticais”, tanto pelos especialistas em organização industrial, como pelos estudiosos do direito concorrencial.¹⁰ Esses acordos assumem diversificadas formas jurídicas, mas têm sua

⁽⁹⁾ Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, p. 3.

⁽¹⁰⁾ Na Europa, no final de 1999, abandonaram-se os Regulamentos que tratavam da isenção em bloco ou por categoria para determinados contratos de distribuição e de fornecimento exclusivo (Regulamentos 1.983 e 1.984, ambos de 1983), para se adotar ape-

função econômica centrada ou no *escoamento da produção* ou no *fornecimento de matérias-primas ou produtos*, conforme analisados sob a ótica do vendedor ou do adquirente, respectivamente.

Iniciemos por situar os acordos verticais no quadro geral do direito concorrencial. Segundo tradicional classificação antitruste, os atos dos agentes econômicos são apartados em (i) acordos, (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações. Os acordos, por sua vez, dividem-se em horizontais e verticais.¹¹ Nos acordos verticais, são destacadas as “restrições verticais”,¹² independentemente do tipo de contrato que as encerra. Sob a perspectiva do direito concorrencial, as restrições verticais nada mais são do que estipulações contratuais geralmente inseridas nos chamados contratos *da* distribuição (distribuição, franquia, agência ou representação comercial, comissão e outros que viabilizam o escoamento da produção)¹³⁻¹⁴ que limitam a liberdade de atuação do distribuidor ou fornecedor.

nas um diploma, que engloba as restrições típicas dos acordos verticais (Regulamento 2.790, de 1999).

- (11) A empresa é considerada “integrada verticalmente” quando “it performs for itself some function that could otherwise be purchased on the market”. A doutrina aponta três formas mediante as quais a integração vertical costuma ocorrer: (i) atuação direta no novo mercado; (ii) aquisição de outra empresa que já atuava no novo mercado; ou (iii) celebração de acordos verticais de longa duração com agentes do novo mercado (Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, p. 369).
- (12) Por exemplo, exclusividade, vendas casadas, divisão de mercado e controle sobre os preços de revenda.
- (13) É preciso não confundir a expressão *contratos da distribuição* com *contrato de distribuição*. A primeira, como anota a doutrina italiana, identifica determinada categoria de contratos cuja função econômica é aquela de “organizzare e curare lo smercio dei

O grupamento dos acordos verticais em uma só categoria deriva da *possível identidade de efeitos que eventualmente produzem sobre o mercado*.¹⁵⁻¹⁶ São, pois, *aqueles celebrados entre*

prodotti di un fabricante in un dato territorio” (Fabio Bortolotti, *Concessione di vendita*, p. 222). Assim, os contratos *da* distribuição (categoria econômica e não jurídica, segundo o mesmo autor), abrangem não apenas os contratos de concessão comercial, como também os de representação e a comissão mercantil. Roberto Baldi, por sua vez, define os contratos da distribuição como aquele “insieme di quei rapporti con i quali intermediari professionisti collaborano in forma stabile e continuativa con l’industriale per la distribuzione dei suoi prodotti, costituendo l’anello di congiunzione tra il produttore ed il consumatore” (*Il contratto di agenzia*, p. 1). Por sua vez, o contrato *de* distribuição, como veremos adiante, coincide com a concessão comercial sendo, portanto, um dos contratos *da* distribuição.

- (14) Nessa ótica, Jorge Lobo explica que esses contratos da distribuição têm todos um ponto em comum: “Expandir a rede de distribuição de produtos e serviços em diferentes zonas geográficas com reduzidos custos, a fim de propiciar ao industrial, ao comerciante e ao prestador de serviços maior participação no mercado e maior rentabilidade” (*Contrato de “franchising”*, p. 1).
- (15) No Brasil, de acordo com a sistemática do art. 20 da Lei 8.884, de 1994, a definição da ilicitude não se faz pela classificação da prática *a priori* como um determinado tipo legal, mas pela *verificação de seus efeitos anticoncorrenciais, atuais ou potenciais*. Não é necessário classificar o ato, subsumindo-o a certa categoria, para que possamos concluir sobre sua licitude ou ilicitude. *Sempre, e acima de tudo, devemos analisar os resultados sobre o mercado, sobre a concorrência*. A exceção é a identificação da existência de eventuais isenções em bloco, quando se faz importante perquirir a subsunção do negócio ao tipo isentado. Essa questão será analisada no capítulo terceiro.
- (16) Alguns dos conceitos de direito concorrencial vistos acima são

agentes econômicos que se situam em diferentes estágios da cadeia produtiva, que vai desde a extração da matéria-prima até a colocação do produto junto a seu adquirente final. Quando se fala de acordos verticais, lida-se com uma imaginária linha que nos conduz, desde a extração da matéria-prima, das várias fases da produção e comercialização, até o consumidor final.¹⁷ O Regulamento europeu 2.790, de 1999, que disciplina os aspectos concorrenciais dos acordos verticais na União Européia, assim os define: “Acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços”.

extremamente fluidos, sem um significado determinado – como quase sempre ocorre em matéria antitruste. Ao mesmo tempo, a caracterização da ilicitude não é determinada pela *natureza jurídica do contrato*, mas sim pelos *efeitos* que são capazes de produzir (ou que efetivamente produzem) sobre o mercado, afetando a concorrência. No direito concorrenciais, o árduo trabalho de precisão dos tipos jurídicos de certa forma cede espaço para a preocupação com os *resultados* das práticas; as noções acabam sendo geralmente construídas sobre *elementos concretos*, ligados ao mercado e à dinâmica concorrenciais. Aliás, no direito antitruste, *mais importante do que o ato em si são os efeitos por ela produzidos*.

⁽¹⁷⁾ Ou, nas palavras de Fox e Sullivan, “[v]erticality (...) refers to the imaginary vertical line from extraction of raw materials through the stages of production and marketing to the ultimate consumer” (*Cases and materials on antitrust*, p. 522). No mesmo sentido, Roberto Pardolesi, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, p. 244, e *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, p. 127. V. também Jeremy Lever e Silke Neubauer, *Vertical restraints, their motivation and justification*, p. 7.

Os acordos verticais são celebrados entre empresas que não concorrem entre si, mas mantêm uma relação comercial de fornecimento ou distribuição de mercadorias ou serviços. Apartam-se dos chamados *acordos horizontais*, realizados entre concorrentes, ou seja, que atuam no mesmo mercado relevante. Uma vez que a Lei Antitruste disciplina os acordos verticais, dizemos que se trata da “concorrência entre não concorrentes”.¹⁸

1.3 Os contratos de distribuição. A interpenetração entre direito concorrenciais e direito contratual na definição dos contratos de distribuição

O contrato de distribuição, por corporificar acordo entre o produtor e o(s) distribuidor(es), *é um tipo de acordo vertical*, assim como a franquia, a comissão mercantil, o contrato estimatório e a representação comercial.¹⁹

⁽¹⁸⁾ Mais modernamente, nota-se tendência doutrinária – principalmente na França – de se considerar a distribuição seletiva como *prática antitruste unilateral* e não como *acordo vertical*. Isso transporta o centro da disciplina de controle dos acordos restritivos da concorrência para o da posição dominante e revoluciona a abordagem da matéria. Diminui-se o controle sobre esse tipo de distribuição tendo em vista que, para a sua condenação (em especial no direito europeu), será necessária a comprovação da posição dominante do fornecedor no mercado em que atua. V. Jean-Pierre Viennois, *La distribution sélective*, que colaciona a bibliografia de referência sobre o assunto e, em especial, a respeito dessa posição inovadora. V., também, capítulo quinto deste livro, item 8.

⁽¹⁹⁾ Sobre a história dos contratos de distribuição, v. Philippe Moati, *L'avenir de la grande distribution*, p. 15-119. Vale a consulta a Max Weber, *General economic history*, p. 292 e ss e também

Note-se que essa visão implica certo baralhamento de institutos provenientes de diversas áreas do direito. O conceito de acordo vertical está intrinsecamente ligado ao direito antitruste e mesmo à organização industrial; já o contrato de distribuição encontra suas sementes no direito dos contratos empresariais. A caracterização dos acordos verticais gravita, portanto, em torno dos *efeitos que produzem sobre o mercado*; a do contrato de distribuição, do *relacionamento jurídico das partes*, dos seus *direitos e obrigações*.

Em outras palavras, para o direito concorrencial (e, principalmente, para a Lei Antitruste brasileira), pouco importa que um contrato seja definido como de distribuição ou de representação comercial. O que realmente é levado em conta são os resultados concorrenciais gerados, o impacto sobre o mercado. Por sua vez, será o direito contratual privado que nos dará elementos para caracterizar o contrato de distribuição em si.

Os *acordos verticais* e os contratos *da* distribuição identificam-se na medida em que podemos visualizar um centro comum de suas *funções econômicas: o escoamento da produção pelo sistema de vendas indiretas*. Repita-se, contudo, que, sob o prisma do direito concorrencial, a ênfase recai sobre as restrições verticais (aposições contratuais que normalmente impactam o mercado), enquanto, no direito contratual, o ponto cardeal é o tipo de negócio adotado para o escoamento da produção que dará forma às relações jurídicas (e econômicas) que se estabelecerão entre as partes.

No entanto, esses dois aspectos acabam se interpenetrando tanto no mundo dos fatos quanto no mundo do direito, porque a realidade não é orientada conforme a segmentação da metodologia jurídica.

Philippe Grignon, *Le fondement de l'indénité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, p. 7-12.

Por exemplo, a tipificação de um contrato como de concessão comercial, regido pela Lei 6.729, de 1979 (Lei Ferrari), pode implicar verdadeira isenção antitruste, como se verá no capítulo terceiro. Ou seja, será necessário considerarmos o direito contratual para concluirmos sobre a caracterização ou não do ilícito antitruste.

1.4 O ponto de partida brasileiro para a definição dos contratos de distribuição: o trabalho de Champaud, referido no pioneiro estudo de Rubens Requião

Todos os autores brasileiros que escreveram sobre os contratos de distribuição afirmaram, com razão, tratar-se de um negócio atípico, porque não encontram definição em nosso sistema normativo. Com efeito, falta a disciplina geral dos contratos de distribuição, limitando-se o texto legal a disciplinar a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (Lei 6.729, de 1979).²⁰

Desde o estudo pioneiro de Rubens Requião, na década de 70,²¹ a doutrina nacional vale-se da seguinte lição de Champaud para definir o contrato de distribuição: “Une convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d’un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la

⁽²⁰⁾ No que toca à sua atipicidade, o início da vigência do Código Civil de 2002 não alterou o quadro jurídico do contrato de distribuição: a “distribuição” referida nos arts. 710 e seguintes do CC atrela-se à representação comercial e não se identifica com a concessão comercial, como veremos adiante (cf. item 20 deste capítulo).

⁽²¹⁾ “O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial)”.

surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé”.²²

Note-se que, obviamente, essa definição era adequada à época em que foi talhada, quando as características essenciais do contrato de distribuição ainda estavam sendo reconhecidas pela prática e pela doutrina. Champaud chegou a dizer: “[s]on origine est mal connue. Son avenir est incertain”.²³ O grande modelo era a distribuição no setor automobilístico.²⁴ Atualmente, com a disseminação dos contratos de distribuição pelos mais variados ramos da economia, acreditamos que as lições de Champaud devam ser tomadas como *ponto de partida* para uma definição mais ampla e conveniente à realidade contemporânea. *Alguns atributos que, no passado, foram considerados intrínsecos ao contrato de distribuição, hoje constituem meros elementos acidentais do negócio.* Senão vejamos.

A primeira observação que a realidade impõe diz respeito ao próprio nome do contrato. “Concessão comercial” (ou “concessão de venda”),²⁵ embora bastante referido pela doutrina, não

(22) Claude Champaud, *La concession commerciale*, p. 471.

(23) *La concession commerciale*, p. 453. Entre nós, Fábio Konder Comparato comparou a recepção que o contrato de distribuição recebeu em nosso meio jurídico à chegada de um famoso grupo musical às terras brasileiras, anotando que “[a] sua introdução no país – como a do *leasing* – foi unanimemente saudada como extraordinária invenção de progresso e instrumento de prosperidade, uma espécie de remédio milagroso para todos os nossos males comerciais” (*Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?*, p. 53).

(24) Claude Champaud, *La concession commerciale*, p. 454.

(25) Champaud anota que “[l]e terme de concession est en effet emprunté au droit administratif où il est employé pour désigner

foi de todo incorporado pelos agentes econômicos que, simplesmente, o denominam “contrato de distribuição”, terminologia adotada neste trabalho,²⁶ seguindo aquela utilizada por Orlando Gomes.²⁷ Aqui, chamaremos indistintamente fabricante, fornecedor ou concedente, aquele que vende o produto para o distribuidor, concessionário ou revendedor, que, por sua vez, o adquire com fins de revenda.

Analisemos uma a uma as principais características do contrato de concessão identificadas por Champaud:

(i) *O concessionário é um comerciante que negocia o bem profissionalmente e em caráter não eventual*: em nossos dias, mais que comerciantes, o fabricante e o distribuidor são *empresários*, pois exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de riquezas,²⁸ com o intuito de

un mode d’exploitation de services publics” (*La concession commerciale*, p. 453).

(26) Fábio Konder Comparato, de forma resumida, afirma: “[A] concessão de venda é, exclusivamente, contrato de distribuição de produtos” (*Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?*, p. 53). A Lei 6.729, de 1979, esclarece que a distribuição de veículos automotores efetivar-se-á por meio de *concessão comercial* entre produtores e distribuidores. Talvez, por essa razão, a praxe comercial refira como “contratos de concessão” aqueles sob a égide do citado diploma legal, guardando a expressão “contratos de distribuição” para abarcar os que tratam de outros produtos. De qualquer forma, o art. 2.º, § 1.º, da Lei Ferrari esclarece que, para os fins daquele diploma, “intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário”.

(27) *Contratos*, p. 421.

(28) O art. 966 do novo CC trata da questão, tipificando: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente *ativi-*

obter *lucro* nessas operações, agindo consoante uma *racionalidade* própria à categoria a que pertencem. Portanto, o *contrato de distribuição é um negócio comercial, empresarial*. Mesmo com o início da vigência do Código Civil, deve forçosamente continuar a ser interpretado como tal, de acordo com as premissas implícitas do sistema de direito empresarial.

O fornecedor não é, necessariamente, o fabricante, como bem assinalou Champaud, podendo ser um industrial ou um intermediário do comércio. De fato, devemos considerar contratos de distribuição tanto (a) aqueles celebrados entre o fabricante e o distribuidor master,²⁹ bem como (b) aqueles celebrados entre esse distribuidor e outros agentes econômicos, que também distribuirão o produto no mercado.

O adquirente do bem vendido pelo distribuidor poderá ser tanto um consumidor, tal como entendido pelo art. 2.º do CDC, quanto um terceiro adquirente, que não se subsuma à tal definição legal, ou mesmo um outro distribuidor. Note-se que *a relação estabelecida entre o distribuidor e o adquirente pode ou não constituir um outro contrato de distribuição*: efetivamente, é possível ter a jusante a chamada *distribuição de segundo grau*, ao mesmo tempo em que o distribuidor pode negociar diretamente com pessoa que não adquirirá o bem para revenda.

(ii) *A aquisição pelo concessionário é efetuada para a revenda*: nesse ponto está a grande nota distintiva dos contratos de distribuição, apontada por Champaud e amplamente adotada por

dade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

⁽²⁹⁾ Ou seja, o distribuidor único que, posteriormente, venderá o bem a outros distribuidores que o fará chegar ao consumidor final.

nossas doutrina e jurisprudência: o distribuidor não faz a intermediação ou agência vendas, ao contrário do que ocorre com o representante comercial. *Acquire o bem e revende-o, tirando seu proveito econômico do eventual lucro auferido (= margem de comercialização)*. Por esse motivo, dizem os especialistas em direito concorrencial que "[t]he margin earned by the dealers is, therefore, an additional cost borne by the producer which must be met from the price charged to the consumer".³⁰ *O bem passa do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para o terceiro adquirente*. Não é distribuidor quem adquire para uso próprio.

(iii) *Ao distribuidor é assegurado um monopólio de revenda*: para Champaud, o monopólio de revenda é o que conhecemos modernamente como *exclusividade territorial*. Assim, nos contratos de distribuição seria ela sempre garantida, de sorte que nenhum outro comerciante poderia vender para os consumidores situados em certa área. O entendimento desse monopólio de revenda ou exclusividade como uma característica intrínseca do contrato suscita algumas questões relevantes.

Primeiramente, nem sempre é assegurada exclusividade ao distribuidor. Lograr obter essa garantia dependerá, inclusive, do seu poder econômico em face do fornecedor. Este pode decidir (e geralmente o faz) reservar no contrato a possibilidade de incitar a concorrência dentro de sua rede (indicando outro para atuar na área já ocupada por um distribuidor), ou mesmo efetuar vendas diretas. Posto isso, pergunta-se: por se ter garantido ao fabricante esse poder, estaria descaracterizado o contrato de distribuição? Entendemos que não; a exclusividade (ou o monopólio de venda, como quer Champaud) *não é*

⁽³⁰⁾ Korah e Rothnie, *Exclusive distribution and the EEC competition rules*, p. 10.

elemento característico do contrato, embora muitos deles apresentem essa particularidade.³¹⁻³²

A Lei 6.729, de 1979 (Lei Ferrari), teve que lidar com essa questão, equacionando-a da seguinte forma: determinou, em seu

⁽³¹⁾ A opinião de Fabio Bortolotti é em idêntico sentido: “[T]uttavia, sono numerosi i casi in cui, pur rimanendo eguali gli altri aspetti del contratto, manca la clausola di esclusiva, limitandosi il distributore a godere di una generica posizione di privilegio, derivantegli dall’inserimento nella rete del fabbricante. Ora, contrariamente all’orientamento tradizionale prevalente, ritengo che anche questi contratti debbano essere compresi nella concessione di vendita. Infatti, quando un fabbricante concede ad un rivenditore, sia pure senza garantirgli una posizione esclusiva, ‘il diritto di vendere i propri prodotti’, egli gli attribuisce una posizione ‘ufficiale’ e come tale privilegiata. A tal fine basti considerare che la nomina di un concessionario implica la scelta di un certo sistema distributivo, i cui cardini sono appunto gli stessi concessionari, che potranno svolgere i loro compiti nella misura in cui venga loro data una posizione di vantaggio sufficiente a ripagarli degli oneri distributivi assunti” (Concessione di vendita, p. 223). Já se observou que o desenvolvimento econômico, a evolução das técnicas de *marketing* e de escoamento de produção fizeram com que o “centro de gravidade” do contrato de concessão comercial deslocasse-se da exclusividade para a obrigação de promoção das vendas dos produtos. Desta feita, a promoção da comercialização de acordo com as indicações do produtor passou a ser o traço essencial característico desses contratos, “e não mais o direito de exclusividade do distribuidor” (Pinto Antunes, *Contratos de distribuição comercial*, p. 106).

⁽³²⁾ Roberto Pardolesi chega a se referir à “difícil superação da exclusividade como característica irrenunciável dos contratos de distribuição”, tratando do movimento que culminou com o reconhecimento de que a exclusividade não seria um “elemento strutturale

art. 5.º, que “[s]ão inerentes à concessão: I – área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; II – distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado”. Mas estabeleceu, no § 1.º do mesmo artigo, que “[a] área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede”. Assim, vemos que a própria Lei Ferrari não assegurou aos distribuidores de veículos automotores a exclusividade territorial, apesar de ter procurado arrefecer a concorrência entre eles, possibilitando a demarcação de distâncias mínimas entre os concessionários.

(iv) *O monopólio de revenda refere-se a uma área determinada (zona, território ou setor de concessão)*: como constatamos, apesar da opinião de Champaud no sentido de que a exclusividade relacionada a uma certa área é própria da concessão, hoje esse elemento não é mais considerado fundamental para o contrato de distribuição. No que diz respeito à zona ou território, podemos concluir diversamente: é correto considerar que, *independentemente de previsão contratual*, necessariamente haverá uma zona em que o distribuidor desenvolverá suas atividades, porque o mercado relevante possui *sempre* uma dimensão geográfica. Em um extremo, esta pode ser o mundo; em outro, um certo raio em torno da loja.

É essencial chamarmos a atenção para duas práticas diversas e complementares que se relacionam com a área: (i) *reclusão do distribuidor* e (ii) *exclusividade de atuação*. A primeira ocorrerá quando houver previsão contratual de que o distribuidor não pode atuar além dos limites do seu território. A segunda, quando

del contratto” (*I contratti di distribuzione*, p. 169 e ss). Contra essa superação, Laurence Amil-Cosme, *Les réseaux de distribution*, p. 20-21.

lhe for assegurado que este não será invadido por outros distribuidores da mesma marca ou pelo próprio fornecedor.

Por isso se diz que a função da zona é, de um lado, determinar preventivamente os limites espaciais dentro dos quais desenvolver-se-á a atividade do distribuidor e, ao mesmo tempo, impedir que ela seja invadida por terceiros, se for privativa.³³ O perfil do sistema de distribuição dependerá em muito da adoção e conjugação desses dois elementos: reclusão e exclusividade.³⁴

(v) *Há uma integração do distribuidor a uma rede de concessionários*: essa integração a que se referiu Champaud justifica-se porque, declaradamente, tinha ele em mente o sistema de distribuição de automóveis. Mas há situações em que a distribuição não se estrutura com base em uma rede em que o distribuidor se integra. Basta pensarmos no distribuidor único, que inicia a comercialização de um produto estrangeiro no mercado brasileiro. O contrato de distribuição existe ainda que não esteja inserido em uma rede.

(vi) *O distribuidor assegura a exclusividade ao concedente*: a exclusividade é assim compreendida por Champaud: “[P]ar cette exclusivité le concessionnaire s’engage à ne pas vendre de produits concurrents de ceux du concédant et bien entendu, à ne pas passer d’autre contrat de concession”.³⁵ Como sabemos, nem sempre o distribuidor é exclusivo³⁶ e a existência do vínculo de

⁽³³⁾ Baldassari, *I contratti di distribuzione*, p. 15.

⁽³⁴⁾ V., sobre as cláusulas contratuais que garantem a exclusividade territorial, capítulo quinto, item 1.

⁽³⁵⁾ La concession commerciale, p. 461.

⁽³⁶⁾ Pensemos, por exemplo, nos distribuidores multimarca, ou seja, que comercializam bens de vários fabricantes, que concorrem entre si.

exclusividade, bem como sua intensidade, serão determinadas conforme o grau de poder econômico e interesses de um e de outro contratante.

(vii) *O concedente possui um certo controle externo sobre o concessionário e sobre suas atividades*: o controle externo do concedente, assim entendido o “controle contratual que permite ao concedente planificar sua produção e zelar pela marca acompanhando o produto do estágio inicial da fabricação até o estágio final da comercialização”,³⁷ não é, necessariamente, um apanágio do contrato de distribuição. Pode ser até que esse controle esteja nas mãos do distribuidor, como acontece em muitos dos contratos celebrados entre fornecedores e grandes varejistas. Enfim, embora comum que uma parte tenha maior pujança econômica do que a outra, há contrato de distribuição mesmo que o poder relacional de ambas seja equilibrado.

1.5 A consideração do funcionamento do contrato de distribuição pela doutrina e o talho de uma definição condizente com a atual realidade

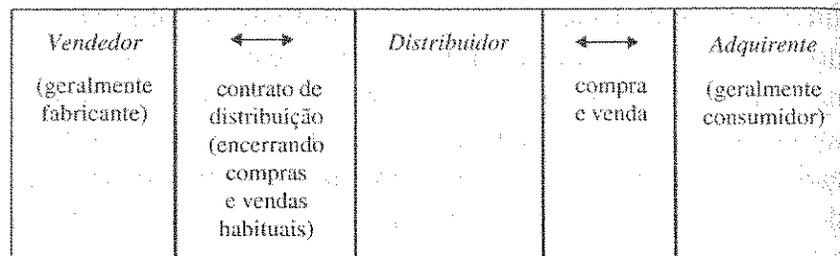
Parece ser um consenso doutrinário que o contrato de distribuição abarca *operações de compra e venda mercantil*, de caráter não eventual, mas sim habitual (estável). O adquirente *compra para revenda*: a propriedade transfere-se, inicialmente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa primeira relação.

O proveito econômico do distribuidor será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço de venda do

⁽³⁷⁾ Carlos Alberto Senatore, *A concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre no Brasil: uma novidade jurídica*, p. 109.

bem a um terceiro e o que pagou para o fornecedor (margem de comercialização).³⁸

A primeira relação inclui-se no âmbito do contrato de distribuição, enquanto aquela entre o distribuidor e o outro adquirente é, geralmente, uma típica compra e venda, caracterizando-se, no mais das vezes, como de consumo. O seguinte esquema bem ilustra esse quadro:



O contrato de distribuição abrigará várias operações singulares de compra e venda, fundamentais à colocação do bem junto ao adquirente final. *Observe-se, entretanto, que o contrato de distribuição não absorve essas operações posteriores, fazendo-as desaparecer.*³⁹ Ao contrário, cada uma delas nascerá e desenvolver-se-á, corporificando uma relação ao abrigo do art. 481 e seguintes do novo CC. Por essa razão, Rubens Requião adota a lição de Remo Franceschelli, advertindo que *o contrato de dis-*

⁽³⁸⁾ Sobre a margem de comercialização, v. Nívio Terra, *Contrato de concessão comercial – Margem de comercialização*.

⁽³⁹⁾ O conceito de operação econômica (que amalgama os contratos coligados) e de unidade da operação é tratado por Claudio Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, p. 425 e ss. V. também o capítulo décimo terceiro, quando tratamos da causa una do contrato de distribuição e de sua interpretação.

*tribuição existe e subsiste independentemente da efetivação ou não das compras e vendas.*⁴⁰ Sua posição é seguida por vários autores, como Guyènot e Patrick Kileste.⁴¹

Além disso, o contrato de distribuição costuma agasalhar obrigações que delinearão os contornos da estratégia de produção, vistas por parte da doutrina como estipulações acessórias do pacto principal.⁴² Destacamos as mais comuns, sem fazer, neste momento, maiores ponderações sobre sua licitude, embora muitas delas tenham por efeito reforçar o grau de dependência econômica do distribuidor em relação ao fornecedor:⁴³ (i) exclusi-

⁽⁴⁰⁾ Rubens Requião, *Aspectos modernos de direito comercial*, p. 127-128.

⁽⁴¹⁾ Waldírio Bulgarelli não comunga da mesma opinião, ao ensinar que “[e]m verdade, apesar das várias interpretações, o contrato de concessão é no fundo um contrato de compra e venda, com um caráter de estabilidade, não se esgotando instantaneamente, como na compra e venda simples; portanto, uma compra e venda com encargos, principalmente a exclusividade, não obstante a posição adversa de Franceschelli, que a entende perfeita, mesmo sem a compra e venda” (*Contratos mercantis*, p. 419).

⁽⁴²⁾ Diz Comparato que “a concessão de venda é, exclusivamente, contrato de distribuição de produtos; a licença de uso de marca ou a eventual prestação de serviços do concedente são meros acessórios do pacto principal” (*Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?*, p. 53). Fabio Bortolotti, *Concessione di vendita*, p. 222. No Brasil, Heleno Torres refere-se a “acordo de base” e aos acordos subsidiários que se lhe acrescem. O acordo-base é a essência da associação entre os agentes econômicos; os demais – que lhe seguirão – têm que se amoldar ao acordo de base (*Pluriributação internacional sobre as rendas de empresas*, p. 285).

⁽⁴³⁾ V. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, p. 145.

vidade do distribuidor; (ii) exclusividade do fornecedor; (iii) obrigatoriedade ou possibilidade de prestação de assistência técnica aos adquirentes, incluindo eventual treinamento de pessoal; (iv) obrigatoriedade de investimentos mínimos; (v) mandato ou empreitada para viabilizar o adimplemento da obrigação de garantia assumida pelo fornecedor; (vi) obrigatoriedade de o distribuidor informar ao fornecedor dados sobre o mercado e as preferências dos adquirentes; (vii) obrigações de empreender ou participar das despesas efetuadas com publicidade; (viii) vendas casadas; (ix) licença de uso de marca;⁴⁴ (x) determinação ou sugestão de preços de revenda; (xi) aquisição mínima de certa quantidade de produtos; (xii) manutenção de estoque e/ou peças de reposição; (xiii) proibição de venda para terceiros com o escopo de diminuir os efeitos ou evitar a comercialização paralela dos produtos distribuídos com cláusula de exclusividade.⁴⁵⁻⁴⁶

Bortolotti aponta os seguintes aspectos geralmente disciplinados pelo contrato de distribuição:

⁽⁴⁴⁾ A Lei 6.729, de 1979, em seu art. 3.º, III, coloca o “uso gratuito da marca do concedente, como identificação” como parte do objeto da concessão.

⁽⁴⁵⁾ Com base na diversidade gerada pela combinação dessas cláusulas, alguns autores, como Laurent Rieben, propõem a existência de quatro diferentes tipos de contratos de distribuição: (i) fornecimento exclusivo, (ii) distribuição exclusiva, (iii) distribuição seletiva e (iv) franquia.

⁽⁴⁶⁾ Sobre as cláusulas mais comuns para se evitar a comercialização paralela, v. capítulo quinto, item 7.

a) Obrigações do concessionário referentes à distribuição do produto:	<p>Criação de uma determinada organização de vendas, correspondentes às exigências do concedente (características dos locais de venda, número de empregados etc.);</p> <p>Aquisição e manutenção de estoque de produtos ou peças de reposição;</p> <p>Prestação de informações ao concedente sobre a situação de mercado, listagem de clientes etc.;</p> <p>Desenvolvimento de serviço de assistência à clientela e/ou garantia;</p> <p>Assistência ao fabricante em caso de violação de seus direitos de propriedade industrial ou atos de concorrência desleal (principalmente nos contratos internacionais);</p> <p>Obrigações relativas à publicidade dos produtos objeto do contrato.</p>
b) Limitações à liberdade de venda do concessionário:	V.g., condições de garantia a serem ofertadas à clientela e também relacionadas ao preço a ser praticado pelo concessionário (RPM ⁴⁷).
c) Exclusividade de aquisição (<i>esclusiva di acquisto</i>) e proibição de venda de produtos concorrentes.	
d) Exclusividade de zona e cláusulas coligadas.	
e) Disciplina do fornecimento de produtos do concedente para o concessionário.	
f) Duração e término do contrato.	

⁽⁴⁷⁾ V. capítulo quarto.

O contrato de distribuição deve ser metodologicamente abordado como *misto*. Para uma exata compreensão do alcance dessa afirmação, propomos que se resgate a clássica lição de Honório Monteiro: contrato misto implica “o concurso de pluralidade de prestações típicas de vários contratos, em contrato único”.⁴⁸ Em outra passagem, leciona que os contratos mistos são “contratos que não coincidem exatamente com nenhum dos tipos contratuais disciplinados pela lei, mas cujo conteúdo, em rigor, perante a lei, não se poderia dizer novo. Não são contratos inominados, porque os seus elementos componentes não são estranhos á lei”.⁴⁹

Quanto à disciplina jurídica dos contratos mistos, o ensinamento de Honório Monteiro é preciso: “os contratos discrepantes dos paradigmas legais, porque a êles se agregaram elementos pertinentes a outros contratos e como tais considerados pelo direito escrito, devem ser regulados, contemporaneamente, pelas normas legais relativas aos diferentes elementos constitutivos do contrato, eliminados, pela doutrina e pela jurisprudência, os possíveis conflitos supervenientes na aplicação das várias normas. Decomposto o contrato nas prestações componentes, individuado o *nomen iuris* correspondente a cada prestação, determinadas as respectivas normas, procede-se á sua combinação orgânica”.⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵²

(48) Contrato mixto, p. 536. Sobre a definição de contrato misto, v. Álvaro Villaça Azevedo, *Contratos inominados ou atípicos*, p. 141 e ss. Para a conceituação do mesmo autor sobre o contrato de distribuição, v. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório, p. 99 e ss.

(49) Honório Monteiro, Contrato mixto, p. 535.

(50) Honório Monteiro, Contrato mixto, p. 540. Ainda sobre contratos mistos, v. Enneccerus, *Derecho de obligaciones*, t. II, primeira parte, p. 7 e ss. Vale também a referência à obra *Contratos atípicos*, p. 207 e ss., de Pedro Pais de Vasconcelos, em que encontramos resenha da posição da doutrina mais atualizada.

Fixado esse ponto, são apropriadas as palavras da moderna doutrina, representada por Giorgio Barbieri e Aldo Frignani, procurando definir os contratos de distribuição: “Contratto atípico, a causa complessa, con il quale un soggetto (concedente) acconsente di fornire certi beni, a determinate condizioni, ad un altro soggetto (cessionario), affinché questi provveda alla loro rivendita, lucrando il proprio compenso fra questo prezzo e quello d’acquisto e sottostando ad obbligazioni (il più delle volte di facere e non facere) volte a soddisfare le esigenze distributive del primo contraente”.⁵³

É válido, também, divulgar a lição de Fabio Bortolotti ao individualizar os elementos essenciais do contrato de distribuição:

“a) il contratto di concessione di vendita è un contratto di distribuzione, avente come *funzione economica primaria* la commercializzazione dei prodotti del concedente in un determinato territorio;

b) esso comporta l’attribuzione al concessionario di una posizione di privilegio (costituita normalmente, ma non necessariamente, da un’esclusiva) per la rivendita dei prodotti del concedente nel territorio contrattuale, come contropartita degli oneri di commercializzazione assunti dal concessionario;

c) con esso il concessionario acquista la proprietà della merce, che egli rivende successivamente in nome e per conto

(51) Também a doutrina suíça vê o contrato de distribuição como misto (Cf. Olivier Rodondi, *Le contrat de concession de vente exclusive*, p. 93).

(52) Instigante a leitura de Michele Giordani (*Negozi giuridici collegati*, especialmente p. 11 e ss.). O autor critica a teoria dos contratos mistos, para sustentar que se trata, na maioria das vezes, simplesmente de negócios coligados.

(53) Giorgio Barbieri e Aldo Frignani, *Contratti della distribuzione*, p. 229.

proprio, differenziandosi, sotto questo profilo, nettamente dagli altri soggetti operanti nella distribuzione, come gli agenti ed i commissionari”⁵⁴⁻⁵⁵

1.6 Os contratos de distribuição como contratos relacionais

Os contratos de distribuição podem também ser entendidos como um tipo de *contrato relacional*, tão em voga entre juristas americanos e que vem sendo estudado por alguns dos nossos consumeristas, como Ronaldo Porto Macedo Jr.⁵⁶

É preciso advertir, contudo, que ao encarmos o contrato de distribuição como negócio relacional não estamos transcurando uma abordagem embasada na economia dos custos de transação nem tampouco na racionalidade econômica (e jurídica). Aliás, esse pretensso antagonismo entre as duas teorias já foi condenado por Ian Macneil, conhecido jurista a tratar do assunto.⁵⁷ Ao contrário, acreditamos

⁽⁵⁴⁾ Concessione di vendita, p. 222.

⁽⁵⁵⁾ Para Aldo Frignani e Michel Waelbrowck, o contrato de distribuição deve ser conceituado como aquele “con il quale un produttore o un commerciante, chiamato concedente, si impegna a vendere certi prodotti per un certo periodo ed in una certa zona, soltanto al suo contraente, il distributore, il quale li rivenderà in nome e per conto proprio” (*Disciplina della concorrenza nella CEE*, p. 296).

⁽⁵⁶⁾ Na França, lembre-se a obra de Sylvie Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, que adota e explica alguns dos pressupostos da teoria norte-americana dos contratos relacionais.

⁽⁵⁷⁾ “This is not to say that rational choice theory and or game theory cannot be applied consistently with relational contract theory. In this they are analogous to classical contract law” (Relational contract theory: challenges and queries).

que o entendimento do contrato de distribuição como contrato relacional é útil porque destaca alguns de seus elementos principais, que devem orientar sua interpretação (*em especial, a possível dependência econômica e o império da boa-fé*). Mas isso não implica renúncia a outras ferramentas que possam nos ajudar na melhor compreensão da avença.

Os estudos dos contratos relacionais iniciaram-se, na década de 60, pelo já citado Macneil. Não obstante as atuais discussões sobre sua natureza e importância, parece-nos pacífico que se caracterizam pelos seguintes elementos:

(i) os contratos relacionais tendem a se estender no tempo;

(ii) em virtude de sua longa duração, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em si, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas;

(iii) há uma certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma (e do negócio globalmente considerado) reverterá em benefício da outra (i.e., de todas elas).⁵⁸

⁽⁵⁸⁾ Vale a transcrição do resumo talhado por Richard E. Speidel, autor que entende os contratos de distribuição como tipicamente relacionais: “Most commentators agree that relational contracts have at least three distinguishing characteristics. First, the exchange relationship extends over time. It is not a ‘spot’ market deal. Rather, it is more like a long-term supply contract, a franchise or distribution arrangement, or a marriage. Second, because of the extended duration, parts of the exchange cannot be easily

A doutrina americana contrapõe os contratos relacionais aos contratos denominados “descontínuos” (*discrete contracts, discrete exchanges*).⁵⁹ Valendo-nos do exemplo de Macneil,⁶⁰ pensemos em um motorista que abastece seu automóvel em um posto ao longo da estrada que percorre. A compra e venda é instantânea e não há maiores complexidades envolvidas na operação. Por sua vez, os negócios relacionais tendem a estender-se no tempo, consubstanciando relações que, entre nós, são conhecidas como “de longa duração” (por exemplo, um contrato de *joint venture*). Devido a esses fatores, a *confiança* lhes é elemento fundamental.

Os contratos relacionais podem encerrar uma verdadeira rede de agentes econômicos, aumentando o grau de complexi-

measured or precisely defined at the time of contracting. This dictates a planning strategy that favors open terms, reserves discretion in performance to one or both parties, and incorporates dispute resolution procedures, such as mediation or arbitration into the contract. The inability of the parties to ‘presentiate’ the terms of the bargain at the time of contracting shifts the focus to circumstances and conduct that occur ex post contract. Third in the words of Lewis Kornhauser in a relational contract the ‘interdependence of the parties to the exchange extends at any given moment beyond the single discrete transaction to a range of social interrelationships’. For example, a complex, cooperative relationship between the parties may expand over time to others who support or rely on the exchange relationship” (The characteristics and challenges of relational contracts).

⁽⁵⁹⁾ Ou seja, contratos que implicam transações de curta duração, envolvendo uma limitada interação pessoal, tendo por objeto a troca de elementos de fácil valoração pecuniária (cf. Paul Gudel, Relational contract theory and the concept of exchange).

⁽⁶⁰⁾ Cf. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 155.

dade da teia de deveres e direitos contratuais. Muitas vezes, há a troca de valores que não são facilmente suscetíveis de avaliação pecuniária. Enquanto nos contratos descontínuos os vínculos costumam ser breves, naqueles relacionais são levados em consideração outros elementos além de preço, qualidade e quantidade: *desempenho da outra parte, planejamento futuro* etc. Por isso, Porto Macedo enuncia que “os termos contratuais passam a definir menos as regras para o fornecimento do produto ou do serviço, e mais as regras processuais que pela própria regulação sobre o fornecimento são definidas. (...) [O]s contratos relacionais dependem inteiramente de cooperação futura, não apenas para o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação”.⁶¹

As “discrete exchanges” são raras, se comparadas às “relational exchanges”, porque estas estão intrinsecamente ligadas à produção de bens e serviços, enquanto as primeiras coadunam-se com a produção física.⁶² Trazendo as lições de Macneil para a nossa realidade, afigura-se-nos indubitável que estaremos lidando com conceitos que estão sendo revisitados e revitalizados por nossa doutrina e jurisprudência: contratos de longa duração, confiança como base da relação contratual, motivação do negócio e, principalmente, boa-fé objetiva.⁶³ Contudo, entrevemos essas questões no âmbito da interpretação ou integração contra-

⁽⁶¹⁾ *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 163 e 166.

⁽⁶²⁾ Ian Macneil, Relational contract: what we do and what we do not know, p. 483.

⁽⁶³⁾ Ian Macneil sustenta que “unconscionably, duress, good faith and best efforts” são conceitos ligados aos contratos relacionais (Relational contract: what we do and what we do not know). Richard E. Speidel, ao analisar o caso *Oglebay Norton Co. v. Armco, Inc.*, envolvendo um contrato relacional, conclui que a

tual, para situá-las em nosso direito positivo; essa discussão deve ser levada à seara da *hermenêutica* das avenças, porque assim poderemos operar dentro dos limites impostos pelo sistema jurídico, i.e., pelas “premissas implícitas” do nosso ordenamento, na feliz expressão de Ascarelli. Aliás, muitas das questões que são colocadas pelos americanos no quadro dos contratos relacionais são as mesmas que tanta atenção têm chamado dos nossos modernos doutrinadores: em que medida o contexto em que é celebrado o contrato deve ser tomado em conta para determinar as fronteiras da relação obrigacional estabelecida entre as partes? Normas não expressas no contrato podem ser vinculantes? Como tornar suscetíveis de avaliação pecuniária os mais variados tipos de “intangíveis”? Qual a pauta de conduta esperada de um agente econômico durante a relação contratual? Como coadunar juridicamente o oportunismo, o comportamento predatório, com a colaboração que se faz necessária para o sucesso do negócio? Outras preocupações semelhantes às americanas surgem quando nossa doutrina examina os contratos de longa duração. Por todos, o pensamento de Clóvis do Couto e Silva:

“Entre as obrigações duradouras em sentido próprio admite-se, em geral, possam ser incluídas as que nascem da locação, arrendamento, comodato, depósito, contrato de trabalho, e de sociedade. Uma das características desse tipo de vínculo *é maior consideração à pessoa, partícipe do vínculo, com maior intensidade de deveres, resultantes da concreção de princípio da boa-fé.*”⁶⁴

chave para a resolução de controvérsias que se estabeleceram entre as partes seria a *revisitação do conceito de boa-fé* (The characteristics and challenges of relational contracts).

⁽⁶⁴⁾ *A obrigação como um processo*, p. 214. Note-se que não estamos identificando os contratos relacionais com os contratos de longa duração, apenas que a nossa doutrina analisou várias questões relativas aos primeiros quando estudou os segundos.

A análise americana dos contratos relacionais é útil para nossa empreitada de dissecação do contrato de distribuição porque põe em relevo dois de seus elementos fundamentais: (i) a *relação entre as partes* e (ii) a *força da boa-fé, da confiança*. Quanto ao primeiro ponto, pensar a ligação entre fornecedor e distribuidor, nos moldes doutrinários dos contratos relacionais, é essencial para dimensionar corretamente o ajuste e, assim, facilitar a identificação de eventual *dependência econômica* de uma parte perante a outra. Ademais, encarar os contratos de distribuição como relacionais traz à baila a importância da boa-fé objetiva, da confiança, da não frustração da legítima expectativa para garantir a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento da relação obrigacional enquanto um processo.

Mesmo nos Estados Unidos, a teoria dos contratos relacionais ainda não foi incorporada pelos Tribunais. Ao contrário, clama-se uma necessidade de adaptação do ordenamento (*contract law*), superando-se o esquema “clássico” em muitos pontos vigente até hoje.⁶⁵ Segundo Melvin A. Eisenberg,⁶⁶ as “novas” regras que estão sendo propostas pela doutrina especia-

⁽⁶⁵⁾ Speidel, um dos adeptos dessa teoria, adverte que, mesmo nos Estados Unidos, muito embora “there is a vast and varied literature on the subject, there is still disagreement among the theorists about how to distinguish a relational contract from other contracts and what modern contract law can or should do to respond to it. Moreover, even though courts regularly deal with contracts that have relational characteristics, the literature about relational contract theory has not trickled down to, much less influenced, the judicial decision process. The challenges in interpreting and enforcing truly relational contracts, therefore, are solved under ‘modern’ contract law or not at all” (The characteristics and challenges of relational contracts).

⁽⁶⁶⁾ Relational contracts, p. 298-299.

lizada para dar tratamento jurídico adequado aos contratos relacionais orientam-se pelos seguintes parâmetros:

(i) tornar mais flexível ou mesmo superar o clássico esquema “oferta/aceitação” como base para a formação do contrato;

(ii) diminuir a intolerância a regras contratuais indefinidas, tais como “agreements to agree”, obrigações para a negociação conforme os princípios da boa-fé etc. (ou seja, reavaliação do tratamento de cláusulas gerais);

(iii) aumentar as possibilidades de alteração contratual em casos de modificação das circunstâncias, tais como “impossibility, impracticability, and frustration”, causas legítimas para o descumprimento do pacto;

(iv) atribuir maior eficácia a cláusulas do tipo “melhores esforços”;

(v) tratar os contratos relacionais como autênticas sociedades (*partnerships*), conquanto envolvam empresa comum;

(vi) conferir um caráter unitário aos contratos relacionais;

(vii) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé, praticar preços “equitativos”, quando houver modificação do contexto contratual, e mesmo instituir a uma das partes o dever de aceitar essa mudança;

(viii) permitir aos Tribunais adaptarem ou revisarem as cláusulas contratuais, incluindo preços, dentro de um contexto em que as perdas de uma parte fossem compensadas pelo lucro obtido pela outra.

É preciso situar essa teoria no campo dos contratos de distribuição (contratos comerciais) e não nos deixarmos contaminar por algumas conclusões que podem até ser válidas no campo do direito do consumidor. Nossa jurisprudência e o sistema normativo ocupam-se há muito de questões bastante semelhantes

(senão idênticas) às apontadas pelos norte-americanos. Todos temos obrigação de contratar segundo os ditames da boa-fé; eis um princípio geral de nosso direito positivo repisado por qualquer comercialista ou mesmo autor brasileiro que trate de direito privado. Mas, no Brasil, *o juiz não pode negociar pela parte e a parte não pode ser obrigada a contratar, salvo em raras hipóteses em que há previsão em lei.*⁶⁷ Ao menos, no que diz respeito ao relacionamento entre agentes econômicos comerciantes, entendemos mais adequado que a estratégia empresarial, a valoração de riscos que devam ser suportados, seja feita pelo sujeito, e não pelo Poder Judiciário. Assume-se o risco, inclusive, de andar contra o ordenamento jurídico e justamente por isso existem as sanções jurídicas.⁶⁸

Os contratos de distribuição, como veremos, *não são sociedades e como tais não devem ser tratados*, apesar de poderem ser considerados contratos relacionais. Isso não significa, contudo, transcurar a existência de um *interesse comum*.⁶⁹

Em suma, é preciso avançar com cuidado ao procurar transpor doutrinas e teorias para a nossa realidade, principalmente quando temos um vasto caminho jurisprudencial já trilhado no campo do direito comercial, segundo as premissas implícitas do nosso sistema. Embora a colocação do contrato de distribuição como relacional seja adequada para revelar pontos fundamentais de sua *estrutura e do relacionamento* entre as partes, não se pode pretender que lhes seja dado um tratamento dissociado do ordenamento jurídico brasileiro, ainda mais no campo do direito empresarial.

⁽⁶⁷⁾ V., a esse respeito, capítulo décimo primeiro, item 8.

⁽⁶⁸⁾ Essa nossa visão é ancorada na análise de *contratos comerciais e não de contratos com consumidores*.

⁽⁶⁹⁾ Vide capítulo décimo, referente ao abuso no seio do contrato de distribuição.

1.7 Os contratos de distribuição como contratos-quadro⁷⁰

A doutrina francesa costuma valer-se da figura do contrato-quadro para explicar a realidade econômica e jurídica do contrato de distribuição.⁷¹ Considerando a *causa* ou a *função econômica* do negócio, os *contratos-quadro* guardam estreita relação com os *contratos relacionais*. Por isso, não deixa de ser notável que a maioria dos autores norte-americanos ignore a construção francesa dos contratos-quadro, assim como a maior parte dos franceses recusa-se a estudar a doutrina norte-americana.⁷²

Explica-nos Jean Gatsi, em monografia sobre os contratos-quadro, que estes visam a proporcionar maior grau de segurança para as partes em face do desenvolvimento de relações futuras. Não se trata de congelar totalmente a relação, mas de procurar gerir o risco representado pela ausência de vínculo contratual. A confiança assume aqui papel primordial; o contrato dá luz a uma verdadeira *moldura* dentro da qual se desenrolam as ligações futuras entre as partes, idôneo a se adaptar aos tempos vindouros, salvaguardando a estabilidade da relação e completando-se

⁽⁷⁰⁾ Na verdade, devemos aproveitar a lição de Guido Fernando Silva Soares ao explicar que, na expressão “Convenção-Quadro” (*Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 134), a utilização da palavra “quadro” é equivocada, embora consagrada entre nós, porque má tradução em vernáculo de “cadre” (= “moldura” e não “quadro”). Assim, o correto seria falarmos em “contrato-moldura” e não “contrato-quadro”.

⁽⁷¹⁾ Na Itália, Roberto Pardolesi também sustenta que os contratos de distribuição são contratos-quadro (cf. *I contratti di distribuzione*, p. 297).

⁽⁷²⁾ Obviamente, há exceções, como Sayag, *Le contrat-cadre, la distribution*.

por outras avenças que virão a integrá-lo (*contratos de aplicação*).⁷³ Melhor dizendo, o acordo que estabelece as bases do relacionamento entre as partes tem conteúdo naturalmente impreciso e gera várias compras e vendas posteriores.⁷⁴ O entendimento da distribuição como um contrato-quadro destaca técnica de escoamento da produção que se situa entre um contrato de execução sucessiva e uma seqüência de contratos distintos sem um laço lógico que os una; segundo Sayag, o contrato de distribuição “transcende les limites de chacune de ces formules pour en combiner les atouts”.⁷⁵ Flexibilidade para adaptar-se ao futuro e estabilidade decorrente da segurança da relação: eis dois objetivos do contrato de distribuição cuja conciliação é por vezes bastante delicada.

Entre nós (e mesmo entre os franceses e os italianos),⁷⁶ o contrato-quadro assume caráter de contrato prévio em face dos *contratos de aplicação*.⁷⁷⁻⁷⁸ Assim sendo, em nosso sistema, a

⁽⁷³⁾ Cf. Jean Gatsi, *Le contrat-cadre*, p. 3.

⁽⁷⁴⁾ V. Sayag, *Le contrat-cadre, la distribution*, p. 411.

⁽⁷⁵⁾ V. Sayag, *Le contrat-cadre, la distribution*, p. 439 e ss. Ainda sobre a distribuição como *contrat-cadre*, v. Yves Guyon, *Droit des affaires*, p. 881.

⁽⁷⁶⁾ V. Sayag, *Le contrat-cadre, la distribution*, p. 141 e ss.

⁽⁷⁷⁾ No ano de 1.990, a Corte di Cassazione italiana declarou pela primeira vez que o contrato de distribuição é um *contrato-quadro*, que dá ensejo à celebração de outras avenças posteriores. Trata-se de negócio *juridicamente atípico, mas socialmente típico*: “Ed invero, di fronte alla delineazione di una figura negoziale socialmente tipica, caratterizzata dall’impegno del produttore di vendere al distributore i propri prodotti che il secondo si obbliga ad acquistare dal primo, si contrappone, sia pure nell’unità del contratto di concessione di vendita rispecchiante l’unità dell’operazione economica sottostante, la previsione che, di fatto,

efetivação das cláusulas do contrato-quadro de distribuição deverá passar pelos percalços característicos da execução dos acordos preliminares. Ou seja, conforme o entendimento do STF sobre o alcance do art. 639 do CPC⁷⁹⁻⁸⁰⁻⁸¹ e considerando que o juiz não

... alla clausola di esclusiva non consegua necessariamente l'obbligo dell'una o dell'altra parte di vendere o di acquistare; situazione alla quale può accedere la diversa qualificazione dei contratti di distribuzione come contratti quadro in forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione delle merci contrattuali, l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte; obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto, a condizioni predeterminate, dei prodotti da rivendere” (Decisão proferida em Roma, em 12.04.1989, e disponível em 17.12.1990).

⁽⁷⁸⁾ Jean Gatsi, *Le contrat-cadre*, p. 296.

⁽⁷⁹⁾ “Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, *sendo isso possível* e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”. V., a esse respeito, a monografia de Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. Também sobre o assunto: Waldírio Bulgarelli, “Obrigação de contratar por decisão judicial”. Barbosa Moreira, em clássica lição, afirma que “[o] primeiro pressuposto da obtenção de sentença que produza o mesmo efeito do contrato não concluído acha-se expresso nas palavras ‘sendo isso possível’. A possibilidade ou impossibilidade tem de ser apreciada caso a caso, pelo órgão judicial. Ainda não se encontrou fórmula genérica que englobe todas as hipóteses de impossibilidade; esta pode originar-se de variadas circunstâncias (...). Tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas ape-

pode negociar pela parte, o contrato-quadro apenas terá execução específica quando encerrar o acordo sobre todos os elemen-

... nas fazer desnecessária, por meio de sentença, a declaração de vontade, que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo. Em outras palavras, a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou conteúdo do contrato que deveria concluir, o que pode faltar, e que ela torna supérflua, é só a declaração de vontade, não emitida pelo devedor” (*O novo processo civil brasileiro*, p. 211). A jurisprudência de nossos Tribunais corrobora o entendimento da doutrina, isto é, a execução específica de obrigação de emitir declaração de vontade só é possível caso o contrato preliminar não esteja sujeito a nenhuma condição e tenha o mesmo conteúdo do contrato definitivo, cuja vontade da parte supostamente inadimplente se pretende suprir. Como exemplo, vejamos os seguintes arestos: “O art. 639 do Código de Processo Civil pressupõe a existência de contrato preliminar que contenha o mesmo conteúdo que o contrato definitivo que as partes se comprometeram a celebrar” (2.ª Turma do STF, RE 88.716, relatado pelo Min. Moreira Alves, julgado em 11.09.1979 e publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 92/250); “Se o contrato preliminar contém todos os elementos necessários para que se converta em definitivo, é possível a aplicação do art. 639 do Código de Processo Civil” (4.ª Câmara do TJPR, ApCiv 1.756, relatado pelo Des. Troiano Netto e publicado no *DJPR* de 18.08.1988); “(...) quando se trata de execução específica do art. 639 do CPC, uma das condições para que a sentença substitua a vontade da parte recalcitrante é que o pré-contrato reúna todos os requisitos que são necessários ao contrato definitivo, o que por sinal está no próprio texto constitucional (...)” (1.ª Câmara do TJMG, relatado pelo Des. Bady Curi e julgado em 03.10.1989, publicado na *RT* 672/176).

⁽⁸⁰⁾ Nesse exato sentido é o art. 462 do novo CC: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

tos essenciais do negócio. Mas essa constatação traz preocupações de ordem prática, porque é intrínseca ao contrato de distribuição certa indeterminação quanto a vários aspectos das futuras compras e vendas (como o preço que será praticado, por exemplo). Se as partes soubessem com exatidão todas as transações que realizariam no curso do contrato, qual seria a quantidade comprada, a que preço e em que condições, provavelmente celebrariam uma compra e venda de execução diferida e não a distribuição.

1.8 A jurisprudência brasileira e a definição dos contratos de distribuição

A busca da definição do contrato de distribuição seria incompleta se não nos detivéssemos no tratamento que lhe tem sido dado pela jurisprudência nacional. De uma forma geral, entendem os Tribunais que estamos diante de um *contrato atípico misto*, que deve ser analisado conforme a sua "função econômica". Desse modo, seus elementos constitutivos não devem ser *interpretados conjuntamente*, consoante sua *função econômica* (= causa), para fins de aquisição de *unidade*.

Passemos ao estudo de nossa jurisprudência.

(81) Roberto Pardolesi, enfrentando questão técnica semelhante à nossa, diz que a solução é bastante simples: quer se adote a postura de que o contrato de distribuição é fonte de obrigações positivas ou negativas em relação ao futuro, quer se entenda que encerra um fragmento da seqüência de formação dos contratos individuais futuros ("singoli contratti a venire"), é certo que *não ataca a liberdade das partes de fazer ou não fazer existir os futuros negócios, celebrá-los ou não os celebrar: o acordo de distribuição versa apenas sobre as cláusulas que serão utilizadas em um ou mais contratos, se e quando as partes resolverem celebrá-lo* (cf. *I contratti di distribuzione*, p. 264).

1.9 As lições do Recurso Extraordinário 78.051

Para o correto entendimento do contrato de distribuição no sistema jurídico brasileiro, impõe-se análise do acórdão proferido pelo STF no RE 78.051⁽⁸²⁾ (2.^a Turma), em 27.08.1974, relatado pelo Ministro Thompson Flores, em que figura como recorrente Shell Brasil S.A. ("Shell") e como recorrido Auto Posto Diadema Ltda. ("Posto").

Em 06.07.1965, a Shell celebrou com determinadas pessoas físicas contrato de locação de terreno. A locatária foi autorizada a iniciar as obras de um posto de serviço e abastecimento de automóveis, bem como a sublocar o terreno e a locar as benfeitorias nele erigidas. Na mesma data, a Shell, por igual prazo e aluguel, sublocou o imóvel ao Posto, cujos quotistas eram os próprios locadores. Neste contrato, o Posto obrigou-se a construir o local de abastecimento para automóveis, encargo que era originariamente da Shell e que lhe foi transferido. Ficou ainda estabelecido que: a) as bombas distribuidoras e os tanques subterrâneos indispensáveis à operação do Posto seriam instalados pela sublocadora (Shell); b) era expressamente proibido à sublocatária alterar qualquer bomba ou tanque instalado pela Shell, sob pena de imediata rescisão do contrato; c) o Posto obrigava-se a não usar as bombas e tanques de propriedade da Shell para a armazenagem e venda de produtos de outras companhias congêneres. A Shell, alegando infração ao contrato de sublocação, propôs contra o Posto duas ações autônomas de despejo. Em uma, arguiu a falta de pagamento de aluguéis; na outra, o despejo foi pedido por infração contratual, já que o réu haveria substituído as bombas e tanques instalados pela Shell por outros da Petrobrás. O Posto sustentou em sua defesa que o prédio havia sido locado por cinco

(82) Publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 72/881.

anos e que, portanto, nesse período, poderia dar-lhe o destino que bem entendesse.

No julgamento, o Tribunal foi forçado a ponderar a natureza jurídica do acordo entre as partes. “Conquanto não tenha sido anexado à inicial um terceiro contrato, o de compra e venda de gasolina e outros derivados de petróleo, verifica-se do ajuste de sublocação que estamos em face de um ‘contrato de concessão de venda com exclusividade’. Trata-se de modalidade contratual relativamente nova, que não se ajusta a qualquer dos contratos típicos tradicionais e que surgiu nos países economicamente desenvolvidos, no atual estágio do capitalismo empresarial”.

Valendo-se das lições de Rubens Requião e de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara,⁸³ perguntou-se o STF: “Todavia, serão tais contratos (...) independentes e autônomos ou constituem o que, na doutrina, se qualifica de contrato misto? Não há dúvida que esses contratos são distintos e autônomos, se considerados em tese e abstratamente, cada um de per si. Mas, não resta dúvida, no comércio jurídico também ocorre frequentemente que duas ou mais formas contratuais de possível coexistência separada podem vir a ter, sob pressão de necessidades ou de conveniências práticas, as suas prestações autônomas, cada uma em sua função típica, reunidas e coordenadas, pela vontade das partes, em um único contrato para realizarem uma só função econômica, que é a sua causa ou o seu fim objetivo. Com efeito: Dita pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, pode ser fundida em um só contrato, sob

⁽⁸³⁾ Acórdão proferido pela 5.^a Câmara do Tribunal de Justiça da Guanabara em Recurso de Ap 75.863, relatado pelo Des. Ebert Chamoun, julgado em 23.11.1971 e publicado na *Revista Forense* 244/154.

o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. É preciso assim que todas elas tendam à mesma finalidade econômica. A unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde a unidade do contrato. Não tem importância, no entanto, para a elucidação da unidade ou pluralidade do contrato, como dizem os doutores, a unidade ou pluralidade do documento em que foi firmado, pois um só documento pode conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte, no sentido formal, diversos documentos”.

Passa, então, o Tribunal a analisar a ligação entre os contratos de comodato, de locação e de compra e venda de combustíveis, concluindo que “o contrato de comodato está de tal forma ligado ou fundido ao contrato de compra e venda, que não podem se separar, sob pena de se chocarem com o fim do negócio realizado. (Assim é na verdade e, de tal sorte que, por exemplo, se vencido um dos contratos, o que não acontece na espécie, o outro, com ele coordenado, perde o objeto, pois fica também vencido, eis que a extinção de um importa o contágio da sua extinção ao outro, em virtude da natureza unitária do negócio ajustado, que é misto.) Em conseqüência, esses elementos demonstram que as partes almejaram realizar um *negócio único*, apesar de feito em documentos distintos. As operações foram concebidas e pactuadas em conjunto. *No seu substrato econômico, naquilo que representa como expressão de um fim prático atingido com o auxílio de vontades envolveu simultaneamente a compra e venda de gasolina e o comodato de equipamentos e utensílios* – não como duas realidades separadas que apenas se houvessem justaposto *per accidens*, mas envolveu-se globalmente, tomada cada qual, ao mesmo tempo, como o pressuposto e o complemento da outra. Ficaram, assim, confundidas em um só negócio pela unidade do fim. Há, desse modo, um negócio jurídico (...). [S]e acha caracterizado um contrato misto e não uma união de contratos. De acordo com a melhor doutrina, o que caracteriza o contrato

misto é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica, cujo resultado elas asseguram. Ele se distingue da união de contratos, que se caracteriza pela coexistência dum mesmo instrumento, de tais obrigações simplesmente justapostas, sem o amálgama da unidade econômica aludida. No caso de união de contratos, pode ser anulado ou rescindido um deles, sem prejuízo dos outros; enquanto que, em se tratando de contrato misto, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio”.

Desse erudito julgado – que é cardeal para a jurisprudência que lhe foi posterior – devemos tirar algumas lições. Primeiramente, quando falamos de contratos de distribuição, estamos diante de um contrato peculiar (atípico). Caem por terra, portanto, as opiniões que querem reduzir o contrato de distribuição a um negócio de compra e venda: *é contrato atípico e como tal deve ser tratado*.

De outra parte, é um contrato misto, porquanto *integrado de vários outros contratos típicos. A interpretação desses negócios deve conduzir à unicidade, tendo em vista a função ou causa econômica da avença*. Podemos, portanto, dizer que *a racionalidade do agente e a motivação do ato devem ser consideradas quando da análise do negócio*. A jurisprudência nos mostra que estes são os elementos que amalgamarão os contratos que compõem aquele misto.

1.10 O conceito de contrato de distribuição e a jurisprudência brasileira

Debruçando-nos ainda mais sobre a análise jurisprudencial nela encontramos elementos que nos auxiliarão na correta delimitação do contrato de distribuição. O exame sistemático do tra-

balho pretoriano⁸⁴ autoriza-nos a identificar os seguintes fatores que são normalmente vinculados ao contrato de distribuição:

a) encerra várias operações de compra e venda de bens, destinados à revenda pelo distribuidor. Essas compras e ven-

⁽⁸⁴⁾ Vale, aqui, alinhar algumas decisões que nos auxiliaram a construir as conclusões expostas neste trabalho sobre a noção do contrato de distribuição: Recurso de Ap 79.863, julgado em 10.10.1972, relatado pelo Des. Antônio Pereira Pinto, do Tribunal de Justiça da Guanabara, publicado na *Revista Forense* 154/157; Embargos de Declaração s/n, julgado em 16.02.1981, relatado pelo Des. Francis Davis, do TJSP, publicado na *Lex* 83/260; Recurso de Ap 234.125-2, julgado em 16.08.1994, relatado pelo Juiz Franciulli Netto, do TACivSP, publicado na *Lex* 161/27; RE 78.051, julgado em 27.08.1974, relatado pelo Min. Thompson Flores, do STF, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 72/881; EI no Recurso de Ap 7.166, julgado em 21.11.1976, relatado pelo Des. Paulo Dourado de Gusmão, do TJRJ, publicado na *RT* 536/172; Recurso de Ap 15.208, julgado em 10.10.1981, relatado pelo Des. Dourado de Gusmão, do TJRJ; Recurso de Ap 80.320-2, julgado em 24.10.1984, relatado pelo Des. Bueno Magano, do TJSP, *Lex* 92/232; Recurso de Ap 116.091, julgado em 07.10.1991, relatado pelo Des. Tibagy Salles, do TJMG; Recurso de Ap 590.017.778-RS, julgado em 12.06.1990, relatado pelo Des. Ruy Rosado Aguiar, do TJRS; Recurso de Ap 593.136.930-RS, julgado em 21.12.1993, relatado pelo Des. Adroaldo Furtado Fabrício, do TJRS; Recurso de Ap 144.293-1-SP, julgado em 19.06.1991, relatado pelo Des. Carlos Mello, do TJSP; EI na Ap 14.412-1, julgado em 22.06.1982, relatado pelo Des. Evaristo dos Santos, publicado na *Lex* 79/250; RE 80.336-RJ, julgado em 12.05.1981, relatado pelo Min. Cunha Peixoto, do STF; e Recurso de Ap 57.552-1, julgado em 30.04.1985, relatado pelo Des. Rangel Dinamarco, do TJSP, publicado na *Lex* 96/144.

das seriam unificadas por uma *identidade de causa* (= função econômica);⁸⁵

b) o proveito econômico do distribuidor equivale ao lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda (= margem de comercialização);

c) a propriedade do bem passa do fabricante ao distribuidor e, posteriormente, ao terceiro adquirente. Ou seja, o distribuidor vende um bem de sua propriedade e não realiza uma mera intermediação entre o fabricante e o distribuidor final (como ocorre, por exemplo, na representação comercial);

d) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em uma determinada zona;

e) há vinculação (ou mesmo subordinação) econômica entre o fabricante e o distribuidor.

A análise efetuada demonstra que os itens “a” a “c” são condições *sine qua non* para a caracterização do contrato de distribuição e os *verdadeiros elementos que o apartam de outros pactos como a representação comercial. Por outro lado, a determinação da zona de comercialização pode ou não estar presente, assim como a dependência econômica. Essa visão dos Tribunais*

⁽⁸⁵⁾ Como exemplo, o seguinte julgado do TJSP: “(...) O contrato, visto como um todo e todo ele voltado a uma só função econômica, deixou de existir no momento em que uma das suas partes foi voluntariamente eliminada. (...) Em face dessa unidade teleológica a ligar as diversas cláusulas do contrato e recíprocas obrigações constituídas entre as partes, acertadamente andou o Magistrado ao julgar improcedente a demanda indenizatória proposta pela fornecedora Companhia Atlantic de Petróleo (...)” (Recurso de Ap 57.552-1, julgado em 30.04.1985, relatado pelo Des. Rangel Dinamarco, supra-referido).

brasileiros é perfeitamente condizente com a realidade econômica atual – e consoante a doutrina européia que trata da questão.

Aliás, merece ser observado desde logo que muitos julgados nacionais vêm encarando os contratos de distribuição de forma bastante condizente com praxe empresarial, dando tratamento de ponta a questões ainda não destrinchadas suficientemente pela doutrina. Por exemplo, como será adiante visto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou a discriminação, pelo fornecedor, entre os distribuidores de um mesmo produto, com base na legislação de direito concorrencial,⁸⁶ bem como tem reconhecido, em muitos casos, o poder econômico do fornecedor sobre seus distribuidores, procurando dar-lhes a devida proteção com o escopo de neutralizar os efeitos de eventual abuso de dependência econômica.

1.11 Os contratos de distribuição na Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”)

Já foi mencionado anteriormente que a atipicidade legal dos contratos de distribuição foi parcialmente quebrada, em 1979, pela promulgação da Lei 6.729, conhecida como *Lei Ferrari*. Cuida o diploma específica e exclusivamente da “distribuição de veículos automotores, de via terrestre”. Fruto de intensos debates – e do antagonismo de interesses das montadoras e seus concessionários –, a lei pretendia ser um instrumento que viabilizasse o “convívio equilibrado, harmonioso” entre esses agentes econômicos, considerando o fato de que a distribuição de veículos implica a atuação de vários concessionários, formando uma rede.

⁽⁸⁶⁾ Recurso de Ap 144.293-1/0, julgado em 19.06.1991, relator Des. Carlos Mello.

Segundo sua exposição de motivos, “[a]s normas contratuais (...) extrapolam para todos os concessionários, que constituem verdadeira comunhão de interesses, de tal sorte que o procedimento de cada um não pode prejudicar aos demais; não é sem razão que se considera a rede de concessionários como uma unidade integrada de inúmeros componentes. Pelo que as normas de regência entre concedente e concessionário têm caráter de atuação coletiva em relação à rede”.

O objeto do contrato celebrado entre fabricante e distribuidores é: (i) a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor; (ii) a prestação de assistência técnica; e (iii) o uso gratuito da marca do concedente. O sistema introduzido pela lei regula a constituição das chamadas “redes de distribuidores”, ou seja, autoriza a realização desses acordos verticais. *Específica para um determinado setor da economia*, não se pode olvidar de que não estamos diante de um diploma que regulamenta apenas as relações entre as “partes” (concessionários e fabricantes), mas também aspectos concorrenciais, ligados ao funcionamento *desse* mercado.

Entre todos os problemas práticos que emergem dessa lei, um é especialmente delicado pela quantidade de conflitos que gera: qual o grau de concorrência entre os concessionários que deve ser admitido? Como balancear a concorrência entre os concessionários de forma a não prejudicar a competição entre as fabricantes?

Admite a lei a imposição da *exclusividade de venda* para veículos automotores *novos* (art. 3.º, III, b).⁸⁷ Enuncia a lei, também, que ao concessionário (art. 4.º) é assegurada a comerciali-

⁽⁸⁷⁾ Vide capítulo terceiro, item 8, e item 12 deste capítulo.

zação de veículos usados de outras marcas, bem como de implementos e componentes novos produzidos ou fornecidos por terceiros, respeitado, quanto aos componentes, eventual índice de fidelidade de compra.

A lei estabelece, ainda, a conhecida “área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades”, dizendo-a “inerente à concessão” (art. 5.º). Seria, pois, “defesa” ao concessionário “a prática” de suas “atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada”. Ao mesmo tempo, busca-se preservar o consumidor contra eventuais abusos, garantindo-lhe o direito de proceder à aquisição dos bens e serviços em qualquer concessionário.⁸⁸ Lida-se também com a *divisão de mercado* entre os concessionários da mesma marca, admitindo-se que ocorra a *venda direta* pelo concedente em determinadas condições (art. 14).

Após a reforma da Lei Ferrari, ocorrida em 1990, ficou estabelecido que o *preço* a ser praticado pelos distribuidores seria livremente fixado (art. 13).⁸⁹ Por óbvio, *isso fomenta a concorrência entre os concessionários de uma mesma marca, obrigando*

⁽⁸⁸⁾ Toda essa questão, ligada ao sensível problema da *exclusividade de zona* de atuação do concessionário, será detalhadamente tratada quando da análise das cláusulas comuns nos contratos de distribuição (capítulo quinto).

⁽⁸⁹⁾ Originalmente, estabelecia a Lei Ferrari que o preço de venda poderia ser fixado pelo concedente. Assim, arrefecia-se a concorrência entre os distribuidores, em detrimento dos interesses dos fabricantes. Sustentam os concessionários que a modificação introduzida em 1990 forçou uma diminuição na sua margem de lucros. A leitura da exposição de motivos da reforma faz entrever o seu objetivo de fomento da competição entre os distribuidores da mesma marca.

do-os, muitas vezes, a diminuir sua margem de lucro. Ao mesmo tempo, pode o fabricante impor *quantidades obrigatórias de estoque* (art. 10), *quota de veículos* (art. 7.º), bem como *índice de fidelidade* de compra dos componentes (art. 8.º).

A subordinação econômica dos concessionários ao fabricante é a regra, na maioria dos casos.⁹⁰ Por isso, o art. 16 e seguintes buscam resguardar os distribuidores contra eventuais abusos. Na mesma linha, o contrato é sempre celebrado por prazo indeterminado e somente pode ser denunciado nas condições da lei (art. 21 e seguintes).

1.12 Necessária interpretação restritiva da Lei Ferrari

Inserir-se na discussão sobre a caracterização do contrato de distribuição e do regramento jurídico sobre ele incidente a questão dos limites da aplicação da Lei Ferrari. Há dúvidas se esse diploma poderia disciplinar negócios outros que não aqueles celebrados entre fabricantes e comerciantes de veículos automotores de via terrestre.

⁽⁹⁰⁾ Sobre essa questão, é expressa a Exposição de Motivos: “a própria circunstância de uma grande empresa necessitar de uma rede para a comercialização e assistência técnica de seus produtos, ao mesmo tempo em que evidencia o seu extraordinário porte econômico e tecnológico, suscita a desigualdade decorrente do estilhecimento da relação, na medida em que confronte a grande unidade da empresa concedente com os concessionários, limitados na sua capacidade negocial em razão de seu porte e da sua multiplicidade. O concedente, como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólios justapostos, um terrível poder de domínio”.

Formou-se relativo consenso jurisprudencial⁹¹ de que essa lei requer interpretação restritiva, ou seja, *a Lei Ferrari não deve regular os contratos de distribuição que não tratam das relações entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre*. Em nossa opinião, a questão não poderia ter recebido tratamento mais adequado pela jurisprudência. Como já destacamos com o Prof. Eros Roberto Grau,⁹² a Lei Ferrari é uma *lei específica* que autoriza, inclusive, restrições à livre concorrência e à livre iniciativa,⁹³ cuja possibilidade, limites e fundamentos estão especificadamente delineados no texto normativo.

Em se tratando de um diploma específico, talhado para determinado setor da economia, a Lei 6.729, de 1979, não admite *interpretação extensiva*, sob pena de, artificialmente, causar marcadas distorções, fazendo incidir sobre mercados com outras peculiaridades, regras concebidas exclusivamente para a distribuição de veículos automotores.⁹⁴

⁽⁹¹⁾ Ver os seguintes julgados: REsp 88.565, julgado em 08.11.1997, relatado pelo Min. Menezes Direito, do STJ; REsp 59.382-4, julgado em 24.06.1996, relatado pelo Min. Waldemar Zveiter, do STJ; REsp 86.571, julgado em 19.11.1998, relatado pelo Min. Nilson Naves, do STJ; AgRg em AgIn 43.329-3, julgado em 15.03.1994, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, do STJ; e EI em Ap 134.129-1, julgado em 30.06.1992, relatado pelo Des. Walter Moraes, do TJSP, publicado na *Lex* 141/301.

⁽⁹²⁾ Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”).

⁽⁹³⁾ Em virtude, principalmente, de algumas cláusulas que são expressamente permitidas, como a exclusividade e a delimitação de zona de atuação.

⁽⁹⁴⁾ Os textos normativos excepcionais não se prestam à interpretação analógica, como advertiu, há muito, Paula Baptista: “As leis chamadas *anormais*, derogatórias do direito comum (*jus*

É indiscutível, contudo, que há outros setores da economia nacional que clamam por regulamentação; muitas vezes, os distribuidores vêem-se privados da devida tutela de seus interesses porque falta legislação específica que discipline a relação com os fornecedores. Trata-se de conclusão inegável que exsurge da observação cotidiana dos contratos atípicos de distribuição. O novo Código Civil, muito embora preveja regras que se prestam à proteção das partes em situação de dependência econômica (por exemplo, arts. 473 e 187), não deverá alcançar o mesmo grau de efetividade da Lei Ferrari, ou mesmo da Lei do Representante Comercial.

1.13 Distinção entre o contrato de distribuição e outras figuras jurídicas

Delineados os contornos do principal objeto do nosso estudo, é preciso separá-lo de outros acordos verticais que com ele guardam alguma semelhança.

1.14 Contrato de distribuição e representação comercial

A diferenciação entre contratos de distribuição e a representação comercial, longe de ser uma questão eminentemente teórica, é essencial na realidade dos agentes econômicos. Essa rele-

singulare), não comportam extensão por *analogia*; porquanto, visto como são leis *excepcionais*, fundadas em motivos estranhos às razões do direito (*ratio juris* ou *tenor rationis*), tudo quanto se não contém em suas disposições formais pertence ao direito comum, que é o que existe fora delas, e do particular se não pode concluir para o geral” (*Hermenêutica jurídica*, p. 47).

vância decorre precipuamente do *valor da indenização* devido no caso de denúncia contratual unilateral e imotivada do fabricante. Comprovado tratar-se de representação comercial, ao representante caberá o montante calculado conforme o disposto no art. 27, *j*, da Lei 4.886, de 1965. No que se refere ao contrato de distribuição, o valor da indenização será deveras variável, além de acarretar a incidência do art. 473, parágrafo único, do Código Civil, com as dificuldades inerentes à determinação do prazo ali referido. Destarte, a insegurança jurídica será de certa forma evitada se estivermos diante de um contrato de representação comercial e não de distribuição, uma vez que teremos a incidência de uma “fórmula” a ser aplicada no cálculo da reparação.

Mas como distinguir um contrato de distribuição daquele de representação comercial? A representação comercial, entre nós, é regida pela Lei 4.886, de 1965, supramencionada, consoante redação que lhe foi dada pela Lei 8.420, de 1992. Incidem, também, as normas dos arts. 710 a 721 do CC. Caracteriza esse tipo de contrato a intermediação de vendas (agenciamento) levada a efeito pelo representante comercial. Assim, é o representante quem consegue a venda, aproxima o fabricante do adquirente, recebendo uma comissão por esse trabalho. A compra e venda é celebrada, diretamente, entre o fornecedor e o consumidor, agindo o representante como um “catalisador” ou “intermediário” nesse processo. O art. 1.º do citado diploma determina:⁹⁵

⁽⁹⁵⁾ A Lei 4.886, de 1965, permanece em vigor, ao lado das disposições do novo Código Civil, por força do disposto no art. 2.º da Lei de Introdução: “Art. 2.º (...) § 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica

“Art. 1.º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.”

A doutrina nacional, à unanimidade, salienta os aspectos característicos da representação comercial, destacando a intermediação (agenciamento) de negócios. Segundo Waldírio Bulgarelli, trata-se de “uma atividade de intermediação a exercida pelo representante comercial autônomo, em caráter profissional, sem dependência hierárquica, mas, de acordo com as instruções do representado (...) o representante (...) presta serviços, através do exercício da atividade de recolher (ou agenciar, como diz a lei) propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado”.⁹⁶

a lei anterior”. No caso da representação comercial, temos que a lei nova (Código Civil) não revoga expressamente a lei de representação comercial, não é com ela incompatível e tampouco regula a matéria inteiramente; daí que as disposições do Código Civil (artigos 710 e seguintes) estão em vigor, “a par das já existentes”, ou seja, daquelas contidas na Lei 4.886, de 1965.

⁽⁹⁶⁾ *Contratos mercantis*, p. 471-472. Carlos Alberto Bittar ensina que o contrato de representação comercial é um “ajuste por meio do qual uma das partes (o representante), em favor e por conta da outra (o representado, normalmente empresa produtora ou fabricante), colhe e encaminha pedidos de compras, realizando-se posteriormente o negócio jurídico visado entre os interessados. Constitui, assim, contrato de aproximação ou de intermediação entre os interessados ou de recepção de clientela para posterior efetivação da venda diretamente pelo representado” (*Contratos comerciais*, p. 81).

A distinção entre as vendas efetuadas por um sujeito enquanto representante e distribuidor é patente: como distribuidor, adquire bens *em nome próprio*, que são em seu nome faturados. Com a revenda posterior, seu proveito econômico é a diferença entre o preço de aquisição e o preço de venda ao adquirente. O valor da venda é determinado pelo distribuidor (proprietário do bem alienado), a não ser que haja acordo em sentido contrário.⁹⁷

Na representação, a venda é diretamente realizada pelo fornecedor aos adquirentes. A remuneração consiste na comissão previamente ajustada. O preço do bem é estabelecido pelo proprietário, ou seja, pelo fornecedor representado, cabendo ao representante apenas segui-lo.⁹⁸

1.15 Contrato de distribuição e contrato de sociedade/contrato plurilateral

A celebração do contrato de distribuição, embora envolva colaboração e um certo escopo comum das partes, não caracteri-

⁽⁹⁷⁾ Essa é uma das questões mais controvertidas sobre a distribuição comercial pelos impactos anticoncorrenciais que pode trazer; tratamos a seu respeito no capítulo quarto.

⁽⁹⁸⁾ Impossível, pois, a confusão, como bem assinala Rubens Requião: “Na verdade, quando o contrato de concessão de venda com exclusividade se estabelece entre o concedente e o concessionário, aquele se compromete a vender o produto e este se compromete a comprá-lo; aquele entregará a coisa e este pagará o preço. Por outro lado, esse mecanismo fundamental e básico, por si só, afasta a possibilidade de o nosso contrato ser classificado entre os contratos de mediação ou de intermediação. Nos contratos desse tipo, entre os quais se salienta pela sua modernidade o contrato de agência ou o contrato de representação comercial, o agente ou representante não adquire a mercadoria, não a compra, a qual assim

za um contrato de sociedade. Isso porque para haver sociedade é necessária a presença de alguns requisitos essenciais, sem os quais ela simplesmente não existe. A esse respeito, a doutrina é absolutamente unânime. Por todas, citamos a lição de Orlando Gomes, para quem são fundamentais à efetivação da sociedade: (i) fim comum, a ser alcançado pela cooperação dos sócios; (ii) contribuição dos sócios em esforços ou recursos que são comuns; e (iii) *affectio societatis*.⁹⁹

não se incorpora em seu patrimônio e não constitui sua propriedade. Ele apenas aproxima as partes, realizando o negócio para outrem. A compra e venda, destarte, se estabelece entre vendedor e comprador, em consequência de sua aproximação pelo mediador” (*Aspectos modernos de direito comercial*, p. 128). V., também, do mesmo autor, *Do representante comercial*, p. 41-43. Em igual sentido, Orlando Gomes: “O exercício da profissão de agente confunde-se, às vezes, com a do distribuidor ou concessionário exclusivo de venda, mas as duas figuras são distintas. O distribuidor é comerciante autônomo. Negocia por sua conta e risco. Constitui categoria econômica correspondente ao exercício de atividade lucrativa peculiar. Consiste essa atividade na revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área. (...) A contrapartida das vendas que faz não é, como sucede com os agentes, uma comissão calculada sobre o preço, mas o lucro obtido com as revendas, feitas, que são, no interesse próprio, enquanto o agente, mesmo exclusivo, venda mercadoria de outrem, por conta e no interesse deste. O agenciamento supõe representação; a distribuição é incompatível com esta” (*Contratos*, p. 420).

⁹⁹⁾ *Contratos*, p. 443. Com efeito, a *affectio societatis* é o mais importante elemento e aquele que caracteriza a sociedade, diferenciando-a de outros tipos de contrato. Prossegue o mestre baiano: “A *affectio societatis* é o elemento psicológico considerado deci-

Por óbvio, apenas haverá sociedade quando as partes pretenderem reunir esforços, suportando igual e conjuntamente as âleas, os riscos e as perdas. Por essa razão, Orlando Gomes diz que a *affectio societatis* expressa-se, “em termos mais objetivos”, “sob o aspecto da partilha obrigatória dos lucros e perdas”.¹⁰⁰ Devemos ter sempre em mente a lição de Lagarde, lembrada por Rubens Requião, no sentido de que a *affectio societatis* é caracterizada “por uma vontade de união e aceitação das âleas comuns”.¹⁰¹ *sem divisão de riscos (e disposição para arcar com os prejuízos), não há sociedade*.¹⁰²

sivo para a caracterização do contrato, elemento que possibilita distingui-lo de figuras afins, como a parceria, a edição, certos contratos de trabalho e, de modo geral, os negócios parciários, nos quais, conforme noção pacífica, promete alguém determinadas prestações em troca de participação nos que outrem venha a obter” (p. 444).

¹⁰⁰⁾ *Contratos*, p. 444.

¹⁰¹⁾ *Curso de direito comercial*, p. 363. João Eunápio Borges esclarece: “O que realmente caracteriza a sociedade – porque apenas nela se encontra – é (...) a repercussão direta sobre o patrimônio dos sócios dos atos de gestão social, das obrigações assumidas em nome da sociedade pelo representante desta. Isso não ocorre nas outras relações: se um dos condôminos contrai dívidas, apenas o seu quinhão da coisa indivisa responderá por elas. Não se obriga pelas dívidas do comerciante, nem o capitalista que lhe emprestou dinheiro sob a cláusula de participação nos lucros, nem o empregado interessado nos mesmos lucros. Inversamente, as obrigações daquele capitalista ou deste empregada não atingem o comerciante devedor ou patrão. As dívidas da companhia teatral não se comunicam ao dono do teatro alugado àquela mediante o aluguel variável de tantos por cento sobre as rendas dos espetáculos etc.” (*Curso de direito comercial terrestre*, p. 266).

¹⁰²⁾ V. art. 981 do CC.

Fábio Konder Comparato entende que a “comunhão de escopo”, “elemento diretor e unificador da relação societária” implica a *participação dos sócios nos resultados deficitários*. O risco inerente à atividade societária envolve também a predisposição à *partilha do prejuízo* (e não somente dos lucros).¹⁰³

Portanto, a partir do momento em que não há divisão das áreas comuns, inexistente *affectio societatis* entre fornecedor e distribuidor, não podemos admitir a existência de um contrato de sociedade entre eles.¹⁰⁴ Cada um dos agentes econômicos pretenderá auferir lucro de sua própria atividade econômica (o fornecedor, da venda para o distribuidor e este da alienação para o terceiro). Assim, a vantagem de cada participante reflete, diretamente, na sua economia individual e não na consecução de um lucro a ser distribuído entre os que têm parte no contrato.¹⁰⁵

É bem verdade que todos lucrarão se a atividade for profícua; há uma *interdependência do sucesso empresarial*, mesmo porque se trata de uma *atividade de cooperação*, de um *contrato relacional*. Mas o eventual prejuízo do fabricante não haverá de ser suportado pelo distribuidor – e vice-versa. No atual estágio de evolução doutrinária, é inadmissível que se confunda a *affectio societatis* com a *cooperação ou colaboração dos sócios*.

Já se pretendeu ver no contrato de distribuição um contrato plurilateral,¹⁰⁶ tal como divulgado por Tullio Ascarelli. Isso por-

(103) *Direito empresarial*, p. 153.

(104) Sobre a inexistência de *affectio societatis* nos contratos de distribuição, v. Amiel-Cosme, *Le réseaux de distribution*, p. 134 e ss. Ao contrário, o autor acredita na existência de uma *affectio cooperandi* nesse tipo de avença.

(105) V. Tullio Ascarelli, *O contrato plurilateral*, p. 328.

(106) Claudineu de Melo, *Contrato de distribuição*, p. 76 e ss.

que se entendeu – a nosso ver, equivocadamente – que o contrato de distribuição seria celebrado entre o fabricante e todos os seus distribuidores. O contrato plurilateral caracteriza-se (i) pela possibilidade da participação de mais de duas partes e (ii) por decorrerem do contrato obrigações e direitos para todos os sujeitos.¹⁰⁷ O exemplo dado pelo mestre, além das sociedades, é a associação de sujeitos para realizarem uma compra de bens que serve a todos.

Ocorre que o contrato de distribuição é celebrado entre o fornecedor e *cada um* de seus distribuidores. O fato de, muitas vezes, essas avenças seguirem cláusulas padrão não faz com que possamos reconduzi-las a apenas um contrato, a um só negócio jurídico. O contrato de distribuição é bilateral, como sempre assinalou Rubens Requião e, mais recentemente, Giorgio Barbieri.¹⁰⁸ Ademais, o fornecedor pode garantir a cada um de seus distribuidores condições de comercialização diversas, sem, com isso, descaracterizar o contrato de distribuição.¹⁰⁹ Por fim,

(107) Tullio Ascarelli, *O contrato plurilateral*, p. 275.

(108) Giorgio Barbieri entende que o moderno contrato de distribuição é um contrato comercial, bilateral, sinalagmático, de execução continuada, celebrado *intuitu personae* (*Contratti della distribuzione*, p. 226). Também para v. Yves Guyon, o contrato de concessão comercial é celebrado “em considération de la personne” (*Droit des affaires*, p. 881). Sobre o caráter “intuitus personae” dos contratos da distribuição, e sua atenuação nos dias de hoje, v. Martine Behar-Touchais e Georges Virassamy, *Les contrats de la distribution*, p. 288 e ss. Os mesmos autores tratam da questão do “intuitus firmæ”, que pode ser determinante para a escolha da contraparte do contrato de distribuição.

(109) Lembre-se, contudo, que a discriminação entre os distribuidores pode caracterizar um ilícito antitruste, fazendo incidir o art. 20 da Lei 8.884, de 1994, c/c o seu art. 21, XII.

os interesses na distribuição não são “plurilaterais e comuns”, como ocorre nos contratos plurilaterais. Obviamente, tanto o fornecedor quanto o distribuidor buscam o sucesso do empreendimento, mas daí não decorre que todos os interesses sejam comuns; muito ao contrário.

Ademais, o contrato de distribuição em si não deve ser juridicamente confundido com a *convenção de marca*, disciplinada pelo art. 17 da Lei 6.729, de 1979, e da qual participam o produtor e a respectiva rede de distribuição.¹¹⁰ A convenção de marca *aglutina-se a cada um dos contratos de distribuição* realizados entre o fabricante e sua rede, integrando-o quanto a direitos e obrigações (inclusive perante os outros concessionários).

1.16 Contrato de distribuição e contrato de fornecimento

Em sentido amplo, vista a questão sob a ótica do distribuidor, o contrato que celebra com o fornecedor e que lhe garante a provisão poderia ser chamado “contrato de fornecimento”. Na prática, a diferença entre contratos de distribuição e de fornecimento está na *ênfase maior das obrigações disciplinadas e nas características do produto comercializado*.¹¹¹ Geralmente, contratos de fornecimento têm por objeto matérias-primas que, posteriormente, serão processadas pelo adquirente ou utilizadas no processo de produção, ao passo que os contratos de distribuição normalmente tratam com bens de capital ou de consumo que necessitam de distribuição capilarizada. A principal dessemelhança reside, no entanto, na ênfase, no escopo do negócio (*função econômica*): o con-

¹¹⁰ Conforme previsão do inciso II do art. 17 da Lei 6.729, de 1979.

¹¹¹ Nesse sentido, Fabio Bortolotti, *Concessione di vendita*, p. 223.

trato de distribuição visa à colocação do bem junto ao público adquirente; o contrato de fornecimento tem por efeito ligar o produtor da matéria-prima ou do insumo ao industrial. Por essa razão, Rubens Requião elucida que “o fornecimento serve para satisfazer necessidades próprias do comprador, ao passo que a compra e venda com exclusividade visa a fornecer ao concessionário bens para revender ou para dar em locação”.¹¹²⁻¹¹³ “[A] diferença é flagrante, pois no contrato de fornecimento as prestações se executam periodicamente, pela tradição contínua de coisas, ao passo que no contrato de concessão comercial o concedente e o concessionário se obrigam a diferentes prestações, muito mais do que o simples pagamento do preço e da tradição periódica de coisas”.¹¹⁴

¹¹² *Aspectos modernos de direito comercial*, p. 129.

¹¹³ A confusão acentua-se quando consideramos a disposição do art. 1.559 do CC italiano, que disciplina os contratos de “*somministrazione*”: “Art. 1.559 – *Nozione* – La *somministrazione* è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell’altra, prestazioni periodiche o continuative di cose”. Rubens Requião, com apoio nas lições de Franceschelli, bem adverte que o contrato de distribuição (concessão) não é tão simples como o negócio previsto no art. 1.559 do *Codice Civile*. Por fim vale anotar a opinião de Bortolotti, comentando a doutrina que pretende fazer subsumir o contrato de distribuição à hipótese normativa do art. 1.559 do *Codice Civile*: “un contratto, come la concessione di vendita, nel quale assume un’importanza prevalente un’attività di collaborazione nella distribuzione, non si presta ad essere inquadrato puramente e semplicemente in un contratto di scambio come la *somministrazione*, se non a costo di dargli una disciplina carente e contraddittoria” (*Concessione di vendita*, p. 226).

¹¹⁴ Rubens Requião, *Aspectos modernos de direito comercial*, p. 129.

1.17 Contrato de distribuição e contrato de franquia

Na definição do Fran Martins, o contrato de franquia é aquele “que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essas estejam ligadas por vínculo de subordinação”.¹¹⁵

Podemos constatar que muito da *função econômica* do contrato de distribuição coincide com aquela da franquia, uma vez que ambos são utilizados para *incrementar* o escoamento de bens. Mas a franquia é mais abrangente que a distribuição, mesmo porque, geralmente, implica transferência de tecnologia, de *know-how* da franqueadora para a franqueada. Fábio Konder Comparato, em artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil*, ressalta as diferenças entre a concessão (distribuição) e o contrato de franquia. Nesta, a pedra de toque recai sobre o uso da marca pelo franqueado e a prestação de serviços de organização e de métodos de venda pelo franqueador. O concessionário (distribuidor) seria um mero intermediário entre o concedente e o adquirente, enquanto, na franquia, o franqueador pode ser ele próprio produtor de bens ou de serviços.¹¹⁶⁻¹¹⁷

(115) *Contratos e obrigações comerciais*, p. 486.

(116) Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?, p. 53-54.

(117) Waldírio Bulgarelli dá destaque à licença de uso de marca intrínseca à franquia: “é assim o *franchising* a operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula de exclusividade, garantindo ao beneficiário,

Bulgarelli lembra a semelhança entre os contratos, principalmente em virtude de seu *aspecto funcional*, já que ambos estão ligados à distribuição ou à venda de produtos e à prestação de serviços. Roberto Pardolesi, após o início da vigência do Regulamento 2.790 sobre os acordos verticais, entende que não há mais diferença entre franquia e distribuição, porque não se conseguiria apartar uma da outra.¹¹⁸⁻¹¹⁹

O fato é que, entre nós, atualmente, as franquias encontram tipificação na Lei 8.955, de 1994, cujo art. 2.º dispõe:

“Art. 2.º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de

em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade” (*Contratos mercantis*, p. 484).

(118) Conforme entrevista realizada em Roma, no dia 06.02.2002, na faculdade L.U.I.S.S. Ainda sobre as diferenças e as semelhanças entre o contrato de distribuição e o contrato de franquia, v. Jean Guyènot, *Concessionnaires et commercialisation des marques*, p. 9 e ss.

(119) Na maioria das vezes, a disparidade entre franquia e distribuição reside no fato de que, na primeira, há o pagamento de uma “franchise fee” (ou “taxa de filiação”), enquanto na distribuição o proveito do fornecedor costuma decorrer exclusivamente das operações de compra e venda dos produtos (ou da prestação de serviços). Isso levou Andy C. M. Chen e Keith N. Hylton a afirmarem que “[u]nlike charging distributors a uniform price for each additional unit they purchase, a two-part tariff pricing scheme is the most unique feature that distinguishes *franchising* from other *distribution* methods” (Procompetitive theories of vertical control, p. 607).

negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Como se vê, o conceito de contrato de franquia diz respeito à distribuição de produtos ou serviços, o que faz com que, em seu âmago, comungue elementos característicos do contrato de distribuição,¹²⁰ sendo-lhe crucial a licença de uso da marca. Razão assistiria então à doutrina nacional que aparta as avenças conforme a ênfase das obrigações contratadas, mas admite que a função econômica é bastante semelhante.

A prática brasileira encerra uma peculiaridade digna de nota. Com o advento da Lei de Franquias (Lei 8.955, de 1994), vários negócios que eram estruturados juridicamente sobre esse tipo de avença passaram a perfilar-se como contratos de distribuição, para esquivar o fornecedor das obrigações estabelecidas naquele diploma. Por isso mais do que em qualquer outro país, confundem-se entre nós as fronteiras entre a franquia e a distribuição.

1.18 Contrato de distribuição e contrato de comissão mercantil

Pela comissão mercantil, um comerciante (comissário), em seu nome e por conta de outrem (comitente), comercializa os bens que lhe são entregues por outro agente econômico. É o que dispõe o art. 693 do CC.¹²¹ Ou, como quer Vivante:

⁽¹²⁰⁾ Ainda sobre a identidade das funções econômicas dos contratos de distribuição e franquia, v. Pardolesi, *La natura del contratto di franchising*, p. 191 e ss.

⁽¹²¹⁾ “Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.”

“Quando il mandatario tratta l'affare in nome proprio, e quindi assume personalmente i diritti e gli obblighi che ne derivano, prende più propriamente il nome di commissionario, e l'affare prende il nome di contratto di commissione.”¹²²

Por isso, a doutrina assinala que a comissão mercantil é espécie de mandato sem representação. Essa forma contratual foi usada no passado para viabilizar o escoamento da produção de café: havia então os “comissários de café” que, em seu nome, comercializavam os grãos recebidos dos plantadores. Assumiu a concessão singular importância no desenvolvimento do comércio internacional, pois viabilizava a um fabricante distribuir seus produtos em outra praça, sem ter de assumir as áleas do desbravamento de um mercado não conhecido.¹²³

O comissário negocia com terceiros em seu nome, *embora venda (ou compre) uma mercadoria que não é sua*. Por esse motivo, Carvalho de Mendonça acentua que “o comissário não representa o comitente, contrata no próprio nome”.¹²⁴ Vende — é bem verdade — mercadoria que, na realidade, não lhe pertence, mas sim ao comitente. É sempre atual a lição de Cairu:

⁽¹²²⁾ *Istituzioni di diritto commerciale*, p. 263. Sobre o contrato de comissão mercantil, indispensável a consulta à obra *Le contrat de commission*, organizada por Joseph Hamel.

⁽¹²³⁾ Ou uma “distantíssima praça”, como quer Visconde de Cairu, *Princípios de direito mercantil*, p. 476. Sobre a mesma questão, v. Eduardo Espínola explicando a lição de Bolaffio, *Mandato e Comissão mercantil — Questões jurídicas e pareceres*, p. 330-331.

⁽¹²⁴⁾ *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 287. Waldemar Ferreira lembra que “o comissário agirá em seu próprio nome, como vendedor, que efetivamente é, de quanto se lhe consignou para vender” (*Tratado de direito comercial*, vol. 11, p. 89).

“As mercadorias compradas pelo Commissario passam inteiramente ao domínio do Commettente, que ordenou a sua compra, ou por conta da pessoa de quem se deu a ordem, e se executou a Comissão; vista a regra, que o que faz por intermédio de outro he visto fazê-lo por si proprio.”¹²⁵

Da mesma forma, os proventos que derivam da comercialização dos bens não pertencem ao comissário, mas sim ao comitente. Diz-se, inclusive – embora a questão seja controvertida –, que o comissário é mero “detentor” dos proventos, porque lhes deve entregar ao comitente. Tem menos do que a posse.

Lembradas as lições de nossa doutrina, resta patente a diferenciação entre o contrato de comissão mercantil e o de distribuição: naquele, a propriedade do bem vendido não pertence ao comissário, enquanto na distribuição a transferência da propriedade (i.e., compra pelo distribuidor) é indispensável. Igualmente, as receitas derivadas da venda final, na comissão, são do comitente, ao passo que na distribuição integram o proveito econômico a ser auferido pelo distribuidor.

1.19 Contrato de distribuição e contrato estimatório

Dispõe o art. 534 do CC que “[p]elo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada”. Por sua vez, o art. 537 determina que “[o] consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição”.

⁽¹²⁵⁾ *Princípios de direito mercantil*, p. 481.

Dessa forma, no contrato estimatório (ou de consignação), o consignatário detém a *posse* do bem a ser comercializado; sua propriedade, ocorrendo a venda pelo consignatário a terceiro, passará direta e plenamente para o adquirente.¹²⁶ Assim, no contrato de consignação (tal como ocorre na comissão), o consignatário vende, em nome próprio, mercadoria que não lhe pertence.

Uma particularidade, no caso, é que o consignante, embora mantenha a propriedade do bem, tem cerceado seu poder de *disposição* durante o prazo contratual. Note-se que é facultado ao consignatário, na vigência do contrato, adquirir a propriedade do bem consignado, pagando o preço ajustado ao consignante (apesar de tal ato fugir à função econômica típica da avença, atrelada também ao escoamento da produção).

As diferenças entre o contrato de distribuição e de consignação são evidentes:

(i) na distribuição, o distribuidor adquire o bem para posterior revenda; na consignação, a propriedade do bem passa, diretamente, do consignante para o terceiro adquirente¹²⁷ (ainda que o consignante tenha ceifado seu poder de disposição);

⁽¹²⁶⁾ “A propriedade – após o contrato estimatório e a tradição do bem – continua com o outorgante. O poder de disposição é que passa ao outorgado” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXXIX, p. 419).

⁽¹²⁷⁾ Por isso, diz Pontes de Miranda: “O poder de dispor da propriedade em princípio pertence a quem tem a propriedade. Mas, no contrato estimatório, tem-no o outorgado, e não no tem o outorgante. Será que ele transferiu a propriedade? De modo nenhum. Se houvesse transferido a propriedade do bem, não se trataria de contrato estimatório, mas de compra-e-venda, provavelmente de compra-e-venda para revenda” (*Tratado de direito privado*, t.

(ii) ao contrário do distribuidor, o consignatário vende mercadoria que não lhe pertence. Ou, como quer Pontes, “o outorgado [consignatário] foi a pessoa através de quem se fez a alienação ao terceiro (compra-e-venda), ou a quem se fez”. Aliás, o “outorgado pode dispor do bem mesmo contra a vontade do dono, outorgante no contrato estimatório”.¹²⁸

(iii) o consignatário é possuidor do bem; o distribuidor, seu proprietário;

(iv) o consignatário pode restituir ao consignante as coisas que não vender; na distribuição, não há que se falar em “restituição”, porquanto não se pode “restituir” uma coisa a alguém que não é mais seu proprietário e, conseqüentemente, não tem obrigação de aceitá-la de volta.¹²⁹

XXXIX, p. 421). A doutrina italiana, comentando o art. 1556 do *Codice Civile* – com redação bastante semelhante ao nosso art. 534 –, entende que a propriedade do bem consignado não se transfere ao consignatário, uma vez que o texto normativo (i) traz o verbo “restituir”, ou seja, presume-se que somente se pode “restituir” algo a quem é seu proprietário e (ii) deixa claro que o bem dado em consignação é impenhorável em decorrência de dívidas do consignatário, antes de pago integralmente o preço. Ora, se a propriedade do bem fosse do outorgado, haveria de ser penhorável por credores seus (cf. Rosario Mazzone, *Contratto estimatorio*, p. 652; Carlo Giannattasio, *Contratto estimatorio*, p. 88 e Pietro Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, p. 964).

⁽¹²⁸⁾ Tratado de direito privado, t. XXXIX, p. 422-423.

⁽¹²⁹⁾ O risco assumido pelo consignatário é inferior ao do distribuidor, na medida em que o primeiro não assume “il rischio dell’invenduto”, ou seja, o risco derivado do “encalhe” da mercadoria.

1.20 O novo Código Civil e a disciplina dos contratos de concessão comercial (distribuição)

A primeira vista, a polissemia do termo *distribuição* pode levar à conclusão de que os arts. 710 e seguintes¹³⁰ do CC teriam tipificado o negócio. Essa assertiva seria, contudo, incompatível com a natureza do contrato de distribuição (= concessão comercial), bem como com nossa tradição doutrinária e jurisprudencial. A despeito da confusa redação, é possível concluir que a hipótese normativa do art. 710 prevê dois tipos de contratos de agência (ou seja, de representação comercial) (i) o contrato de agência *puro*, em que o representante agencia as vendas em nome e por conta do representado e (ii) o contrato de *agência-distribuição*, contemplando as hipóteses em que o representante tem à sua disposição a coisa a ser negociada (por exemplo, é mandatário do representado ou tem em seu poder a coisa, para posterior tradição ao eventual adquirente). *A distribuição, no sentido que lhe empresta o Código, é uma espécie de agência; a distribuição comercial, de que tratamos neste trabalho (= concessão comercial), permanece atípica.*

⁽¹³⁰⁾ “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.” O referido dispositivo tem nítida inspiração no art. 1.742 do *Codice Civile*: “Art. 1.742 – Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l’incarico di promuovere, per conto dell’altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata”.

Não se deve considerar a introdução do contrato de agência como uma novidade em nosso ordenamento, porque a diferença entre agência e representação comercial é meramente terminológica e não substancial. Também na Itália, França e Suíça¹³¹ os contratos de representação comercial tomam o nome de agência e, nesse passo, vale analisar a fonte em que se saciou nosso legislador para verificar como o contrato é lá caracterizado. Baldassari, em sua monografia acerca do tema, aponta que um dos elementos essenciais do contrato de agência é a remuneração mediante a *provvigione* (cf. art. 1.748 do *Codice Civile*), ou seja, “un compenso di risultato in quanto diretta a costituire il corrispettivo non già del lavoro svolto ma dell’utile conseguito mediante l’opera eseguita dal lavoratore. Sua caratteristica fondamentale è infatti quella di essere un compenso ragguagliato in percentuale agli affari trattati dal lavoratore”.¹³² Tripodi, Castellana e Marinelli assim resumem as principais características do contrato de agência: (i) a obrigação primordial do agente é a promoção dos negócios do proponente, favorecendo a conclusão de contratos com a sua intervenção; (ii) estabilidade da atribuição; (iii) atuação por conta de outrem (salvo quando houver a constituição de mandato, nos termos do art. 1.752 do *Codice*); (iv) direito a uma zona determinada para desenvolver suas atividades; (v) direito à remuneração.¹³³ O *Codice Civile* vai até esse ponto, regulando somente o contrato de agência ou de representação. Na Itália, o contrato de distribuição (concessão comercial) é também considerado atípico.¹³⁴

(131) Cf. Jorge Lobo, *Contrato de “franchising”*, p. 15.

(132) *Contratto di agenzia*, p. 165.

(133) *Guida ai contratti di distribuzione*, p. 80.

(134) No sentido de que “la figura non trova nella (...) legislazione – non diversamente d’altronde dalla quase totalità delle altre

A definição suíça de agência é bastante semelhante à italiana: “le contrat d’agence est celui par lequel l’agent s’oblige à titre permanent à négocier la conclusion d’affaires pour un ou plusieurs mandants ou d’en conclure *en leur nom et pour leur compte*, sans être lié envers eux par un contrat de travail. La rémunération de l’agent est appelée *provision par la loi, qui en fixe les modalités*”.¹³⁵

Nosso legislador “inovou”, colocando a palavra “distribuição” no mesmo dispositivo que prevê a agência; a diferença entre a representação comercial (agência) e a distribuição, segundo o novo Código, é o fato de o distribuidor *ter a coisa à sua disposição*.

Para Rubens Requião, a modalidade contratual da agência-distribuição “decorre do depósito da mercadoria em mãos do agente do produtor. Este não adquire a mercadoria para revendê-la. Fica ela depositada em seu poder, para distribuí-la, fazendo chegar às mãos dos compradores”.¹³⁶ Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, esclarece que “[e]ventualmente, o representado pode confiar ao agente os bens a serem colocados junto à clientela, caso que o Código trata como distribuição, mas não como revenda, visto que os atos de negociação se realizam em nome e por conta do comitente”.¹³⁷

normative europeee – un’ apposita disciplina”. Não obstante, o contrato de distribuição vem se consolidando, na prática, como “socialmente típico” (Buonocore, org., *Manuale di diritto commerciale*, p. 948).

(135) Cf. Jean-Marc Rapp, *Typologie des contrats de distribution*, p. 35.

(136) *Do representante comercial*, p. 46.

(137) Por essa razão, continua o autor, “o contrato, além das normas próprias da agência, rege-se complementarmente pela disciplina

Vimos anteriormente que tanto nossa doutrina quanto nossa jurisprudência sempre apontaram a forma de remuneração como uma das peculiaridades que distinguem o contrato de representação daquele de distribuição; no primeiro, a remuneração consubstancia um *percentual sobre o valor das vendas agenciadas*, enquanto no segundo a margem de comercialização é a compensação pela atividade econômica. O Código, ao referir-se apenas à retribuição no *caput* do art. 710, traz a idéia de uma remuneração não baseada no lucro, mas sim em uma contrapartida oferecida pelo fabricante pela intermediação. O termo *retribuição* significa a contraprestação pela execução de um serviço (tal com a palavra italiana, *provvigione*, empregada pelo *Codice Civile*).

Ainda segundo nossa doutrina e jurisprudência, distingue a representação da distribuição – vimos anteriormente – o fato de que o bem passa da *propriedade do fornecedor para a do distribuidor* (i.e., o distribuidor torna-se senhor da coisa) e, posteriormente, para o terceiro adquirente; o distribuidor compra para revender, *por sua conta e risco*. Já o agente efetua apenas a intermediação, ainda que, em alguns casos, tenha a coisa vendida em depósito, para posterior tradição ao adquirente, ou mesmo poderes para concluir o negócio de alienação.

Um outro aspecto do texto normativo que deixa clara a diferenciação entre a concessão comercial e a agência disciplinada pelo Código é a expressão “à conta de outra”, constante da primeira parte do *caput* do art. 710. Ora, sabemos todos que (i) o *distribuidor age em nome próprio e por conta própria*¹³⁸ e (ii) o

do mandato e da comissão” (Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil, p. 27).

⁽¹³⁸⁾ Enuncia Jorge Lobo: “O distribuidor age em nome próprio e por sua conta e risco” (*Contratos de “franchising”*, p. 4). No mesmo

representante age em nome próprio, por conta do representado,¹³⁹⁻¹⁴⁰ como diz expressamente o art. 1.º da Lei 4.886, de 09.12.1965, supracitado.

Dessa forma, a interpretação do nosso dispositivo leva à conclusão que a expressão “à conta de outra” empregada no art. 710 *acarreta sua incidência apenas sobre os contratos de agência (representação) e não sobre os de concessão comercial*. Ora, quando o empresário atua *por conta de outrem*, seguramente não o faz no bojo de um contrato de distribuição; como vimos, admitir tal situação significaria negar a própria essência deste contrato, conforme pacificamente assentado entre nós.

Em suma: considerando o texto normativo do art. 710 do CC, deve-se ter em mente que o contrato de concessão comercial não é alcançado pela hipótese normativa.¹⁴¹

sentido, Pinto Monteiro: “A agência distingue-se, ainda, do contrato de concessão, fundamentalmente porque, apesar de manterem algumas afinidades (...), o concessionário, ao contrário do agente, actua em seu nome e por conta própria, adquire a propriedade da mercadoria, comprando ao fabricante ou ao fornecedor mercadorias para revender a terceiros (...) e assume os riscos da comercialização” (*Contrato de agência*, p. 46).

⁽¹³⁹⁾ Por todos, Roberto Baldi, *Il contratto di agenzia*, p. 48. V., também, Ralph Schlosser e Marco Villa, *Les accords de distribution sélective*, p. 112, e Patrick Kileste, *La concession de vente*, p. 19.

⁽¹⁴⁰⁾ Na Itália, o representante (agente) apenas atuará em nome e por conta do fabricante quando lhe forem assegurados direitos de representação, na forma do art. 1.745 do *Codice Civile*. Caso contrário, não conclui o contrato, mas apenas transmite as ordens (Cf. Bortolotti, *Contratto di agenzia*, p. 25).

⁽¹⁴¹⁾ A essa mesma conclusão, já comentando o novo diploma, chega Humberto Theodoro Júnior (Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil).

Resta, então, a indagação: como justificar a referência à “distribuição” nos arts. 710 e seguintes do CC? A resposta parece indicar que, á época da elaboração do texto, como vimos, não estavam aclaradas, entre nós, as características do contrato de distribuição, que acabaram sendo consagradas pela prática, pela doutrina e pela jurisprudência. Tanto é assim que o artigo de Requião, iniciando a disseminação das idéias de Champaud entre nós, foi publicado na *Revista de Direito Mercantil* 7, no ano de 1972.

1.21 Proposta de definição dos contratos de distribuição

Chegou o momento de aceitar, no Brasil, uma nova definição de contrato de distribuição ou de concessão comercial, que saliente suas características essenciais, consagrando o negócio que a prática e a jurisprudência consolidaram. A doutrina de Champaud é e sempre será de grande valia, mas a realidade dos contratos de distribuição dos últimos quarenta anos autoriza-nos a delinear a figura diversamente, da seguinte maneira: *contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.*

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.