

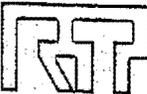
422-25B
F 721
2008

Paula A. Forgioni

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

2.^a edição

LOWE & IDEAS
REGISTRO
N.º: 10.323
DATA: 12/09/2012

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

2.^a edição

PAULA A. FORGIONI

1.^a edição: 2005.

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

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

© desta edição [2008]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor responsável

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

367

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

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

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

Profissional

Impresso no Brasil [04-2008]



ISBN 978-85-203-3269-6

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Os contratos de distribuição e o direito concorrencial. Paradigmas da evolução histórica das restrições verticais – 2. O contrato de distribuição e o direito contratual – 3. Panorama do trabalho.

Os contratos de distribuição são um dos principais instrumentos de que dispõe o empresário para viabilizar o escoamento de sua produção. De nada adiantam o bom preço e a excelente qualidade se o produto não chega às mãos do adquirente; igualmente, é inútil adotar um sistema de comercialização que eleve o preço até torná-lo anticompetitivo.

Os contratos de distribuição apresentam duas “séries de dificuldades”:¹ a primeira, de caráter *contratual*, que regulamenta a relação entre as partes (i.e., as relações intrínsecas ou internas do contrato); a segunda, *concorrencial*, quando o negócio é inserido no contexto do mercado e analisados os efeitos que ali produzirá (relações extrínsecas ou externas). É tradicional a análise apartada dos institutos, mas hoje essa separação não se mostra mais adequada e conveniente porque um prisma depende visceral-

(1) Para utilizar a expressão de Jean-Pierre Viennois, *La distribution sélective*, p. 9.

mente do outro. Como entende a moderna doutrina européia, os contratos de distribuição “se trouvent à l’epicentre de la coexistence des règres du droit de la concurrence et du droit des contrats”.²

O pressuposto lógico que possibilita a investigação concomitante sob os dois ângulos é a impossibilidade de se examinar o contrato de distribuição senão conforme sua ligação com o *mercado*. Ora, nessa ótica, os aspectos contratual e concorrencial são incidíveis, porque o mercado é, ao mesmo tempo, feixe de relações econômicas, concorrenciais e contratuais.

1. Os contratos de distribuição e o direito concorrencial. Paradigmas da evolução histórica das restrições verticais

Qualquer estudioso que se debruce sobre a face concorrencial dos contratos de distribuição concluirá que o seu tratamento *depende do momento histórico vivido por um país e da linha política adotada pela autoridade antitruste e pelas cortes*;³ às vezes mais condescendente, às vezes mais rigorosa, segundo o contexto político e econômico. Nesse quadro, a indagação sobre a própria função do direito concorrencial assume particular relevância: por exemplo, uma visão instrumental da competição tem levado a Europa a caminhos diversos daqueles percorridos pelos norte-americanos. “O lago Michigan não banha a Europa”, mas pelo mar Mediterrâneo navegaram os fenícios, com a mercancia fervendo nas veias...

(2) Sylvie Lebreton, *L’exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, p. 65.

(3) Muitos norte-americanos e até a Suprema Corte admitem essa premissa: o antitruste e seus escopos variam conforme o momento histórico. Robert Robertson, *Symposium: the law of vertical restraints in franchise cases and summary adjudication*, p. 202.

Ironias à parte, é fato que os paradigmas da evolução norte-americana são diversos daqueles europeus. Os primeiros podem ser resumidos da seguinte forma:⁴

(i) Período *pré-Chicago*: as decisões antitruste das décadas de 50, 60 e 70 fazem entrever um panorama bastante desfavorável e um tanto simplista das restrições verticais. Muitas condenações *per se* foram lançadas pelas cortes. O objetivo era preservar a concorrência intramarca, assim como a “independência” do distribuidor ao comerciar o produto que, afinal de contas, lhe pertencia.

(ii) Período do ápice *da Escola de Chicago*: a revolução antitruste efetivada por Chicago faz com que a concepção dos acordos verticais mude radicalmente. A proteção da concorrência entremarcas e não intramarca é o propósito da legislação antitruste, enuncia a Suprema Corte. O fim maior da defesa concorrencial é a eficiência alocativa que sempre induzirá ao bem-estar do consumidor. Alcançando esse intento, o antitruste cumprirá o seu papel. A Suprema Corte norte-americana supera diversos precedentes, implementando um cenário bem mais complacente. O repúdio às *Guidelines* de 1985 ocorrido nos Estados Unidos em 1993 é um sintoma dessa grande transformação. Os maiores representantes dessa linha são Robert Bork que, em 1978, escreve o famoso livro *O paradoxo do antitruste*, Richard A. Posner, Frank H. Eastbrook, William Baxter, Lester G. Telser, John McGee e tantos outros. Chega-se a defender a legalidade *per se* das restrições verticais: “*Vertical, good. Horizontal, bad*” é a sua máxima.

⁽⁴⁾ A tripartição é explicada por Timothy J. Brennan, *Paradigms for analyzing vertical restraints*, e também “*Vertical*” excuses for horizontal practices: should there be any *per se* antitrust rules?.

(iii) *Revisionismo pós-Chicago*: mesmo durante o período em que a Escola de Chicago foi soberana, vozes já apontavam problemas anticompetitivos das restrições verticais (por exemplo, a chamada Escola de Harvard, com expoentes do porte de Phillip Areeda e Donald Turner). O movimento toma corpo a partir de meados da década de 80, com autores de peso como Laurence A. Sullivan, Robert L. Steiner, Steven C. Salop, Eleanor M. Fox, Warren S. Grimes, Robert Pitofsky, Stephen F. Ross, William S. Comanor e outros indicados ao longo deste trabalho. Essa escola, mesmo aplaudindo a análise econômica introduzida por Chicago, acusa-a de ser demasiadamente simplista. Assim, com métodos mais aprofundados, indicam prejuízos concorrenciais dos acordos verticais sem, contudo, desprezar os benefícios que deles derivam. O ponto central é o de que trazem sim resultados proveitosos, mas também danos que devem ser sopesados caso a caso. Expressam Michael H. Riordan e Steven C. Salop: “These new post-Chicago theories neither ignore nor reject the economic analysis of the Chicago School. Instead, they apply the newer methodology of modern industrial organization theory to more realistic market structures in which vertical mergers can have anticompetitive effects. (...) it does identify situations where vertical mergers and other vertical restraints can raise significant competitive concerns”.⁵ Enfim, é possível que um aparente ganho de eficiência não seja compensado pela perda ou diminuição de incentivo à entrada de novos concorrentes, e nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores.⁶ Segundo Hovenkamp, entre os sucessos desse movimento podemos considerar algumas

⁽⁵⁾ Evaluating vertical mergers: a post-Chicago approach, p. 515.

⁽⁶⁾ Stephen Ross, Network economic effects and the limits of GTE Sylvania's efficiency analysis.

teorias sobre o aumento dos custos dos concorrentes (*raising rival's costs*), bem como os efeitos verticais das concentrações.⁷

A confusão doutrinária e jurisprudencial circunda-nos. Encontramos posições que vão desde a defesa da legalidade *per se* dos acordos verticais até a antiga tradição de desconfiança e repúdio. Em nosso estudo, refutamos o maniqueísmo típico da análise dos acordos verticais. Mas a evolução é tormentosa e o movimento ondeia: do caso Dr. Miles ao Colgate, White Motor, passando por Schwinn e desaguando na mudança de orientação do caso Sylvania. Mais recentemente, a correção de rota do caso Kahn. Enfim, um processo de difícil intelecção para aqueles que não vivem a realidade norte-americana.⁸

Na Europa, o momento histórico não poderia ser mais propício à reflexão sobre os acordos verticais. Seguramente, o Regulamento 2.790, de 1999, é um divisor de águas e tem sido chamado “regulamento de Natal”, não porque seja um presente miraculoso, mas porque editado às vésperas da festividade.⁹ Diz-se que a Europa resistiu bravamente e por muito tempo à Escola de Chicago. O mote geralmente foi aquele da *concorrência instrumental*, ou seja, a proteção à competição é tida como um meio para que se atinjam os objetivos colocados pelo art. 2.º do Tratado CE.¹⁰

(7) Para conhecimento da diferença entre as correntes, recomenda-se a leitura de Alan J. Meese, *Price theory and vertical restraints: a misunderstood relation*. Também Hovenkamp, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*; e Fox, *Dopo Chicago, dopo Seattle e il dilemma della globalizzazione*.

(8) Todas as referências específicas aos casos serão feitas no curso deste trabalho.

(9) Pardolesi, *Franchising: tipo e tipologie*.

(10) Sobre a promulgação do regulamento, v. Ginevra Bruzzone, *Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali*, p. 11-12. Para o estudo das discussões que antecederam a norma-

A preservação da concorrência intramarca sempre foi uma preocupação européia. Ademais, muitas vezes, a repressão ao abuso do poder econômico (art. 82, antigo art. 86 do Tratado de Roma) foi aplicada como reprimenda à exploração da situação de dependência econômica, em uma clara percepção de amparo ao agente de menor porte.¹¹ A própria estrutura industrial européia, composta de empresas de dimensão mais reduzida do que as americanas, bem como um sistema de distribuição pulverizado e peculiar, conduzem a uma velada coroação da máxima “small is beautiful”.¹² Nessa linha, a pressão política dos artesãos e dos pequenos/médios distribuidores e industriais levou vários países à adoção do instituto da coibição ao abuso da dependência econômica. Em alguns, o resguardo do pequeno mistura-se com a disciplina antitruste.

tiva, v. Zoltan Biro e Amelia Fletcher, *The E.C. green paper on vertical restraints: an economic comment*; Julie Nazerali e David Cowan, *The commission’s draft communication on distribution agreements – Market shares are predictably back on the table!*; Francis O’Toole, *The E.C. green paper on vertical restraints: option IV defended*; Julie Nazerali e David Cowan, *Reforming E.U. distribution rules – Has de commission found vertical reality?*; Mat Hughes, Celia Foss e Kristin Ross, *The economic assessment of vertical restraints under U.K. and E.C. competition law* (p. 429 e ss); Mark Griffiths, *A glorification of de minimis – the regulation on vertical agreements*; Alan J. Riley, *Vertical restraints: a revolution?*; Pierre Arhel, *La pratique des accords de distribution*, p. 21 e ss. Sobre a compreensão geral de todo o sistema e de sua modificação, indispensável a leitura do texto de Romano Subiotto e Filippo Amato, *The reform of the European competition policy concerning vertical restraints*.

(11) Como anota Louis Vogel, *Competition law and buying power*, p. 5.

(12) A opinião é de Pardolesi, consoante entrevista concedida em Roma, em 06.02.2002.

O regulamento de Natal deu certa acolhida a alguns argumentos da Escola de Chicago – mesmo porque, atualmente, *é impossível negar as eficiências trazidas por muitos acordos verticais*. Por outro lado, buscou-se pôr ordem em diversas incongruências do seu tratamento legal: por exemplo, a proibição da limitação do número de distribuidores ao mesmo tempo em que se admitia a distribuição seletiva. Com o novo regulamento, o tecido dos acordos verticais foi refeito, orientando-se o seu regime jurídico para o lado econômico. Revogaram-se, assim, os regulamentos referentes à aquisição exclusiva, distribuição exclusiva e franquias.

Em princípio, à exceção das restrições *hard core* ou integrantes de uma *lista negra*, são admitidas as práticas verticais que não causem impacto de mais de 30% do mercado relevante. Vemos com certo ceticismo a comemoração que se faz em torno dessa “liberalização”, como se a Europa, finalmente, houvesse aberto os braços para Chicago. É de se esperar que a burocracia europeia continuará valendo-se de um método de delimitação do mercado relevante que tende à segmentação, e atingir o patamar de 30% será muito mais fácil do que pretendem alguns. Na Europa, não se realizam alterações tão bruscas da noite para o dia, como é sabido por todos aqueles que estudam seriamente seu movimento antitruste; a tendência de talho estreito do mercado relevante foi muito marcada desde o julgamento do caso *United Brands v. Comissão Europeia* (conhecido como *Banana Chiquita*). São os próprios europeus a alegarem que a construção do mercado relevante não passa de uma “ferramenta” de implementação de políticas públicas. Acreditamos, pois, que as novidades não serão tão alvissareiras como alguns esperam.

Já a recente modificação do regulamento sobre distribuição de veículos automotores alterou profundamente o perfil desse setor, ao estimular a concorrência especialmente na prestação dos

serviços pós-venda e fornecimento de peças de reposição. A questão que fica no ar diz com a proteção dos direitos de propriedade industrial detidos pelas montadoras e sua compatibilização com as normas antitruste.

2. O contrato de distribuição e o direito contratual

Do ponto de vista do direito contratual, o grande desafio foi aproximar este livro de movimento mundial que é, simultaneamente, de ponta e extremamente tradicional: o resgate do valor da *interpretação jurídica*¹³ e da boa-fé.¹⁴

Esse entendimento impele-nos à precisão de alguns pontos que indevidamente vêm se esvaindo com a pretensa unificação

(13) No Brasil, esse movimento tem chegado pelas mãos de vários de nossos juristas. Um dos seus maiores indicativos é a obra de Eros Roberto Grau sobre a interpretação jurídica e sua importância (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*).

(14) Entre nós, o resgate da boa-fé tem sido estudado por Antonio Junqueira de Azevedo. Para um resumo de seu entendimento, O princípio da boa-fé nos contratos, *Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (tu quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual estabelecido”, O direito pós-moderno. Mas no exterior já não faltam aqueles que criticam a aplicação indiscriminada do princípio da boa-fé nos contratos, porque não teria “nenhum conteúdo jurídico determinado”, que em nada contribuiria para a claridade jurídica (cf. Béatrice Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats*, p. 539).*

do direito privado: a intenção das partes que assume relevância para o direito comercial é *objetiva*, rebatida nas notas de anônima repetitividade do mercado e existe juridicamente apenas se refletida no *estyllo comercial*, no *uso da praça*, como disse Cairu. A causa, para os comercialistas, é e sempre foi a *função econômica do contrato* – e disso fomos advertidos por todos os grandes, de Vivante a Ascarelli, em pensamento posteriormente sistematizado por Betti e por Torquato Castro, que está sendo estudado pela moderna doutrina italiana com Bessone, Alpa e Roppo.

A desconsideração dessa mudança de enfoque causa problemas práticos em relação aos contratos de distribuição e sua desconsideração. Repetidamente triunfam entre nós interpretações doutrinárias que fazem sentido apenas se não tomarmos em conta pressupostos como a boa-fé e a proteção da legítima expectativa da outra parte, prejudicando o funcionamento do mercado e sistemas eficientes de escoamento da produção.

Salientamos que o nosso trabalho baseia-se na premissa de que o direito comercial tem como um de seus pontos cardeais a preservação do mercado, das condições para o fluxo das relações econômicas – e não a tutela dos egoísticos escopos das partes (i.e., comportamentos oportunistas). Se há o resguardo da boa-fé, é porque sem ela o mercado não teria um desempenho satisfatório. O pressuposto é aquele indicado por Larenz: “Uma sociedade em que cada um desconfia do outro assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada”.¹⁵

O *direito comercial* obedece a uma lógica peculiar, ditada pelas necessidades do mercado de preservação do fluxo das rela-

⁽¹⁵⁾ *Derecho civil*, p. 59.

ções econômicas, diferente da civil, mas, principalmente, *diversa da puramente econômica*.

A começar de Bartolo, a lucratividade é citada como característica da atividade do mercador. Todos sabemos que essa afirmação foi efetuada em um contexto em que se procurava determinar os limites da competência dos tribunais dos comerciantes e das suas leis. Desde então, a lucratividade é pacificamente aceita como um dos requisitos necessários à qualificação do comerciante. No século XX, a bem da verdade, passamos a falar em *economicidade* em vez de lucratividade; mas a idéia central permanece praticamente a mesma. No final do século XX, essa perspectiva colocou-nos a um passo de identificar a racionalidade econômica com aquela jurídica, tendo em vista que ambas possuíam um elemento comum fundamental (pelo menos no campo do direito comercial): a busca de *profit or utility* como espírito, conferindo unidade à função do *agente econômico*, do *player*. Tudo parecia amalgamar-se na mais completa harmonia e os juristas *modernos e conectados* – levados provavelmente pela falta de uma maior reflexão sobre a teoria geral do direito comercial – identificavam perfeitamente a lógica jurídica com a lógica econômica, a função econômica do negócio com a racionalidade econômica.

Esse enfoque influenciou o entendimento dos contratos de distribuição, tanto na sua ótica de direito concorrencial quanto de direito contratual. Por isso, neste livro diferenciamos a racionalidade econômica da racionalidade jurídica, bem como a eficiência econômica da eficiência jurídica. Somos lançados ao resgate da *causa do negócio*.

Outro desafio enfrentado foi a nova disciplina contratual do Código Civil de 2002. A começar pela demonstração de que o contrato de distribuição (= concessão comercial), apesar da confusão terminológica dos arts. 710 e seguintes, permanece atípico

e misto. A denúncia imotivada dos contratos de distribuição celebrados por prazo indeterminado – bastante tratada por nossa jurisprudência – sofre impacto pela incidência do art. 473 do novo Código. Para destrinçarmos os novos dispositivos legais foi necessário estudo de direito comparado, principalmente francês e italiano.

No prisma do relacionamento entre as partes, talvez a nossa maior contribuição seja a investigação da *dependência econômica* para explicar a realidade enfrentada pelos empresários brasileiros. Ao analisarmos a jurisprudência, concluiremos que as sementes da teoria já foram difundidas entre nós, quiçá por uma questão de *necessidade* premente dos julgadores. Por vezes, as situações fáticas que se apresentam são tão injustas, tão abusivas, que os tribunais seguramente fazem a parte que lhes cabe dentro do sistema, adaptando-o conforme o rumo dos acontecimentos e da exploração dos agentes econômicos dependentes. Embora a doutrina brasileira deduza que no contrato de distribuição há frequentemente uma forte sujeição de uma parte à outra, essa dependência não foi estudada entre nós de forma sistemática.

O texto do Código Civil foi analisado sob esse prisma, em especial o do abuso de direito, ruptura do contrato, enriquecimento sem causa e lesão.

3. Panorama do trabalho

No primeiro capítulo, fixamos a noção de contrato de distribuição. Para tanto, o esquadrinhamento da jurisprudência brasileira foi fundamental, bem como a utilização das doutrinas brasileira, italiana e francesa. O nosso propósito foi elaborar noção do instituto que desse guarida simultaneamente aos aspectos contratual e concorrencial, visto que o contrato de distribuição é, também, um *acordo vertical*.

O contraponto do capítulo segundo se fez então necessário: derrubar o mito de que os interesses dos fornecedores coincidiriam sempre com os interesses dos consumidores e desfazer algumas crenças por aí difundidas de que os propósitos dos fornecedores e dos distribuidores também identificar-se-iam. Essa demonstração é crucial para o entendimento dos dois capítulos seguintes. Não é possível interpretar o contrato de distribuição sem admitir que se trata, ao mesmo tempo, de um contrato de comunhão de escopos e de intercâmbio.

No terceiro capítulo, explicamos o funcionamento dos sistemas de direito concorrencial brasileiro, norte-americano e europeu. O objetivo, nessa parte, foi chamar a atenção para as coincidências, *mas principalmente para as diferenças* entre os ordenamentos, desestimulando o transplante açodado de institutos estrangeiros.

Os capítulos quarto a sétimo tratam das restrições verticais típicas dos contratos de distribuição: imposição de preços de revenda, divisão de mercado, exclusividade e vendas casadas. Em cada um, explicou-se a restrição, analisaram-se seus impactos anticoncorrenciais típicos, bem como a evolução norte-americana, européia e brasileira da matéria.

No capítulo oitavo, aproveitando as sementes lançadas nos capítulos anteriores, fazemos um panorama das eficiências (e ineficiências) das restrições verticais. Reunimos as argumentações típicas da Escola de Chicago,¹⁶ do mesmo modo que as críticas mais modernas acerca de seus ensinamentos. Nesse ponto, a base mais sólida é a da doutrina norte-americana.

⁽¹⁶⁾ Por “Escola de Chicago” entendemos o movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade, que se iniciou nos anos 50 e teve seu ápice nos anos 80. Em grossas linhas, a Escola de Chicago defende que o direito seja analisado sob o prisma econômico e

A teoria do abuso de dependência econômica no contrato de distribuição (marcada tendência européia atual) foi explorada no capítulo novo. Os modelos alemão, francês e italiano são estudados, mostrando-se de grande utilidade para a compreensão do nosso ordenamento. Novamente, atenta-se para o fato de que a nossa jurisprudência aplica conceitos e idéias que estão sendo ainda desenvolvidos pela doutrina européia.

No último item desse capítulo estudamos a ligação entre o direito concorrencial e contratual, demonstrando que práticas ou cláusulas contratuais que infringirem a ordem econômica são nulas de pleno direito. Essa constatação pode inovar o tratamento dado aos contratos de distribuição no Brasil; abre-se um leque – antes desconhecido pelo direito contratual tradicional – de possíveis atos ilícitos (i.e., nulos) praticados no seio do contrato de distribuição. Cai por terra, por conseguinte, a tradicional afirmação de que cláusulas ilícitas para o direito concorrencial poderiam ser lícitas para o direito contratual. Portanto, a partir do instante em que uma cláusula viola dispositivos antitruste, consubstanciando infração à ordem econômica, é nula e, conseqüentemente, a parte resta desprovida de pretensão executória.

a intervenção do Estado se dê apenas quando indispensável para atingir a “eficiência alocativa”. Sobre essa Escola, v. Paula A. Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*, p. 154 e ss. É imperdível a introdução do Livro *Il mercato delle regole*, em que juristas italianos do porte de Pardolesi, Mattei e Monasteri analisam os contrastes entre a análise econômica do direito e o sistema de *civil law*. Somos lembrados inclusive de que o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional insistem para que os países em vias de desenvolvimento tenham presentes as receitas de *law and economics* no processo de modernização e reestruturação do ordenamento jurídico (*Il mercato delle regole*, p. 19).

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.

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 européia 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 influenciariam 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 noutro, 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) *perecibilidade*: 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 concorrencial, 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 concorrencial. 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 concorrencial 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 revolucionaria 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 agencia vendas, ao contrário do que ocorre com o representante comercial. *Adquire 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 ²⁰ 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 multimarcas, 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:

<i>Vendedor</i> (geralmente fabricante)	↔ contrato de distribuição (encerrando compras e vendas habituais)	<i>Distribuidor</i>	↔ compra e venda	<i>Adquirente</i> (geralmente consumidor)
--	--	---------------------	---------------------	--

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 acrescentam. 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 (*Pluritributação 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.

<p>a) Obrigações do concessionário referentes à distribuição do produto:</p>	<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>
<p>b) Limitações à liberdade de venda do concessionário:</p>	<p>V.g., condições de garantia a serem ofertadas à clientela e também relacionadas ao preço a ser praticado pelo concessionário (RPM⁴⁷).</p>
<p>c) Exclusividade de aquisição (<i>esclusiva di acquisto</i>) e proibição de venda de produtos concorrentes.</p>	
<p>d) Exclusividade de zona e cláusulas coligadas.</p>	
<p>e) Disciplina do fornecimento de produtos do concedente para o concessionário.</p>	
<p>f) Duração e término do contrato.</p>	

(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 atipico, a causa complessa, con il quale un soggetto (concedente) acconsente di fornire certi beni, a determinate condizioni, ad un altro soggetto (concessionario), 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 como *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 encararmos 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 pretenso 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).