



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Fernando de Miranda Granzoti

**O ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA
ECONÔMICA NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Econômico e Social

Curitiba, Dezembro de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Fernando de Miranda Granzoti

**O ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA
ECONÔMICA NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito
Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito
Econômico e Social.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz

Curitiba, Dezembro de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Fernando de Miranda Granzoti

**O ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA
ECONÔMICA NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito Econômico e Social. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz
Orientador
PUCPR

Prof.^a Dr.^a Paula A. Forgioni
Convidada
USP

Prof. Dr. Marcelo M. Bertoldi
PUCPR

Prof. Suplente
PUCPR

Curitiba, Dezembro de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Fernando de Miranda Granzoti

Graduou-se em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco, em Campo Grande, MS, em 2001. Foi bolsista do Programa de Incentivo de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq), tendo participado de eventos como expositor e palestrante. Pós-Graduado (*latu sensu*) em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2002. Foi bolsista do Programa de Incentivo ao Ensino Superior de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado atuante na área de direito empresarial.

Ficha Catalográfica

Granzoti, Fernando de Miranda.

O ABUSO DO ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO/ Fernando Granzoti; orientador: Dr. Roberto Catalano Botelho Ferraz – Curitiba: PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005.

v., 1 ...f. 101p.: il.;; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito concorrencial. 2. Direito comercial. 3. Microeconomia. 4. Contrato de distribuição. 5. Dependência econômica. I. Ferraz, Roberto Catalano. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. III. Título.

Agradeço,

A meu pai
pelo amor à Ciência.

A minha mãe
o gosto pelas Letras.

A Deus,
fonte de ambos,
pela graça de combiná-los.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Roberto Catalano Ferraz, pela confiança em minha capacidade, demonstrada desde nosso primeiro encontro, registrado ainda antes do ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, bem como pela segurança na condução da orientação.

À Prof.^a Dr.^a Paula A. Forgioni, que foi a responsável pelo meu interesse no direito concorrencial, nascido das aulas ministradas no Curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2002, que gentilmente disponibilizou-me sua amizade, tempo, e bibliografia, e cujos comentários foram fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná, cuja bolsa concedida viabilizou-me o ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social e, certamente, a minha permanência neste até a sua conclusão.

À minha mãe, Helen de Miranda Granzoti, pela revisão gramatical e ortográfica.

Aos demais familiares e especialmente a minha noiva pelo apoio incondicional em todos os momentos, pela compreensão pelos finais de semana e feriados expendidos à frente do computador e dos livros e pela distância que nos separa fisicamente.

Por fim, aos meus colegas de Mestrado e à Coordenação do Curso, especialmente à Eva, pelo companheirismo e amizade, que se destacaram nos melhores e piores momentos que compartilhamos nesta caminhada, a quem desejo todo o sucesso.

RESUMO

Granzoti, Fernando de Miranda. **O abuso de estado de dependência econômica no contrato de distribuição**. Curitiba, 2005. 101p. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Social. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O contrato de distribuição, por meio do qual o distribuidor adquire os bens para revendê-los ao consumidor ou destinatário final por sua conta e risco, é o resultado do desenvolvimento do capitalismo de massa. A espécie contratual, socialmente típica (e que se distancia de outros tipos contratuais), segundo a legítima expectativa das partes, caracteriza-se pela longa duração e, em consequência, de um lado, por cláusulas abertas quanto a condições essenciais do negócio, e, de outro, por cláusulas que regulamentam o relacionamento entre as partes para o futuro. Além de aspectos contratuais, o estudo dos contratos de distribuição necessariamente deve atentar para as consequências concorrenciais surgidas a partir das restrições verticais. O abuso do poder econômico, manifestado sob a forma de abuso de estado de dependência econômica deve ser coibido, consoante mandamento constitucional. O estado de dependência econômica, estudado primeiramente na Alemanha, e contemplado pela legislação brasileira (Lei n. 8.884/1994), caracteriza-se especialmente pela inexistência de alternativa suficiente à contraparte contratual, que lhe confere uma posição dominante relativa. O abuso de estado de dependência econômica pode se manifestar em vários momentos, desde a fase pré-contratual até o rompimento do contrato.

PALAVRAS-CHAVE

1. Contrato de distribuição; 2. Abuso de estado de dependência econômica; 3. Abuso de poder econômico.

Abstract

Granzoti, Fernando de Miranda. **The abuse of state of economic dependence in the distribution contract**. Curitiba, 2005. 101p. MSc Dissertation in Economic and Social Law. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The distribution contract, by which the distributor acquires the products to resell them under his own chance and risk to the consumer or final user, is the result of the development of mass capitalism. The contractual specie, socially typical (and which is different from other contractual types), according to the legitimate expectation of the parties, is characterized by the long duration and, by consequence, on one side, by open clauses to essential business conditions, and, by the other, by clauses that regulate the parties relationship for the future. Beyond contractual aspects, the study of distribution contracts should necessarily mind to the antitrust consequences of vertical restraints. The abuse of economic power, manifested as abuse of state of economic dependence, should be prohibited, according to the constitutional order. The state of economic dependence, first studied in Germany, and applicable to Brazilian law (Law 8.884/1994), is specially characterized by the inexistence of sufficient alternative to the other party, which confers it a relative dominant position. The abuse of state of economic dependence may manifest itself in various moments, from a pre-contractual faze until the termination of the contract.

KEY-WORDS

1. Distribution contract; 2. Abuse of state of economic dependence; 3. Abuse of economic power.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| PRIMEIRA PARTE – O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO | |
| 1. PROPOSTAS DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO | 14 |
| 1.1 DENOMINAÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS | 14 |
| 1.2 CONTRATOS RELACIONAIS | 24 |
| 1.3 CONTRATOS-QUADRO | 26 |
| 1.4 DISCIPLINA LEGAL | 28 |
| 1.5 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO DE OUTROS TIPOS CONTRATUAIS | 30 |
| 1.5.1 AGÊNCIA E AGÊNCIA-DISTRIBUIÇÃO | 30 |
| 1.5.2 CONTRATO DE SOCIEDADE – CONTRATO PLURILATERAL | 33 |
| 1.5.3 CONTRATO DE FORNECIMENTO | 35 |
| 1.5.5 COMISSÃO MERCANTIL | 36 |
| 1.5.6 CONTRATO ESTIMATÓRIO | 36 |
| 1.5.7 FRANQUIA | 38 |
| 2. A DISTRIBUIÇÃO COMO FENÔMENO ECONÔMICO | 40 |
| 2.1 POSSÍVEIS EFEITOS CONCORRENCIAIS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS | 42 |
| 2.1.1 NO MERCADO DISTRIBUIDOR | 46 |
| 2.1.2 NO MERCADO FORNECEDOR | 50 |
| 2.2 O PODER DE MERCADO DO COMPRADOR | 52 |
| 2.2.1 O PODER MONOPSÔNICO | 52 |
| 2.2.2 COMPORTAMENTOS ESTRATÉGICOS DO COMPRADOR | 55 |
| 2.2.3 FONTES E FORMAS DE PODER DO COMPRADOR | 58 |
| SEGUNDA PARTE – O ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO | |
| 1. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO | 63 |
| 1.1 DEFINIÇÃO E FONTES DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA | 63 |
| 1.2 INTEGRAÇÃO VERTICAL | 67 |
| 1.3 CUSTOS IDIOSINCRÁTICOS | 69 |
| 2. PROPOSTAS DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA | 71 |
| 3. A DISCIPLINA LEGAL DO ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA | 77 |
| 3.1 FRANCESA | 77 |
| 3.2 ITALIANA | 78 |
| 3.3 PORTUGUESA | 80 |
| 3.4 ALEMÃ | 81 |
| 3.5 BRASILEIRA | 82 |

| | |
|----------------------------------|----|
| 4. O COMPORTAMENTO ABUSIVO | 86 |
| 4.1 AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS | 86 |
| 4.2 ABUSO PRÉ-CONTRATUAL | 87 |
| 4.3 MODIFICAÇÃO DO CONTRATO | 88 |
| 4.4 ROMPIMENTO DO CONTRATO | 89 |
| CONCLUSÃO | 94 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 96 |

O direito existe para realizar-se. O que não existe senão nas leis é um fantasma.
Em compensação, o que se realiza como direito, ainda que inexistente nas leis e mesmo que nem o povo nem a ciência o conheçam, especialmente, é direito. A realização objetiva do direito na vida, a energia com que o proclamado como necessário se executa, é o que dá ao direito seu verdadeiro valor. Jhering

INTRODUÇÃO

O estudo dos contratos de distribuição representa, antes de tudo, um desafio à capacidade de relacionarem-se estruturas descritivas da ciência econômica e comandos prescritivos da ciência jurídica sob o mesmo esforço de sistematização.¹ Sob esse prisma, o contrato de distribuição, que é a face jurídica de um fenômeno econômico, exige uma análise multidisciplinar.

A experiência recente ensina que as tentativas, seja de derrogação de leis econômicas por normas jurídicas, como a definição de um valor fixo para o câmbio sem considerar as leis da oferta e da procura, seja de desprezo de importantes pilares do direito em nome do livre mercado, como a submissão das relações trabalhistas à tutela exclusiva da “mão invisível” sem atentar para o primado da dignidade da pessoa humana, não somente estão fadadas ao insucesso, como testemunham das graves conseqüências para a Sociedade, que o estudo compartimentado de realidades multifacetadas traz.

As tentativas de conciliação entre as ciências econômicas e jurídicas podem ser sistematizadas historicamente em três escolas distintas: a Escola de Harvard, cujos principais expoentes são Clark, Areeda, Turner, Sullivan e Blake; a Escola de Chicago, iniciada por Aaron Director e Ronald Coase e capitaneada por Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner; e a Escola Ordo-Liberal, também conhecida como Escola de Friburgo, com origem na Alemanha.² Cada Escola elege valores por meio dos quais seja possível julgar

¹ Dada a confusão doutrinária acerca do conceito de distribuição, que será adiante melhor desenvolvido, delimita-se desde já o objeto de estudo ao contrato pelo qual o distribuidor, de forma não-eventual, adquire bens do produtor com o objetivo de revendê-los por sua conta e risco.

² Atualmente, tem-se acompanhado a superação da Escola de Harvard e da Escola de Friburgo pela Escola de Chicago como fundamento de decisões das principais autoridades antitruste no mundo, demonstrada pela preocupação com a análise econômica do mercado e excepcionamento de estruturas concentradas em nome da maximização de eficiências. Isso não impediu que algumas de suas visões retornassem sob a forma de críticas, agora fulcradas no aprofundamento das análises econômicas propostas pela Escola de Chicago, que, por uma compreensão simplista do funcionamento dos mercados, desconsiderou a existência de estruturas e comportamentos complexos que poderiam potencialmente anular eventuais ganhos de eficiência e impingiriam perdas de bem estar social no contexto de equilíbrio geral, dando-se início a um movimento denominado Revisionismo Pós-Chicago. Para uma análise das Escolas de pensamento econômico-jurídico, ver FAGUNDES, Jorge Luiz S. S. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC**. São Paulo: IBRAC, p. 129-147; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.22-28; e FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p.167-190.

comportamentos econômicos, como concentração de poder econômico (modelo ECD – Estrutura, conduta e desempenho), eficiência alocativa (potencial) de Pareto, e pluralidade de escolhas (potenciais), respectivamente.³

Nos contratos de distribuição, a intersecção entre os aspectos jurídicos e econômicos caracteriza-se pela necessidade da sua análise sob a ótica combinada do direito contratual e concorrencial. Com efeito, a delimitação das características essenciais do contrato de distribuição, com o objetivo de emissão de um juízo de valor, exige conjugar às definições jurídicas do tipo contratual, o levantamento de seus efeitos concorrenciais.

A integração vertical a que se submete, principalmente, o distribuidor, representa aproximação econômica e jurídica do produtor, do qual eventual licenciamento de marcas para identificação da frota, promoção dos produtos, entre outras atividades, vincula-o ao mesmo grupo empresarial, com o qual não poderá concorrer, embora cada parte mantenha sua identidade jurídica e autonomia patrimonial, integrando-se sem subordinação.

A integração entre os agentes econômicos faz com que as partes tornem-se mutuamente dependentes, em termos econômicos, de sua contraparte. Pode ocorrer ainda, que em razão de características do mercado relevante, produtor ou distribuidor gozem de condição econômica privilegiada, que lhes confira poder de fato de impor a sua contraparte, condições especiais que não podem ser analisadas apenas sob o prisma contratual, diante dos efeitos anticoncorrenciais gerados.

No Brasil, mesmo não havendo previsão específica sobre sanções aplicáveis em caso de abuso de dependência econômica, pode-se argumentar

³ A teoria econômica produz uma análise positiva da realidade, que enseja a previsão das causas e resultados de determinada conjuntura. No entanto, é natural ao ser racional perguntar-se, diante do universo de possibilidades previsíveis, quais os resultados desejáveis, ou seja, empreender uma análise normativa da conjuntura. Trata-se do exercício da política econômica, em que se elege um ou mais valores para qualificar comportamentos. Na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte destacou os valores que devem ser perseguidos, dos quais não se podem afastar o Estado e cidadãos submetidos à ordem constitucional. Conforme Robert S. PINDYCK e Daniel L. RUBINFELD (*Microeconomia* 4. ed. Trad. Luis Felipe Cozac *et alli*. São Paulo: Makron Books, 1999, p. 6), com fundamento na obra de Arthur M. OKUN, a maioria dos julgamentos de valor envolvidos nas decisões de política econômica se resume a ponderações entre equidade e eficiência econômica. Não se pode deixar de mencionar que o direito concorrencial europeu, embora tenha se tornando permeável a argumentações calçadas na maximização da eficiência econômica, mais afetas às análises norte-americanas, ainda se mantém indiscutivelmente mais preocupado em valer-se das ferramentas de intervenção no domínio econômico como instrumento de implementação de políticas públicas.

que o escopo conferido pela Lei n.º 8.884/1994 à prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, admite afirmar a antijuridicidade das condutas que representem exercício abusivo de estado de dependência econômica.

PRIMEIRA PARTE – O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

1. PROPOSTAS DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

1.1 DENOMINAÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A dinâmica empresarial não cessa de produzir novas combinações obrigacionais, em cadência dificilmente acompanhada pelo legislador, exigindo-se da doutrina e da jurisprudência aguçada sensibilidade na identificação de cláusulas de uso reiterado, que muitas vezes delineiam práticas comerciais distinguíveis pelo universo empresarial como uma forma definida de obrigação.⁴

Como se demonstrará em capítulo próprio, o desenvolvimento do capitalismo industrial somente foi possível a partir da consolidação de grandes mercados, cativados para o consumo de bens de massa, que justificassem os investimentos de monta exigidos para a sua produção. Também, a crescente queda de barreiras comerciais catalisada pela adesão das maiores economias mundiais ao GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), e posteriormente conduzida institucionalmente pela WTO (*World Trade Organization*), aproximou a competitividade global das empresas,

⁴ Paula A. FORGIONI (A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, ano XLII, n. 130, abr./jun. 2003, p. 17-19), a partir de perspectiva histórica, identifica a existência de dois tipos de norma que disciplinam a atuação das empresas: uma originada dos próprios comerciantes em sua prática, com o fim de viabilizar a fluência das relações no mercado; e outra nascida de autoridades exógenas aos comerciantes, que introduzem a proteção de interesses que não apenas dos mercadores. Assim, não deve surpreender que formas socialmente típicas de contratos comerciais, como o de distribuição ou concessão comercial, forjadas no calor de reiteradas práticas comerciais, embora não reconhecida a sua tipicidade por lei, devam ser legitimadas pelo Estado para receber o mesmo tratamento e proteção conferidos aos tipos legais. O tema é enfrentado também por Claudinei de MELO (**Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 39-40), para quem a tipicidade do contrato não se adstringe à sua previsão legal, se este pode ser perfeitamente identificável, por requisitos próprios e específicos, que permitam distingui-lo de quaisquer outros tipos contratuais. A tipicidade de um contrato advém do interesse que este visa a assegurar, o qual, uma vez que recebe a proteção jurídica concreta, de toda a sociedade, passa a ser um interesse típico, e portanto, plenamente assegurável contratualmente.

demandando do produtor de bens e serviços a concentração estratégica de capital produtivo nas atividades primárias de seu negócio.

A venda direta, que é aquela do produtor ao consumidor ou usuário final, tal como era regra nas feiras e mercados populares do período inicial do capitalismo, passa a ser exceção, restrita principalmente a bens industriais. A necessidade de capilarização das vendas transforma a comercialização do resultado da produção em serviço prestado por empresas especializadas na sua promoção, transporte, provisionamento e comercialização.

A distribuição é o resultado dessa realidade inegável nas relações comerciais contemporâneas, formando o quarto elo na tradicional cadeia produtor-varejista-consumidor.⁵⁻⁶

Os empresários desenvolvem diversas formas de promoção da venda indireta, pela qual se busca na colaboração de outros empresários o partilhamento dos custos e riscos de distribuição dos produtos. Na grande distribuição, integrada pelos maiores custos de capilarização e volume de vendas, a forma reiteradamente utilizada pelos produtores é a que envolve a revenda pelo distribuidor, grandes lojas e concessionários, seguindo parâmetros

⁵ Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim Theodoro de MELLO também destacam a importância da distribuição para o comércio moderno como justificativa para o seu desmembramento das outras fases do processo produtivo: “A distribuição eficiente, adequada às necessidades do público final, consentânea à capacidade dos consumidores, é fator decisivo para o sucesso da comercialização de bens e serviços, ainda quando, em princípio, estes tenham potencialmente qualidade, originalidade e outras características capazes de atrair o interesse de eventuais adquirentes. Daí por que a distribuição hoje é encarada mais como uma etapa da produção de bens e prestação de serviços do que como mero custo que se agrega ao produto final. É, ao contrário, atividade intermediária que liga a produção ao consumidor, é veículo de adequação da oferta à demanda, que obedece a sérios e vultosos projetos e políticas de profissionais e estrategistas”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – regime no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 28, mar./abr. 2004, p.124.

⁶ Werter R. FARIA (**Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 47) divide os sistemas de distribuição em dois tipos de circuitos. O circuito curto é aquele em que as fases da distribuição competem ao produtor, com a eliminação total de intermediários (venda direta ao consumidor) ou parcial (venda ao varejista e deste ao consumidor). No circuito longo as fases da distribuição são operadas por agentes independentes, decompondo-se em quatro tempos: a difusão, o atacado, o varejo e o consumo. O agente difusor pode ser o próprio produtor ou um empresário colaborador especializado. O contrato de distribuição visa a regular as relações entre o produtor e o difusor, o qual é responsável pela colocação do produto junto ao consumidor diretamente (hipermercados e grandes lojas de departamentos), dispensando o atacadista e substituindo o retalhista, ou por meio do uso de sub-distribuidores.

previamente estabelecidos, que, continuamente, adquirem os produtos para revenda ao consumidor ou usuário final.⁷

Nesse universo, a concessão comercial recebe a aceitação de grandes mercados por ser um veículo formatado à circulação de produtos de massa, que permite ao produtor supervisionar e dirigir o processo de distribuição, da saída de seu estabelecimento até os pontos de venda, sem incorrer diretamente nos custos. O concessionário, por outro lado, em troca da integração econômica a que se submete, e das conseqüentes restrições a sua liberdade, beneficia-se do fluxo e volume de negócios concluídos em condições especiais.

A prática empresarial acaba por consagrar o contrato de concessão comercial como o contrato de distribuição por excelência, sendo ambas as expressões muitas vezes utilizadas como sinônimas. Na verdade, o termo distribuição pode ser entendido, *latu sensu*, como todas as técnicas de colaboração empresarial que visem à inserção do produto de terceiro no mercado consumidor e, em sentido estrito, como a forma de distribuição de produtos pela qual o empresário colaborador adquire o bem para revendê-lo por sua conta e risco ao consumidor ou usuário final, dentre outras características. Essa última definição de distribuição em sentido estrito equivale à concessão comercial *em sentido amplo*.

É que a concessão comercial *em sentido estrito* é aquela derivada de um instituto de direito administrativo,⁸ caracterizada por regras rígidas e definitivas

⁷ Pode-se afirmar que enquanto o distribuidor obriga-se a adquirir as mercadorias do fornecedor, este também assume uma obrigação, ainda que não prevista expressamente no contrato, de vender os produtos ao distribuidor. A doutrina alemã, como infirma Priscila Brólio GONÇALVES (**A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002), tem desde há muito tempo se manifestado acerca da ilicitude da recusa de venda como atentatória da boa fé na execução do contrato. Entretanto, pode-se admitir, em certas condições, a recusa lícita de venda do produto ao distribuidor, como forma de regular a eficiência da atividade de distribuição, impedindo o excesso de produtos disponíveis no mercado intra e intermarcas. Sofia Tomé D'ALTE (O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1401) esclarece que caso prevista no contrato uma quantidade mínima de cotas a serem negociadas, dificilmente poderá o fornecedor justificar a recusa de venda de seus produtos, mas que a partir de determinada quantidade, identificada a partir da análise do mercado alvo, essa conduta torna-se plenamente legítima. Em última análise, pode-se concluir que a recusa de venda com base no poder de direção do negócio, principalmente em se tratando de uma rede de distribuição, deverá estar estritamente vinculada a uma justificativa econômica baseada na maior eficiência, restando-lhe ilícita a conduta meramente oportunista.

⁸ Refere-se à delegação contratual da exploração de serviço público por particular, na forma autorizada e regulamentada pela Administração Pública, conforme definição de Hely Lopes MEIRELLES (**Direito administrativo brasileiro**. 21a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 340). Na Argentina, Heriberto Simón HOCSMAN (Concesión comercial *in*

que não deixam campo de atuação para a autonomia da vontade,⁹ como a utilizada na distribuição de veículos automotores de via terrestre, regulamentada pela Lei n.º 6.7929 de 28 de novembro de 1979. Assim, a distribuição *stricto sensu* equivale à concessão comercial *em sentido amplo* (ao qual far-se-á referência implícita sempre que utilizado neste estudo, a não ser que de outra forma ressalvado), a ponto da supra referida sinonímia não prejudicar a tipificação (social ou de fato) do contrato de distribuição.

O distribuidor ou concessionário não se limita a intermediar pedidos ou negócios em favor do produtor, o que diferencia o contrato da maioria das demais técnicas de distribuição em sentido *lato*, mas por seu risco adquire as mercadorias, armazenando-as em suas instalações, para revendê-las aos consumidores ou usuários finais, diretamente ou através de sub-distribuidores.

A primeira operação, do produtor para o distribuidor, não pode ser qualificada como uma compra e venda simples, pois os vínculos jurídicos permanecem mesmo após a tradição do bem, sendo o distribuidor obrigado a adquirir do produtor, com determinada periodicidade, quantidade certa de mercadorias, assim como a eventualmente respeitar parâmetros de qualidade de estocagem, transporte e promoção de vendas definidos por este, além de um preço mínimo e máximo de revenda, dentre outras possíveis e correntes hipóteses. Em grande parte das vezes, o concessionário obriga-se também a atender as demandas de pós-venda com o fornecimento de assistência técnica e

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico: contratos – parte especial**. V. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 63) além de distinguir a concessão pública daquela outorgada por particulares, divide esta última espécie em concessão privada e concessão comercial, sendo a primeira utilizada para serviços e a segunda para vendas.

⁹ Cf. MELO, Claudineu de. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.41-42. Heriberto Simón HOCSMAN (Concesión comercial *in* ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico: contratos – parte especial**. V. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p.62) também diferencia o contrato de distribuição do contrato de concessão comercial pela sujeição do concessionário a normas muito estritas de relacionamento com o fabricante do produto e com os consumidores ou usuários finais, para os quais deve prestar serviços pós-venda até o esgotamento da vida útil do bem. Da mesma forma a lição de Juan M. FARINA (**Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p.475) que, embora reconheça a dificuldade de diferenciação especialmente na distribuição exclusiva, na qual os concessionários são vistos pelos consumidor como distribuidores preferenciais ou oficiais, entende que o contrato de distribuição não chega a configurar concessão comercial, em razão da dependência econômica estrita do concessionário, que além de estar restrito à exclusividade de vendas, ainda precisa submeter-se totalmente às diretivas e controles do concedente.

garantia, reposição de peças e assessorios, implementação de programas de fidelização, etc.

Pelo seu rigor técnico, adota-se como ponto de partida para a conceituação do contrato de distribuição, a definição de Paula A. FORGIONI:¹⁰ contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração,¹¹ que encerra um acordo vertical, pelo qual o agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor),¹² para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda¹³ e

¹⁰ Cf. FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 116. Conforme a autora, este conceito é o resultado da atualização para a realidade atual dos contratos de distribuição da doutrina de Claude CHAMPAUD (La concession commerciale. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**. Paris: Librairie Sirey, ano 16, n. 3, jul./set. 1963, p. 451-504), citado no estudo pioneiro de Rubens REQUIÃO de 1972.

¹¹ Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim Theodoro de MELLO [Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – regime no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 28, mar./abr. 2004, p. 128] salientam que a longa duração típica do contrato decorre da obrigação de compra e venda continuada, não eventual nem periódica, no que se confunde com o contrato de fornecimento. Se por um lado o vínculo perene garante ao produtor o escoamento ininterrupto da produção, dentre outras vantagens econômicas, o volume de investimento de capital normalmente exigido do concessionário para a execução do contrato de concessão comercial também justifica a sua longa duração. Assim, pode-se afirmar que a duração das obrigações recíprocas das partes é diretamente relacionada ao nível de investimentos necessários à consecução dos fins econômicos a que o contrato se dispõe e, portanto, deve permitir que o concessionário não somente consiga reaver o capital investido como possa auferir os lucros correspondentes.

¹² A distribuição é exclusivamente celebrada entre profissionais do comércio, ou melhor, por empresários. E não poderia ser diferente, pois a concessão comercial é o resultado da especialização da atividade de distribuição do produto. Há, outrossim, alguma controvérsia na doutrina quanto à obrigação de que uma das partes seja necessariamente o fabricante. Paula A. FORGIONI (**O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 58), secundando Claude CHAMPAUD (La concession commerciale. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**. Paris: Librairie Sirey, ano 16, n. 3, jul./set. 1963, p. 471), defende que o fornecedor seja tanto um industrial quanto um intermediário do comércio, cujo entendimento é rechaçado por Claudinei de MELLO (**Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 30), que vislumbra no contrato de distribuição a função precípua de atender às necessidades dos fabricantes que não querem atuar direta ou exclusivamente no mercado, embora admita que a revenda pelo distribuidor a outro comerciante seja suficiente para completar o ciclo distributivo, pois segundo seu entendimento o produto terá entrado no comércio e cumprida estará a obrigação de revenda do distribuidor. Filiamo-nos ao primeiro entendimento, pois o que define o contrato de distribuição certamente não é a identidade do concedente imediato, mas a finalidade econômica que se pretende alcançar, que pode ser obtida pelo uso de sub-distribuidores, naturalmente que atendendo as eventuais condições estabelecidas originalmente pelo fabricante. Pode-se inclusive admitir que este, exercitando o poder de direção geral, vede no contrato *master* a sub-distribuição, como é comum no contrato de concessão comercial *stricto sensu*, para o qual a pessoalidade é em regra uma característica essencial.

¹³ Claudinei de MELLO (**Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 34-35) identifica a outorga de vantagens especiais ao distribuidor como uma das características não somente do contrato de distribuição, mas da rede de distribuidores, entendendo discriminatória a concessão de benefícios a apenas alguns concessionários e não a todos. Atualmente, com o

assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.

Além dessas características, pode-se adicionar, ainda, o caráter colaborativo do contrato de distribuição. Não é nenhuma novidade que em qualquer contrato, as partes, de um lado egoístico, pretendam auferir um benefício próprio, e de outro sejam impelidas pela boa-fé objetiva, a cooperar positivamente com sua contraparte. No contrato de distribuição, no entanto, a colaboração adquire importância especial, pois embora a sucessiva compra e venda de mercadorias pelas partes constitua a obrigação central do negócio do ponto de vista jurídico, a potencial maximização do retorno econômico, tanto para as partes quanto para o mercado, somente será alcançada se estas cooperarem para o fim comum do contrato.

Vale destacar algumas outras características geralmente encontradas no contrato de distribuição, embora não sejam essenciais à configuração do tipo: a integração vertical; a dependência econômica; a exclusividade do concedente ou do concessionário; a obrigação do distribuidor de seguir o sistema de planejamento geral do fabricante; a contratação por adesão, e a obrigação de promoção de vendas.

A integração vertical a que se submete o concessionário, embora sem subordinação (ao contrário do que ocorre nos demais contratos de distribuição em sentido amplo), promove, em regra, aproximação econômica e jurídica das partes, especialmente quando o distribuidor recebe o licenciamento das marcas para identificação da frota e promoção dos produtos, entre outras atividades, que lhe vincula ao grupo empresarial do produtor, com o qual não poderá concorrer. Cada parte, contudo, mantém a sua identidade jurídica e autonomia patrimonial, não havendo solidariedade em relação a obrigações contraídas junto a terceiros.

A integração vertical também implica em que o distribuidor possa eleger mecanismos de controle e monitoramento das atividades do distribuidor, com o

crescimento do poder de compra de alguns distribuidores, pode-se estender a mesma conclusão aos contratos em que a outorga de vantagens especiais a apenas alguns fornecedores, em detrimento dos demais concorrentes, além de descaracterizar a obrigação de tratamento isonômico entre os parceiros comerciais típica da espécie contratual, pode implicar em abuso de estado de dependência econômica, na medida em que estes não possuem alternativa equivalente para o escoamento de seus produtos, no caso de rompimento das relações comerciais.

fim de conferir a necessária uniformização e eficiência à rede de distribuição, aliados à exclusividade eventualmente necessária à manutenção do relacionamento do distribuidor com o grupo econômico ao qual o fornecedor pertence.

No contrato de distribuição, as partes ingressam em um relacionamento comercial em que cada uma torna-se, em maior ou menor grau, economicamente dependente de sua contraparte. Em regra, o produtor, caso o distribuidor simplesmente resolva rescindir o contrato, dificilmente conseguirá encontrar um concessionário alternativo em tempo suficiente para não perder parcela importante de participação em um mercado desabastecido de seus produtos; e o distribuidor, exposto à rescisão imediata do contrato, terá graves dificuldades para substituir um fornecedor por outro, pois mesmo o concorrente possivelmente já terá sua rede de distribuição formada.

Mas a dependência econômica não se manifesta apenas em relação ao término abrupto da relação contratual, sendo que durante a sua execução o distribuidor depende das estratégias de desenvolvimento da marca e do produto estabelecidas pelo fornecedor, e este da capacidade do distribuidor de promover e alavancar a conquista de novos mercados e de desenvolver aqueles em que o produto já possui penetração.

O que ocorre é que em determinadas hipóteses, fornecedor ou distribuidor podem gozar de condição econômica privilegiada que lhes permita exigir de sua contraparte privilégios ou benefícios negociais, que podem até mesmo violar a legalidade, configurando abuso de estado de dependência econômica. Vale salientar, que a dependência econômica nem sempre é do distribuidor para com o fornecedor, sendo recorrentes os exemplos de distribuidores com influência econômica determinante sobre os resultados de seus fornecedores.

No presente patamar de desenvolvimento da prática comercial, não há como se vincular ao contrato de distribuição a obrigação de exclusividade, de parte a parte, como requisito do tipo, tal como inicialmente entendido pela doutrina. Na verdade, somente características especiais dos mercados ascendente (do produtor para os distribuidores) e descendente (do distribuidor

para os produtores) podem justificar economicamente tal avença.¹⁴ Naturalmente que na concessão comercial *stricto sensu*, a rede de concessionários deve ser exclusiva até pelo grau de integração vertical, que vincula os concessionários ao grupo econômico do concedente, mas que não representa a realidade da distribuição.

É possível, também, que ao inverso, o concessionário seja o distribuidor exclusivo de determinado produtor (ou o *master*, como na indústria cinematográfica). Entretanto, para determinados tipos de produtos, o mais comum é que o produtor monte uma rede dedicada de distribuidores. O contrato de distribuição é por definição de colaboração, mas não somente no âmbito bilateral produtor-distribuidor, sendo o sucesso da rede de distribuição, fator importante de maximização dos benefícios econômicos de seus participantes.

Assim, o interesse para que o controle geral de uniformização, de natureza técnica e jurídica, de sistemas, métodos e comportamentos da rede de concessionários (conferindo-lhes uma imagem única que identifique cada concessionário à marca) seja concentrado em um único agente econômico (o concedente) não é somente do produtor, mas de todos os concessionários.

De forma geral, cabe ao fornecedor definir quais categorias de compradores serão assistidas diretamente ou por meio de distribuidores; os padrões que deverão ser respeitados pelo concessionário no que se refere às características e configuração dos produtos, não lhes podendo introduzir modificações sem autorização expressa do concedente; a fixação do preço de revenda, sob a forma de sugestão ou imposição de valores mínimos e máximos; e as obrigações de garantia que deverão ser prestadas pelos distribuidores, no que se refere a serviços pós-venda.¹⁵

A direção técnica do negócio pelo concessionário volta-se ao desenvolvimento de imagem de qualidade do produto, que deve chegar ao

¹⁴ Ver GUYENOT, Jean. Les conventions d'exclusivité de vente. **Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique**. Paris: Librairie Sirey, p. 513-537 ; e PLAISANT, R. Les contrats d'exclusivité. **Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique**. Paris: Librairie Sirey, ano 17, 1964, p. 1-28.

¹⁵ Cf. D'ANTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1405-1406.

consumidor final em perfeito estado de apresentação e conservação, cuja responsabilidade cabe, no mais das vezes, ao processo de distribuição.¹⁶

O desenvolvimento da marca pode implicar, também, na associação de determinada faixa de preços à qualidade, sendo necessário ao fornecedor controlar os preços máximo e mínimo em que os distribuidores da rede poderão revender os produtos.

No mais, cabe ao fornecedor coordenar os níveis de produção e estoque da rede de distribuição, prevendo as variações de demanda, sob pena de provocar graves prejuízos aos concessionários e, indiretamente, ao seu próprio negócio.

A necessidade de padronização das normas organizacionais da rede de distribuição importa em simétrica tendência de padronização dos contratos, que se dá através da adoção de cláusulas padrão, que, se não aceitas, impedem a celebração do contrato como um todo.¹⁷ Tecnicamente, trata-se de contratação por adesão, que é forma como se dá a livre manifestação de vontade das partes.¹⁸ Não obstante, a contratação por adesão não retira a sua validade, inclusive porque, tratando-se de contrato celebrado rigorosamente entre profissionais, cada parte é evidentemente apta, salvo as situações de pronunciada falha de informações sobre o negócio, a antecipar os seus

¹⁶ Também este o entendimento de Sofia Tomé D'ANTE (O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1399) que, inclusive, inclui no exercício regular do poder de direção técnica do negócio exigir do distribuidor o investimento em infra-estruturas adequadas à comercialização dos bens adquiridos do concedente, evitando-se, principalmente no caso de produtos perecíveis, a alteração de suas propriedades.

¹⁷ Assim concluída a contratação, a legalidade das avenças é tutelada pelas disposições do Código Civil em vigor quanto à boa fé e à função social do contrato, inclusive a regra de interpretação das cláusulas contra a parte que as redigiu, e de nulidade das disposições que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹⁸ Difere, portanto, a contratação *por* adesão daquela *de* adesão, cujo conceito remete aos casos em que uma das partes contratantes submete-se às condições do negócio porque necessita contratar, e o segundo porque é conforme a sua conveniência e interesse. Conforme MELO, Claudineu de. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.62-64. Passando ao largo dessa discussão, Martine BEHAR-TOUCHAIS e Martine VIRASSAMY destacam o papel da noção de abuso de estado de dependência econômica para o reconhecimento da existência de relações por adesão entre profissionais, uma vez que *“de la même manière que la production de masse avait conduit à la standardisation des contrats et à l'apparition des contrats d'adhésion occasionnant la stipulation de clauses abusives au détriment des consommateurs, l'émergence de nouveaux modes de commercialisation des produits et services a créé des situations et des relations inédites entre les professionnels concernés. Et de la même manière qu'il avait fallu intervenir pour mettre les consommateurs à l'abri des abus, l'on s'est demandé s'il ne convenait pas de chasser également les clauses abusives dans les contrats entre professionnels”*. BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p.79.

benefícios, encargos e riscos, evitando, destarte, ingressar em relação comercial em que não haja possibilidade de lucro com o empreendimento.

Conforme afirmado alhures, concessão comercial constitui-se em técnica colaborativa de distribuição, assim como a agência, franquia, consignação, comissão, dentre outras, sendo importante instrumento de partilhamento de custos de desbravamento e desenvolvimento de mercados para os produtos do concedente.

Portanto, presume-se que o concessionário, além da compra e venda dos produtos, seja também responsável pelo alavancamento de negócios com os produtos do fornecedor na sua área de influência.

Entretanto, não se pode afirmar ser a pró-atividade uma característica essencial da espécie contratual, pois muitas vezes cadeias complexas de distribuição são integradas por mais de uma forma obrigacional de relacionamento com agentes colaboradores, inclusive agindo em conjunto, variando em relação a produto específico do *mix* de produção, características regionais de mercado e de consumo, etc.

De outro lado, o contrato de distribuição, em regra, outorga algumas obrigações ao fornecedor, que embora não essenciais à configuração do tipo contratual, são bastante recorrentes.

Tais obrigações referem-se, em geral, ao fornecimento de (i) informações quanto às características e às propriedades técnicas do produto, bem como parâmetros da política comercial que pretende implementar; (ii) material de publicidade, que por pertencer ao fornecedor deverá ser devolvido ao término do contrato; (iii) e assistência técnica ao distribuidor, tanto no âmbito das ações de organização de campanhas publicitárias, quanto de formação e treinamento de funcionários especializados nas características técnicas do produto fornecido e de métodos de reparação e conservação.¹⁹

¹⁹ Conforme relação de obrigações do concedente sistematizadas por Maria Helena BRITO (**O contrato de concessão comercial – descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico** Coimbra: Almedina, 1990, p.70 *apud* D'ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1393-1402).

1.2 CONTRATOS RELACIONAIS

O contrato de distribuição pertence à categoria dos contratos relacionais. A teoria dos contratos relacionais, embora venha sendo utilizada no Brasil na interpretação de contratos das mais diversas naturezas, desde relações de consumo a consórcios de exploração de matrizes energéticas, tem esbarrado em reservas intelectuais dos juristas de tradição romano-germânica, principalmente por não derivar originalmente de institutos jurídicos considerados universais.²⁰

A doutrina dos contratos relacionais, embora ainda não consolidada juridicamente, nem sequer no próprio direito estadunidense,²¹ possui uma característica fundamental que a legitima perante o direito comercial: a pragmatividade. Com efeito, não há como se negar que o ponto de partida da teoria dos contratos relacionais, de que contratos de longa duração devem ser tratados diferentemente de contratos descontínuos, encontra indisputável conformidade com a prática comercial contemporânea, em que os empresários utilizam dispositivos especiais nos contratos de longa duração, como delegação da resolução de conflitos indetermináveis à época da celebração do contrato à boa fé, aos melhores esforços das partes, ao equilíbrio econômico das prestações, etc.

De forma geral, os contratos relacionais podem ser definidos como contratos de longa duração, marcados pela existência de cláusulas *processuais*, que ao invés de determinar de forma rígida as condições futuras de execução do contrato, preocupam-se mais com a manutenção do equilíbrio econômico

²⁰ A dificuldade de integração do contrato relacional ao mundo mental dos juristas romano-germânicos, segundo Antônio Junqueira de AZEVEDO (Natureza jurídica do contrato de consórcio – classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos – os contratos relacionais – a boa-fé nos contratos relacionais – contratos de duração – alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva – sinalagma e resolução contratual – resolução parcial do contrato – função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 94, v. 832, fev. 2005, p.115-137), deve-se às suas fontes sociológicas e sua origem no universo intelectual estadunidense, que parece “bastarda” aos nossos juristas, conforme enfatiza o autor.

²¹ Conforme notícia de Paula A. FORGIONI **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.75-76), a teoria dos contratos relacionais não foi, ainda, incorporada pelos Tribunais estadunidenses, sendo que a doutrina especializada sequer conseguiu resolver como o direito contratual moderno pode e deve reagir a essa teoria. Daí que, talvez, a maior dificuldade de aceitação da teoria dos contratos relacionais não seja tanto as suas fontes, mas a incapacidade da doutrina em geral de situá-la em relação às correntes já estabelecidas dentro do direito das obrigações, cujas bases para o diálogo ainda estão sendo lançadas.

das avenças e a continuidade das relações entre as partes.²² Distinguem-se dos contratos descontínuos, principalmente, pela impossibilidade de completa especificação de condições consideradas essenciais pela doutrina contratual clássica, como preço, quantidade, qualidade e entrega, e pela incapacidade em razão da natureza (mutável) do negócio, de previsão de todas as contingências futuras. Além disso, a longa duração dos contratos relacionais é marcada não somente pelo caráter de continuidade de desenvolvimento das obrigações principais, mas pelos vínculos correspondentemente perenes formados entre as partes, no que se refere especialmente às obrigações de solidariedade, confiança e cooperação.

Vale destacar, ainda, que nos contratos relacionais, a boa-fé adquire significado especial. A boa-fé objetiva, já consagrada como um princípio geral do direito das obrigações,²³ está expressamente prevista pelo legislador ordinário no Código Civil Brasileiro (artigo 422), devendo ser observada tanto na conclusão do contrato, como durante sua vigência e na sua interpretação. Nos contratos relacionais, contudo, a boa-fé expande-se como princípio norteador do nascimento e interpretação de obrigações sequer previstas no contrato, ligadas principalmente à lealdade, como a de informar

²² Para Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR, um dos maiores expoentes do desenvolvimento da teoria dos contratos relacionais no Brasil, com ênfase nas relações de consumo, identifica nos contratos relacionais a tendência de criação de relações contínuas e duradouras, nas quais “os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua, determinado tanto pelas relações promissórias como pelos vínculos não promissórios que de fato se estabelecem entre as diversas partes, como por exemplo status (ex.: vulnerabilidade, hipossuficiência), confiança e dependência econômica”. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, ano 9, n. 35, jul./set. 2000, p. 113. Além disso, o autor (**Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.166) destaca a dimensão do contrato “para o futuro”, sendo a colaboração entre as partes voltada também ao planejamento extensivo de atividades substantivas da relação. Paula A. FORGIONI (**O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.77-78) ressalva, contudo, que a transmutação da doutrina dos contratos relacionais das relações de consumo para o direito aplicável aos contratos de distribuição requer cuidados adicionais, considerando-se que no Brasil, o juiz em regra não pode negociar pela parte nem esta pode ser obrigada a contratar, atribuindo-se um valor especial à autonomia da vontade no que se refere à assunção de riscos, sendo que ainda segundo a Autora, os contratos de distribuição não são contratos de sociedade (não se podendo transcurar a existência de um interesse comum), e como tais não devem ser tratados.

²³ Cf. BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 66-68.

preventivamente à outra parte quanto a mudanças relevantes na conjuntura do mercado.²⁴

Portanto, a qualificação do contrato de distribuição como contrato relacional, mesmo que dependente de posterior aprofundamento da doutrina quanto a aspectos conceituais e sistêmicos, e ressalvadas as características próprias do direito brasileiro, serve para revelar os pontos fundamentais da estrutura do contrato de distribuição e do relacionamento entre partes.

1.3 CONTRATOS-QUADRO

O contrato-quadro²⁵ consiste em uma técnica convencional, que se situa entre um contrato único de execução sucessiva e uma série de contratos distintos sem uma lógica interna.²⁶ Os contratos-quadro caracterizam-se pela conjugação de estrutura contratual flexível e relação contratual estável.

De forma geral, trata-se de conjunto formado por um contrato principal, abrangente mas indeterminado em relação a características consideradas essenciais pela doutrina contratual clássica, como preço, quantidade, qualidade e prazos de entrega, no qual são lançadas as bases do negócio, e ao qual posteriormente se agregam contratos satélites, denominados contratos de aplicação, cada um dotado de especificidade suficiente para a conclusão de uma ou mais operações. Os contratos de aplicação, que vão integrando o negócio à medida que se desenvolvem as relações entre as partes, são dependentes do contrato-quadro para assumirem plena validade e unidade jurídica, enquanto esses são plenamente válidos, mesmo na inexistência

²⁴ Ou mesmo em relação a sua estrutura societária, que possam atribuir ao contrato onerosidade excessiva, como restou concluído no parecer produzido por Antônio Junqueira de AZEVEDO JÚNIOR (Natureza jurídica do contrato de consórcio – classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos – os contratos relacionais – a boa-fé nos contratos relacionais – contratos de duração – alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva – sinalagma e resolução contratual – resolução parcial do contrato – função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 94, v. 832, fev. 2005, p. 123-137) em relação à possibilidade de resolução de um contrato de consórcio para exploração de matriz energética em função do desequilíbrio econômico (onerosidade excessiva) do contrato.

²⁵ Ou contratos-moldura, segundo a melhor tradução do termo originalmente cunhado pelo direito francês (*contrate-cadre*),

²⁶ Conforme definição de Alain SAYAG (**Le contrat-cadre: 2. La distribution**. Paris: LITEC, 1995, p. 439).

daqueles.²⁷ Vale notar que a existência de um contrato-quadro não importa em dever de ajustar contratos de aplicação, os quais dependem de manifestação de vontade especial, e, portanto, não podem ser supridos pelo juiz.²⁸ Para o direito brasileiro, os contratos-quadro são considerados contratos preliminares incompletos, uma vez que não contêm todos os requisitos essenciais aos contratos a serem posteriormente celebrados.²⁹

Quanto à aplicação da noção de contratos-quadro ao contrato de distribuição, a doutrina é unânime em aceitar tal qualificação, uma vez que as condições essenciais do negócio como a fixação de preços, prazos, etc., não podem ser muitas vezes estipuladas no contrato por dependerem de fatores de mercado, sendo definidas a cada operação sucessiva. Vale lembrar, que na distribuição, não poucas vezes, apenas as regras de relacionamento entre as partes e eventualmente destas com terceiros são estabelecidas no contrato, cujo cumprimento depende da celebração sucessiva e periódica de outras compras e vendas.³⁰

²⁷ Nesse ponto reside a dificuldade de aplicação da doutrina dos contratos-quadro, mesmo no direito europeu, pois a indeterminação típica da espécie contratual tem gerado acaloradas discussões acerca da execução das avenças do contrato-quadro sem o detalhamento dos negócios subjacentes. Segundo Alain SAYAG, cada estado europeu atualmente adota uma solução diferente para o caso de indeterminação de condições essenciais do negócio vinculado a um contrato-quadro, sendo que “*en l’absence de désignation d’un des éléments de la vente, on a vu que le droit allemand renvoie à la détermination opérée par le créancier de la prestation. Le droit italien admet le tarif du fournisseur si les marchandises concernées sont celles dont il fait son commerce habituel ; à défaut, la détermination du prix sera confiée, selon le Code civil, à un tiers désigné par le juge (art. 1474, al.3). Le droit anglais, quant à lui, va plus loin et dispose que, en caas d’indétermination, l’acheteur doit payer un prix raisonnable. Or c’est directement au juge qu’il revient de dire ce qu’est un prix raisonnable. Au surplus, c’est là un élément de fait qui relève de sa compétence exclusive et qu’il n’a donc pas à justifier ; plus encore, le juge anglais peut aller jusqu’à déduire des circonstances de la cause l’existence d’un objet raisonnable en présence d’un agreement to be agreed, c’est-à-dire d’un accord renvoyant la fixation de l’objet à une transaction ultérieure des parties. Ainsi n’hésite-t-il pas à donner efficacité à un tel accord en fixant la quantité raisonnable de produits contractuels à enlever*”. SAYAG, Alain. **Le contrat-cadre: 2. La distribution**. Paris: LITEC, 1995, p.416.

²⁸ Como não há o comprometimento de conclusão de contrato posterior, afasta-se a possibilidade de adjudicação do contrato prevista pelo artigo 639 do Código de Processo Civil. Ademais, no Brasil, como já visto, é juridicamente impossível a negociação judicial das condições do contrato, considerando-se que o Estado não pode obrigar uma das partes a assumir os riscos decorrentes do negócio.

²⁹ Conforme prescreve o Código Civil em relação aos contratos preliminares (artigo 462).

³⁰ No direito comparado, Coelho VIEIRA, citado por Sofia Tomé D’ALTE (O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1398), designa esta característica do contrato de distribuição a um duplo *pactum contraendo*, de modo que, uma vez estabelecido, só ganha forma através da celebração de outros contratos, que lhe preenchem o seu conteúdo material. Com isso, conclui, o cumprimento do contrato de distribuição pressupõe a celebração de contratos de execução.

1.4 DISCIPLINA LEGAL

O contrato de distribuição, no Brasil e na maioria dos países do mundo, é um contrato legalmente atípico, portanto, destituído de disciplina legal específica. Tanto o Código Comercial de 1850 quanto o recente Código Civil de 2002 não regulamentam o contrato de distribuição. Na verdade, este último denomina uma espécie de contrato de representação comercial, em que o agente tem a coisa negociada à sua disposição como contrato de distribuição, mas que, conforme se passa a expor a seguir, não possui o mesmo sentido do contrato socialmente típico de distribuição.

Nesse particular, deve-se fazer um parêntese, no que se refere à Lei n.º 6.729 de 1979, que dispõe sobre concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Se pela própria especificidade do negócio, a que se visa regular, já não seja possível verificar a aplicabilidade da norma aos contratos de distribuição em geral, a doutrina acaba por jogar uma pá de cal sobre o assunto.³¹ Assim, a inicialmente titubeante jurisprudência, após confrontar-se com a veemente negação doutrinária de aplicabilidade das normas da Lei n.º 6.729/1979 aos demais contratos de distribuição, firma posicionamento, inclusive nas Cortes Superiores, rejeitando a sua extensão a tais contratos, que permanecem legalmente atípicos.

No direito comparado,³² a mesma situação pode ser conferida na legislação de países europeus como Inglaterra, França, Alemanha, Itália,

³¹ Claudiney de MELO (**Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.40), seguido por muitos outros, como Waldirio BULGARELLI (**Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 451), Paula A. FORGIONI (**O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 92-94), Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim Theodoro de MELLO [Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – regime no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 28, mar./abr. 2004, p. 153-155], manifestaram-se contra tal posicionamento, cuja base argumentativa remonta a um parecer de Miguel Reale datado de 23 de janeiro de 1983, cuja seguinte expressão tornou-se célebre: que pretender aplicar à distribuição em geral as normas específicas da Lei n.º 6.729/79 “*equivaleria a converter o intérprete ou o aplicador da lei em um ‘legislador supletivo’, tomando genérica uma lei expressa e explicitamente aplicável às concessões que tenham por objeto ‘veículos automotores terrestres’*”.

³² Conforme notícia de Priscila Brólio GONÇALVES (GONÇALVES, Priscila Brólio. **A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos**

Bélgica, Portugal, Espanha, Suíça, e americanos como Estados Unidos, Panamá, Honduras, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicarágua e Argentina, nos quais o contrato de distribuição é legalmente atípico.

Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, possui regulamentação a rescisão de contratos de concessão de venda de automóveis.

Na Bélgica, mesmo não tipificado o contrato de distribuição, está disciplinada a rescisão unilateral das concessões de vendas exclusivas ou não, de duração determinada ou indeterminada.

Na França, a disciplina dos contratos de concessão exclusiva, vinculada por muito tempo à Circular Fontanet, de 31 de março de 1960, documento meramente interpretativo, sem eficácia vinculativa, goza, atualmente, de algumas disposições típicas mas não exclusivas dos contratos de distribuição, como as cláusulas de exclusividade, imposição de preços, abuso de dependência econômica, entre outras, assim tratadas pelo Código Comercial Francês, reformado em 2001.

Em Portugal, na ausência de disciplina legal específica sobre contrato de distribuição, tanto jurisprudência quanto doutrina entendem inicialmente aplicável, analogicamente, a legislação do regime de agência (Decreto-Lei n.º 178, de 03 de julho de 1986, posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n.º 118, de 13 de abril de 1993).³³

Hodiernamente, a tipificação legal dos contratos de distribuição encontra-se a cargo do direito comunitário europeu, por meio do Regulamento n.º 19/65/CEE de 02 de março de 1965, posteriormente modificado pelo Regulamento n.º 1215 de 10 de março de 1999, que estende suas normas aos acordos verticais em geral, e que os define como técnica contratual pela qual uma empresa obriga-se perante outra a fornecer e/ou comprar determinados

aspectos concorrenciais. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, p.29-35; e também BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 447), que traçam um estudo comparado sobre o contrato de distribuição na legislação dos países citados.

³³ A aplicação analógica das regras sobre agência ao contrato de distribuição, segundo Sofia Tomé D'ALTE (O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1393-1433 e 1418-1419), deve-se à característica comum entre os tipos contratuais de submissão do contratado ao poder de controle e fiscalização do fornecedor, levando a jurisprudência e a doutrina a adotarem um tratamento correspondentemente análogo em relação à distribuição.

produtos com exclusividade, para fins de revenda em parte definida de território do mercado comum.³⁴

1.5 A NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO DE OUTROS TIPOS CONTRATUAIS

A concessão comercial é uma das várias formas obrigacionais utilizadas pelos empresários para dinamizar as trocas no mercado. Referidas atividades, que ora se denominam canais de distribuição, podem assumir principalmente as seguintes formas: agência e agência-distribuição, contrato de fornecimento, contrato de comissão mercantil, mandato comercial, contrato estimatório e franquia.

Na prática, todas essas relações obrigacionais podem ser qualificadas como contratos de distribuição *lato sensu*, por serem, em última análise, *técnicas* de distribuição. Em *stricto sensu*, a prática comercial consagra a concessão comercial *lato sensu* como o contrato socialmente típico de distribuição. As similaridades entre os demais tipos contratuais referem-se principalmente ao caráter de execução continuada que lhes é característica comum, e a posição intermediária entre produtores e consumidores ou usuários finais na cadeia de produção de bens e serviços. Vale ainda registrar as diferenças entre a distribuição e o contrato de sociedade (plurilateral), dada a extensão de características comuns compartilhadas pelas espécies obrigacionais.

1.5.1 AGÊNCIA E AGÊNCIA-DISTRIBUIÇÃO

Representação comercial autônoma é a denominação sob a qual foi tipificado pela Lei n.º 4.886/1965 o contrato consagrado no direito estrangeiro

³⁴ Joanna GOYDER (**EU distribution law**. 3. ed. Bembridge: Palladian Law Publishing, 2000, p. 63-107) destaca que o regulamento de 1999 trouxe mudança definitiva sobre a perspectiva pela qual eram analisadas as restrições verticais no âmbito do direito comunitário, assumindo postura menos rígida e formalista, que prestigia uma visão mais econômica do tema, isentando da aplicação do artigo 81 do Tratado de Roma as firmas sem poder de mercado. Assim, mesmo acordos de distribuição exclusiva, mas cuja participação no mercado não supere 30%, ficam isentos; acima deste patamar, torna-se necessário submeter o acordo à Comissão Europeia para a obtenção de uma isenção individual, em que ter-se-á demonstrar a produção de eficiências econômicas.

como de agência,³⁵⁻³⁶ forma sempre referida pelos principais autores brasileiros do tipo contratual em que o empresário, pessoa física ou, mais tradicionalmente, jurídica, obriga-se a desempenhar em caráter não eventual e em nome próprio o agenciamento de propostas ou pedidos em favor de terceiro.

A recente substituição do Código Civil de 1916 e da Parte Primeira do Código Comercial de 1850 pelo Código Civil de 2002, que possui um capítulo denominado “da agência e distribuição”, não consegue ser menos confusa do que a precedente regulamentação da representação comercial pela Lei n.º 4.886/1965 (não revogada no que não lhe conflitar, conforme artigo 721 do Código Civil Brasileiro), a despeito de representar o resultado da tramitação de um projeto de lei de mais de vinte e cinco anos.³⁷

³⁵ Fran MARTINS (**Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 269) explica a dupla denominação em razão de alguns “*códigos já regulamentarem esse contrato com o nome de agência ou agência comercial. Assim, o Código Civil italiano lhe dá a primeira denominação, regulando-o nos arts. 1.742 a 1.753. O Código Comercial da Colômbia, entrado em vigor em 01.01.1972, denomina-o agência comercial, regulando-o nos arts. 1.317 a 1.331*”. Waldirio BULGARELLI (**Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 503), resume que este “*contrato vem sendo estudado como sinônimo de contrato de agência (Fran Martins, Orlando Gomes, Rubens Requião) e é hoje contrato típico, devidamente regulado pela Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Alain SAYAG (Le contrat-cadre: 2. La distribution. Paris: LITEC, 1995, p. 422) noticia que na França e Inglaterra a figura do agente também é assim conhecida e denominada, uma vez que “investi d’un pouvoir de représentation, est chargé de conclure des ventes au nom et pour le compte de son mandat”*”.

³⁶ Embora o termo agência seja utilizado indiscriminadamente pela maior parte da doutrina como sinônimo de representação comercial, não se pode deixar de mencionar a existência de posicionamento contrário à aparente univocidade que cerca a expressão. Carlos Emmanuel Joppert RAGAZZO (Agência e distribuição. **Revista trimestral de Direito Civil**. São Paulo: Editora Padma, v. 19, jul./set. 2004, p. 14-16), escorando-se em lição de Pontes de MIRANDA e Rubens REQUIÃO, limita a atividade do *agente* aos atos de cunho preparatório, relativos à promoção de negócios e transmissão ao contratante dos pedidos, enquanto a atividade do *representante comercial* pressuporia autonomia para concluir o negócio em nome do representado. Segundo essa classificação, a agência poderia mesmo ter natureza civil, enquanto a representação teria sempre caráter comercial. Essa distinção chegou a ser desenvolvida no projeto do Código Comercial (Projeto n.º 1.171/49), mas não foi repetida na Lei n.º 4.886/65. O Código Civil Brasileiro, apesar de não distinguir agência de representação, ao menos nominalmente, identifica uma forma especial de agência em que o preponente confere poderes ao agente para que o represente na conclusão do negócio (artigo 710 e parágrafo único). Para Rubens REQUIÃO, “*melhor teria sido se a lei houvesse adotado distinção entre as duas figuras, de molde a que, na prática cotidiana do comércio, pudesse perceber-se logo à primeira vista, pelo simples enunciado da denominação, se estaria ou não o sujeito investido de poderes para concluir negócios*”. REQUIÃO, Rubens. **Do contrato de representante comercial**. Forense: Rio de Janeiro, 1968, p. 34.

³⁷ A Lei n.º 4.886, de 09 de dezembro de 1965 foi o resultado de apressada discussão em pouco mais de quatro meses de tramitação pelo Congresso Nacional, e foi bastante criticada pela redação contraditória e em muito desprovida de tecnicidade. Waldirio BULGARELLI não reservou qualquer elogio à referida lei, para quem “*não conseguiu ser precisa, utilizando vários verbos, que acabam gerando certas perplexidades; não se sabe bem o que quis dizer o legislador com mediação, agenciando, execução dos negócios, tendo em vista a necessidade de*

O objetivo da representação comercial é a promoção dos negócios mercantis de terceiro,³⁸ serviço pelo qual o representante ou o agente é remunerado através do pagamento de comissões, ao contrário do que, como visto, acontece na concessão comercial, em que o distribuidor, agindo em nome e por conta própria, é remunerado pela diferença entre o preço médio de aquisição do produto e o de revenda. Além disso, o agente conserva o caráter de preposto em relação ao agenciado (embora sem subordinação). A exclusividade não é obrigatória para a configuração da espécie contratual, devendo-se atentar para a derrogação da Lei nº 4.886/1965, na parte em que a exclusividade não pode ser presumida sem ajuste expresso, ocorrida com a edição do artigo 711 do Código Civil Brasileiro, prevalecendo, atualmente, a contratação de cláusula de exclusividade tácita, tanto para o agente quanto para o agenciado, salvo estipulação contratual em contrário.

Dentre as características da agência, como a profissionalidade, consensualidade, bilateralidade, onerosidade, pessoalidade, e habitualidade,³⁹ destaca-se como opcional, além da exclusividade, a disposição sobre a coisa a ser negociada. Daí por que obrou mal o legislador ao denominar uma subespécie do contrato de agência⁴⁰ como contrato de distribuição,

ajustar tal figura contratual a outras correlatas”, dentre outras críticas. RUBENS REQUIÃO, que traçou o histórico legislativo iniciado pelo tardiamente abortado Projeto de Lei nº 2.794/61 de autoria do Deputado Barbosa Lima Sobrinho, cuja redação final foi conferida pelo substitutivo nº 38/63 do Senador Eurico Resende, fulminado integralmente pelo veto do Presidente Castello Branco de 02 de agosto de 1965, preferiu destacar que *“a precipitação tumultuária da redação do projeto governamental, devido ao entrelhecho de interesses em causa e sua tramitação célere, sem possibilidade de debates ou emendas, resultou num texto de lei falho e defeituoso, com lacunas, incompreensões e mesmo erros técnicos. Mas, apesar disso, tem ela, de certa forma, feito estabilizar as relações entre representantes e representados, protegendo os primeiros das incompreensões dos segundos. Aliás, dela podemos dizer como o Prof. Guyénot em relação à lei francesa: ‘Malgré ces lacunes, les textes actuels présentent une utilité indéniable’*”. REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.21-23 *apud* BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.503-504.

³⁸ O pagamento das comissões é devido mesmo nas operações concluídas diretamente pelo representado ou agenciado no caso de delimitação de uma área geográfica de atuação exclusiva, evidenciando que a efetiva intermediação não é uma característica essencial do tipo contratual. Com efeito, não se deve confundir a responsabilidade do agente pela intermediação dos negócios resultantes da promoção comercial, com a obrigação de intervenção pró-ativa em favor de terceiro junto ao mercado de potenciais compradores.

³⁹ Vale destacar, pelo quase esgotamento do tema, o estudo da tutela jurídica do contrato de agência no direito brasileiro realizado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 92, n. 812, jun. 2003, p. 22-40.

⁴⁰ Ambas consistem na atividade desenvolvida para a promoção e comercialização de bens e serviços por ordem de terceiro. Sob estas modalidades obrigacionais, tanto o agente quanto o agente-distribuidor obrigam-se, com exclusividade ou não, a empregar todos os meios a seu

caracterizada pela obrigação do representante de entrega dos produtos de propriedade do preponente sob sua guarda ao destinatário da intermediação, fazendo rivalizar a tipificação legal com a tipificação social.⁴¹

Nos contratos de agência e agência-distribuição, o agente registra os pedidos e os envia ao agenciado, que fará o faturamento da compra e venda e a cobrança, a não ser que o contrato disponha em sentido contrário, sendo que, caso detenha a guarda da coisa, o agente-distribuidor deverá executar os atos equivalentes ao transporte, entrega, etc., do bem negociado.

1.5.2 CONTRATO DE SOCIEDADE – CONTRATO PLURILATERAL

Os contratos de sociedade possuem características que os aproximam do contrato de distribuição, principalmente se considerado o caráter associativo que envolve os agentes participantes da rede de distribuição e o produtor, em que o aproveitamento das sinergias individuais coopera para o desenvolvimento de todos, sendo conseqüentemente do interesse comum que o comportamento dos agentes seja regulado por normas internas, que garantam o equilíbrio das relações intramarca.

Contudo, para a formação de uma sociedade, não basta a disposição de distribuição de resultados positivos, mas a obrigação de participação em prejuízos, o que não se coaduna com a autonomia econômica gozada pelos distribuidores entre si e em relação ao produtor, incapaz de gerar solidariedade

alcançe para conquistar, suprir e alavancar o mercado para o representado. A diferença entre ambas consiste em que o agente limita-se a intermediar a compra e venda, enquanto o distribuidor deve, além disso, executar alguns atos próprios do negócio, atuando como depositário da mercadoria pertencente ao fornecedor ou ainda transportando e entregando ao cliente o bem negociado. A denominação agência-distribuição, ora empregada pela conveniência com que permite relacionar ao contrato tipificado pelo Código Civil a idéia de espécie de agência, sem deixar de distingui-lo daquele socialmente consagrado pela prática comercial simplesmente como de distribuição, foi primeiro utilizada por Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim THEODORO DE MELLO [Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – regime no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 28, mar./abr. 2004, p. 120].

⁴¹ Claudiney de MELLO (**Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 44), criticando o então projeto de Código Civil, entendia inadequada a regulação conjunta dos dois modelos de agência acolhidos pela Comissão Elaboradora, negando-se a subordinar a distribuição a uma espécie do gênero agência, e remetendo a confusão entre os tipos contratuais a elementos comuns, como a pressuposição de uma vasta rede montada com o fito de promover a colocação do produto no mercado consumidor, dividida em áreas geográficas, exclusivas ou não.

de débitos e créditos, que denunciam a inexistência do necessário *affectio societatis*.⁴²

Aliás, sequer se pode falar propriamente em uma plurilateralidade de partes, característica das sociedades,⁴³ uma vez que dos contratos de distribuição participam apenas produtor e distribuidor, em pólos distintos da relação contratual (bilateral). Dessa relação não participam os demais distribuidores da rede, sendo cada um sujeito do respectivo instrumento contratual firmado com o fornecedor comum. Ademais, nos contratos plurilaterais, quaisquer das partes podem aderir ou desistir do contrato sem descaracterizá-lo, característica incompatível com a distribuição, em que a desistência do fornecedor acarretaria colapso da rede de distribuição formada ao redor de seus produtos.⁴⁴

⁴² Há, inclusive, quem sustente que os contratos de concessão comercial regulem relações em tudo tão similares às sociedades que se constituiriam em uma nova forma de contrato societário. Neste sentido, Rachel SZTAJN (**Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 137) defende que “*esses contratos têm características comuns aos contratos de sociedades: pluralidade de partes, comunhão de esforços, escopo comum, posição jurídica dos contratantes e subordinação, como ocorre nos grupos não-consorciais, faltando o fundo comum. Como, porém, este não é característica tipológica de sociedades que não sejam de capitais, nem é requisito previsto no art. 1.363 do Código Civil, pode-se afirmar que os esforços com que todos concorrem para o sucesso da atividade desenvolvida individualmente representa o nexo adicional necessário para o mais perfeito enquadramento desses contratos entre os de sociedade*”. Contudo, Paula A. FORGIONI (**O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 97-99) é categórica ao firmar a incompatibilidade entre os contratos de sociedade e o de distribuição, de forma que “*à celebração do contrato de distribuição, embora envolva colaboração e um certo escopo comum das partes, não caracteriza 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*”. É nas lições de Orlando GOMES (Contratos, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986) e Rubens REQUIÃO (Curso de Direito Comercial, 23. ed., São Paulo, Saraiva, 1998), que Paula A. FORGIONI escora-se para também imprimir à *affectio societatis* a característica essencial de divisão de riscos e disposição para arcar com os prejuízos, não encontrada no contrato de distribuição. Em sentido contrário, Rachel SZTAJN, ao se posicionar a favor da qualificação dos contratos de concessão como forma atípica de sociedade, vislumbra na própria cadeia de distribuição uma estrutura de divisão de riscos.

⁴³ José Edwaldo Tavares BORBA (**Direito societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 30) confirma que a doutrina do contrato plurilateral desfruta atualmente de uma posição dominante dentro da teoria geral, em oposição à corrente anticontratualista, graças ao pensamento de Tullio Ascarelli (Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo, 1969, p. 255-312), que demonstrou a existência de formas contratuais em que as partes dirigem seus interesses a uma finalidade comum, ao invés de contrapô-las em pólos antagônicos como nos contratos bilaterais ou de permuta. Além disso, os contratos multilaterais possuem uma função instrumental, sendo verdadeiros contratos de organização, nos quais adesões ou desistências não comprometem a execução do contrato.

⁴⁴ Os contratos de sociedade são também contratos normativos, que como forma de organização privada, são fonte de produção de normas contratuais, as quais, dentre outras disposições, disciplinam ou limitam a concorrência entre os participantes. Ver SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44-46. Assim, mesmo na hipótese que todos os distribuidores da rede firmem contrato análogo com o concorrente do produtor, estar-se-ia diante de nova rede distribuição, revogando-se as cláusulas

1.5.3 CONTRATO DE FORNECIMENTO

O contrato de fornecimento pode ser definido como um contrato de compra e venda continuada, em condições especiais.⁴⁵ Trata-se de contrato utilizado no comércio de matérias-primas para a produção de outros bens, de maneira que o comprador não será o consumidor ou usuário final, mas agente econômico envolvido no processo produtivo, ao contrário do que ocorre na distribuição.

Segundo a denominação de Cunha GONÇALVES, o contrato de fornecimento é uma modalidade de vendas complexas, cuja execução decompõe-se em várias outras, conexas e dependentes da principal que lhe deu origem.⁴⁶ Ao contrário do que ocorre com a distribuição, no contrato de fornecimento não há necessariamente transferência de propriedade do bem, uma vez que abrange também a cessão de uso, como ocorre com os terminais telefônicos.⁴⁷

O prazo de entrega do bem ou serviço pode ou não ser determinado, assim como o preço.⁴⁸ Aliás, pode ocorrer que a entrega efetiva sequer seja necessária para o aperfeiçoamento da obrigação, como ocorre nos contratos de fornecimento de energia a consumidores industriais, em que estes adquirem caráter aleatório, pois o pagamento será devido em razão da capacidade *potencial* de consumo disponibilizada ao comprador.⁴⁹

A principal diferença em relação ao contrato de distribuição, como identificada por Paula A. FORGIONI, está na função econômica do contrato:

normativas que regulavam as relações intramarca, agora sujeitas a um novo sistema normativo ajustado às necessidades e pretensões do novo fornecedor.

⁴⁵ Cf. MELO, Claudineu de. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 53. Segundo o autor, difere da compra e venda pura porque no fornecimento é possível inadimplir parcialmente a obrigação principal sem importar em inadimplemento global do contrato. Desta forma, aquilo que já foi entregue será considerado como adimplemento parcial, sem possibilidade de devolução no caso de rescisão contratual, resolvendo-se as partes pela diferença na forma de perdas e danos.

⁴⁶ Cf. BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 253.

⁴⁷ Cf. BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 255.

⁴⁸ Fran MARTINS (**Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 151) define o contrato de fornecimento como “*aquele em que as duas partes acordam no fornecimento, pelo vendedor, de certas mercadorias, para entregar em um prazo determinado, ou não, por um preço que pode ser fixado antecipadamente para todas as entregas parciais ou que pode ser ajustado em cada uma dessas entregas*”.

enquanto a distribuição visa à colocação do bem junto ao público adquirente, o escopo do fornecimento será o de ligar o produtor da matéria-prima ou do insumo ao industrial.⁵⁰

1.5.4 COMISSÃO MERCANTIL E MANDATO COMERCIAL

Segundo a definição de Fran MARTINS, comissão mercantil é o contrato segundo o qual *‘um comerciante se obriga a realizar atos ou negócios de natureza mercantil em favor e segundo instruções de outra pessoa, agindo porém em seu próprio nome e, por tal razão, se obrigando para com terceiros com quem contrata’*.⁵¹ A forma de execução do contrato é muito assemelhada à do mandato, com a diferença de que neste o mandatário não responde em nome próprio pelas obrigações contraídas à conta do mandante.

Os bens adquiridos ou vendidos pelo comissário e pelo mandatário pertencem ao comitente ou mandante, assim como os valores recebidos, ao contrário do que ocorre na distribuição em que, como já visto, há o aperfeiçoamento da compra e venda dos bens entre produtor e distribuidor juntamente com a tradição, diferindo também quanto à forma de remuneração. Além disso, o comissário e mandatário devem seguir as orientações do comitente ou mandante quanto às condições de negociação com terceiros, o que também não ocorre com o distribuidor, que atua por sua conta e risco, sendo responsável pelos resultados advindos de eventual estratégia equivocada.

Portanto, mais uma vez, diferencia-se o contrato de distribuição tanto pela autonomia das partes, quanto pela destinação dos produtos adquiridos do fornecedor para sua revenda ao consumidor ou usuário final.

1.5.5 CONTRATO ESTIMATÓRIO

O contrato estimatório introduz-se no ordenamento jurídico brasileiro como uma espécie de comissão, disciplinada pela revogada Parte Primeira do

⁴⁹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.152.

⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.103.

⁵¹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.285.

Código Comercial de 1850, na qual o comissário recebe em depósito consignado os bens do comitente, relatando periodicamente as vendas e entregando os valores recebidos e devolvendo os bens que lhe foram disponibilizados ao final de certo período ou quando requisitado pelo comitente. Com a promulgação do Código Civil de 2002, o contrato passa a tornar-se típico, disciplinado nos artigos 534 a 537.

No contrato estimatório, os bens móveis entregues ao consignatário continuam pertencendo ao consignante,⁵² razão pela qual a perda do bem acarreta em obrigação do pagamento do preço pelo consignatário. A denominação do contrato advém da estimação do preço, cujo valor mínimo é fixado pelo consignante.⁵³

Mesmo sendo característica comum a ambos os contratos a manutenção de estoques,⁵⁴ os produtos vendidos pelo distribuidor não pertencem ao produtor, tendo em vista sua anteriormente necessária aquisição para revenda. Embora os grandes distribuidores retalhistas costumem impor aos produtores cláusula de devolução dos bens não vendidos ao aproximar-se o vencimento da data de validade do produto, entende-se que essa condição não desconfigura o contrato de distribuição, transformando-o em contrato estimatório, pois o distribuidor continua recebendo sua remuneração a partir da diferença entre o preço médio de aquisição e de revenda, ao invés de uma comissão pela intermediação da venda dos bens, sendo tal dispositivo justificado economicamente como uma forma de partilhamento de riscos específicos do comércio de perecíveis.

Desta forma, o risco de perecimento é devolvido ao produtor, que possui, em tese, melhores condições de internalizar os prejuízos advindos do seu transporte e descarte,⁵⁵ o qual normalmente já é realizado em razão de partidas

⁵² PONTES DE MIRANDA, citado por Paula A. FORGIONI, conclui que a consignação transfere apenas o poder de disposição sobre o bem para o consignatário, mesmo após a tradição. Desta forma, a propriedade é transferida apenas quando da venda ao consumidor, e diretamente do consignante, embora em nome próprio do consignatário. Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.419-423 *apud* FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.109-110.

⁵³ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p.58.

⁵⁴ Cf. MELO, Claudineu de. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.58.

⁵⁵ A capacidade de internalização de custos significa que o produtor consegue, de forma mais eficiente do que o distribuidor, aproveitar as estruturas já existentes em sua carta de custos para diluí-los com menor impacto sobre o valor final do produto. Por conseguinte, a devolução de

rejeitadas pelo controle sanitário, interno ou externo, possuindo provavelmente departamentos responsáveis especialmente pela organização dos meios de destruição (como incineração e aterro), reaproveitamento (destinação ao adubamento de culturas, à alimentação animal e transformação em subprodutos com valor econômico) ou distribuição alternativa, esta normalmente a título gratuito,⁵⁶ para consumidores especiais (como escolas e instituições filantrópicas que consomem rapidamente as partidas antes do vencimento do prazo de validade). Ademais, os grandes retalhistas em geral não possuem frota própria nem pessoal especializado na forma de descarte específica para cada produto revendido.

1.5.6 FRANQUIA

Por último, na franquia, o franqueado adquire do franqueador o seu *know how*, ou os conhecimentos e experiências, bem como a licença de uso de sua marca e sinais distintivos, conhecidos e consagrados no mercado, que potencialmente permitirão a obtenção do mesmo sucesso experimentado pelo franqueador em determinado negócio. Trata-se de um contrato típico, regulado pela Lei n.º 8.955/1994, que mantém a independência jurídica e econômica das partes.⁵⁷

O objeto da franquia é a exploração de uma marca ou produto com a assistência técnica do franqueador.⁵⁸ Com razão, portanto, Claudinei de MELO

produtos perecíveis próximo à data de vencimento da validade ao fornecedor acaba importando em ganhos de eficiência, considerando-se o mercado como um todo, mesmo que no curto prazo acarrete em prejuízos ao produtor, pois a médio e longo prazo tais custos são recuperados indiretamente através da majoração do preço do produto e por meio do descarte economicamente vantajoso.

⁵⁶ A gratuidade aqui é somente financeira, uma vez que em termos econômicos a entrega do produto para tais entidades e instituições pode ser menos custosa do que outras formas de descarte, ou passível de recuperação parcial através da eventual possibilidade de compensação de tributos decorrente de leis de incentivo, além de receber uma valoração positiva incapaz de ser quantificável a partir dos consumidores e investidores atentos aos atos de responsabilidade social das empresas.

⁵⁷ O contrato de franquia é conceituado pelo artigo 2.º da Lei n.º 8.955/1994: “*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 negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício*”.

⁵⁸ Cf. MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.487; e COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da*

ao ressaltar que enquanto na distribuição o objeto principal do contrato é a colocação do produto do fabricante no meio consumidor, do qual licença de uso de marca e eventual prestação de assistência técnica são acessórios, na franquia ocorre justamente o inverso, sendo o fornecimento do produto um ajuste acessório à caracterização do tipo contratual.⁵⁹

A forma de remuneração do franqueador é diferente daquela do produtor nos contratos de distribuição, que recebe prestações do franqueado sob a forma de *royalties* e taxas de franquia fixas ou variáveis ao seu faturamento, sendo que o produtor remunera-se apenas pela diferença entre o custo médio e o preço pago pelo distribuidor.

Importante distinção do contrato de franquia é a obrigação de prévia formalização de proposta detalhada pelo franqueador, que não possui equivalente nos contratos de distribuição. Além disso, a franquia não fica restrita ao comércio de produtos e serviços ao consumidor ou usuário final, existindo também modalidade industrial de franquia, cujo mais conhecido exemplo é o sistema fabril da mundialmente renomada marca de produtivos esportivos *Nike*.

consagração ao repúdio? **Revista de direito mercantil**. São Paulo: Malheiros, n. 18, 1975, p.53-54.

⁵⁹ Cf. MELO, Claudineu de. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.60.

2. A DISTRIBUIÇÃO COMO FENÔMENO ECONÔMICO

O contrato de distribuição é a face jurídica de um fenômeno econômico, o capitalismo de massa, cujo nascimento é marcado pela chamada Revolução Industrial de 1850. Mas a conjuntura que permite o surgimento do capitalismo industrial começa a formar-se ainda no século XVIII, com a desestruturação do sistema econômico feudal, especialmente após o fim das corporações de ofício. Suas bases históricas confundem-se com o nascimento do liberalismo econômico na França, evidenciado pela promulgação do Edito de Turgot de 9 de fevereiro de 1776, o Decreto d'Allarde de março de 1791, e a extinção das corporações de ofício pela Lei Le Chapelier, de junho de 1791.

Até o fim da era feudal, a incipiente demanda por produtos escassos prejudica a circulação de riquezas. Com a concentração da maior parte da população no campo, onde a agricultura de subsistência promove a satisfação de quase todas as necessidades e há apenas uma pequena sobra para trocas, somente a nobreza, e posteriormente a burguesia, buscam de forma mais efetiva a aquisição de produtos escassos, como condimentos do oriente, mas cuja dificuldade de transporte tornam o volume de fornecimento quase indiferente à demanda. Além disso, as corporações de ofício monopolizam a produção local dos artesãos, e, conseqüentemente, os preços praticados, garantindo a sua inelasticidade em razão da demanda.

Com o desenvolvimento do comércio e, posteriormente, das manufaturas, parte da população rural muda-se para as cidades e, não podendo mais produzir os próprios itens de subsistência, passa a vender força de trabalho por moeda, que possui vantagens óbvias sobre o escambo, servindo como instrumento catalisador da troca de riquezas. Além disso, a migração populacional do campo para os centros urbanos permite o agrupamento geográfico de maior número de produtores e consumidores, que passam a interagir diretamente, em grandes feiras. Estabelece-se, dessa forma, a economia de mercado.⁶⁰ Após algum tempo, a acentuação da concentração urbana produz a conjuntura

⁶⁰ Na conceituação sintética de Robert S. PINDYCK e Daniel L. RUBINFELD (*Microeconomia*, 4. ed. Trad. Luis Felipe Cozac *et alli*. São Paulo: Makron Books, 1999, p.16), o mercado caracteriza-se como um “grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determina o preço de um produto ou de um conjunto de produtos”.

necessária para a produção e o consumo em massa, caracterizados entre outros fatores pela padronização de produtos, segmentação do processo produtivo, e profissionalização da mão-de-obra, permitindo a obtenção de economias de escala e escopo.⁶¹

Contudo, a produção em escala industrial introduz um problema, uma vez que a oferta torna-se constante, e a demanda permanece sujeita a flutuações.⁶² Embora a recém criada ciência do *marketing* se mostre eficiente em fazer aflorar no consumidor o desejo (ou necessidade) de consumo,⁶³ a concorrência entre os agentes econômicos premia aqueles que desenvolvem processo de distribuição eficiente, submetida a uma estratégia comercial que aproveite as características e estruturas próprias de cada mercado, conseguindo não somente incrementar as vendas, mas fomentar o consumo regular. Pode-se mesmo dizer que a segmentação da distribuição dentro do processo produtivo é o reflexo nas estruturas de produção da transformação do capitalismo atomístico para o de massa. Daí porque, dentre as várias técnicas de distribuição indireta, a concessão comercial, na qual o distribuidor obriga-se a adquirir quantidades regulares do produto, absorvendo grande parte do risco advindo das variações de consumo, mostra-se a de maior sucesso para a distribuição, chegando a se tornar a sua forma contratual socialmente típica.

Assim, não é de se espantar que o contrato de distribuição, enquanto representação jurídica de um fenômeno econômico, submeta-se a juízos de valor não somente de natureza contratual, mas também concorrencial,⁶⁴⁻⁶⁵

⁶¹ Martine BEHAR-TOUCHAIS e Georges VIRASSAMY (**Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 1) destacam que, além da produção em massa, o desenvolvimento dos meios de transporte permitiu que as trocas se realizassem não somente nas feiras (pessoalmente), mas que o vendedor enviasse seus produtos aos consumidores. Teria surgido, então, a oportunidade de destacar um preposto que representasse o produtor e promovesse as vendas de seus produtos em outras localidades, ampliando desta forma a área de abrangência geográfica do negócio.

⁶² Roberto PARDOLESI (**I contratti di distribuzione**. Napoli: Jovene, 1979, p. 6-11) enfatiza que, antes da revolução industrial, enquanto a função comercial permaneceu indissociada da produção, o fluxo produção-consumo não apresentou interrupções. A indústria moderna, contudo, rompeu o vínculo entre nível de produção e possibilidade de absorção pelo mercado, gerando a necessidade de desenvolvimento de novas e mais eficientes técnicas de distribuição.

⁶³ Piscila Brólio GONÇALVES (**A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição**. São Paulo: Singular, 2002, p. 18-19) esclarece que a distribuição também possui uma função de *marketing*, pois a disponibilização do produto no ponto de venda confere-lhe a visibilidade necessária para que o consumidor tome conhecimento da existência do produto e dele passe a necessitar.

⁶⁴ A dicotomia contratual-concorrencial também é justificada por Paula A. FORGIONI segundo a impossibilidade de se examinar o contrato de distribuição senão também conforme sua ligação com o mercado, sob cuja ótica “*os aspectos contratual e concorrencial são*

evidenciando interações entre relações privadas circunscritas à autonomia da vontade e atividade econômica subjacente sujeita às leis de mercado.⁶⁶

2.1 POSSÍVEIS EFEITOS CONCORRENCIAIS DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS

As restrições verticais são práticas que visam a reproduzir condições monopolísticas entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em níveis diferentes da cadeia produtiva. De forma geral, o alinhamento vertical refere-se à sucessão de estágios produtivos de determinado bem ou serviço, desde a extração de matérias-primas até o seu consumo pelo destinatário final. Os acordos verticais, que podem ou não serem restritivos à concorrência, também se aproximam das integrações verticais de natureza societária, nas quais o mesmo grupo controlador garante, através de laços associativos, a coordenação dos fatores de produção detidos pelas sociedades controladas, cujos produtos ou serviços de umas são o resultado ou sub-produto das atividades das demais.

Os efeitos das restrições verticais podem ser analisados sob duas óticas: das relações de concorrência entre os agentes econômicos que se situam no

incindíveis, porque o mercado é, ao mesmo tempo, feixe de relações econômicas, concorrenciais e contratuais". FORGINI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.30.

⁶⁵ Martine BEHAR-TOUCHAIS e Georges VIRASSAMY (**Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 3-4), ao discorrerem sobre a multidisciplinaridade do direito da distribuição, destacam a complementaridade do direito de propriedade industrial ao direito contratual e concorrencial, em razão do recorrente licenciamento e cessão de uso de marcas e sinais que se agregam a tais contratos.

⁶⁶ O reconhecimento do fato econômico como relevante para o direito é relativamente recente. Com o desenvolvimento da ciência econômica, paralelamente ao dos mercados, e a elaboração de modelos que descrevessem de forma tanto estática quanto dinâmica as conseqüências das leis econômicas aplicadas sobre as mais variadas conjunturas de mercado e possíveis alterações, permitiu-se a previsão de seus efeitos sobre o funcionamento do mercado e o bem-estar do consumidor. A valoração de tais conseqüências permitiu também a adoção de políticas públicas voltadas à obtenção de determinados resultados econômicos considerados desejáveis, para o que se lançou mão do direito como instrumento de sua implementação e controle. É emblemática a crescente intervenção do Estado no domínio econômico a partir das grandes guerras do século XX, cujo posicionamento foi fortalecido pela crise econômica mundial de 1929 e a corrida desenvolvimentista da Guerra Fria. Além disso, o despertar dos Estados tanto para o seu próprio poder econômico quanto para o surgimento do poder econômico privado, exigiu a adoção não somente de novos institutos jurídicos, mas a superação de diversos dogmas liberais, a partir do reconhecimento da liberdade econômica como um valor equivalente à liberdade política, autorizando assim a intervenção do Estado no domínio econômico para garantir, em nome do bem comum, a fluência das relações econômicas. Cf. VICIANO, Javier. **Libre competencia e intervencion publica em la economia: acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal**. Valência, Espanha: Ed. Tirant lo Blanch, 1995; e CAMARGO,

mesmo mercado relevante (intermarca),⁶⁷ ou entre as contrapartes de determinado agente econômico no mercado ascendente ou descendente (intramarca).⁶⁸

O caráter pró-concorrencial dos acordos verticais é defendido principalmente sob o ponto de vista da eficiência econômica,⁶⁹⁻⁷⁰ considerada

Ricardo Antônio Lucas. **Breve introdução ao direito econômica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

⁶⁷ Para fins concorrenciais, o mercado intermarca é aquele que se situa no mesmo mercado relevante. Por se tratar de um conceito básico do direito antitruste, basta que se mencione que a função da delimitação do mercado relevante é identificar as preferências do consumidor, ligadas à fungibilidade material e geográfica. A primeira indica a indisposição do consumidor de substituir determinado tipo de produto por outro que potencialmente lhe satisfaça a mesma necessidade (ex.: sorvetes de palito e de bola); e a segunda delimita a área dentro da qual o consumidor está potencialmente disposto a adquirir determinado produto do vendedor ao invés do mesmo produto fornecido por vendedores situados fora dessa área. As preferências do consumidor pautam-se, de forma geral, de acordo com as características dos produtos e preço. Cf. FORGINI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 2005, p.233-253.

⁶⁸ Cf. FORGINI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.408-411.

⁶⁹ A eficiência econômica refere-se basicamente aos conceitos de Equilíbrio Competitivo e Ótimo de Pareto, embora Jorge FAGUNDES (**Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p. 26) enfatize a existência de critérios alternativos e complementares de eficiência econômica, como a eficiência de variedade de produtos, eficiência X e *rent-seeking*, eficiência dinâmica e eficiência de custos de transação que, à exceção desta última, não serão desenvolvidas neste estudo. O Equilíbrio Competitivo, também conhecido como Equilíbrio Walrasiano, implica em que os vendedores estejam maximizando lucros, os consumidores, utilidades (dadas suas limitações orçamentárias) e a demanda seja menor ou igual à oferta para todas as mercadorias. O modelo de Equilíbrio Competitivo pode ser utilizado tanto no contexto de equilíbrio geral (que considera todos os mercados e todos os agentes econômicos que integram a sociedade) quanto de equilíbrio parcial (que considera o mercado de um único bem ou conjunto limitado de bens). O segundo, refere-se à qualidade de determinado plano de trocas em que não há desperdício de recursos alocáveis da sociedade. Segundo a definição de Andreu MAS-COLELL, Michael WHINSTON, e Jerry GREEN: “*an allocation that is Pareto optimal uses society’s initial resources and technological possibilities efficiently in the sense that there is no alternative way to organize the production and distribution of goods that makes some consumer better off without making some other consumer worse off*”. MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; e GREEN, Jerry R. **Microeconomic theory**. New York: Oxford University Press, 1995, p.313.

⁷⁰ A título de desenvolvimento do conceito de Ótimo de Pareto, de reiterada aplicação nas análises antitruste, faz-se referência à análise de Jorge FAGUNDES, que se destaca pela abrangência de suas principais características ao mesmo tempo em que emprega termos compreensíveis ao leitor jurídico não acostumado com as fórmulas e tecnicismos da ciência econômica: “*Os recursos produtivos de uma sociedade – compostos pelo estoque de capital físico e humano, mão-de-obra e recursos naturais – são capazes de gerar distintas combinações alternativas de bens, a partir de diferentes combinações de insumos, definidas pela tecnologia vigente. Tradicionalmente, a eficiência na alocação de recursos produtivos (ou fatores de produção) entre as firmas é definida como eficiência produtiva – ou técnica-, que consiste no fato de a combinação de bens, seja ela qual for, ser produzida com o menor uso de recursos produtivos possível. Uma outra dimensão importante do desempenho do sistema econômico, independentemente da combinação de bens produzida e da eficiência técnica na produção dessa reside na eficiência distributiva ou nas trocas, associada à questão de como alocar um determinado conjunto de bens entre os membros da sociedade, tendo em vista proporcionar a cada um desses membros a maior satisfação (utilidade) possível. Finalmente, a eficiência alocativa dos recursos produtivos do sistema econômico entre as diferentes combinações alternativas de bens factíveis, denominada eficiência no mix de produção ou*

requisito essencial para a maximização do bem-estar social agregado,⁷¹ embora acordos verticais possam gerar ao mesmo tempo, em algum nível de mercado ligado à cadeia produtiva, efeitos anticompetitivos. Esta contradição é apenas aparente, já que análises antitruste consideram, em regra, a eficiência no contexto de equilíbrio geral, o qual busca resultado positivo em todos os mercados, da soma das compensações (*trade offs*) entre as eficiências e ineficiências geradas.⁷²

Ademais, a valoração normativa conferida pelos sistemas jurídicos como resultado da política econômica, cujo fundamento último encontra-se na Constituição Econômica, caracteriza importante externalidade. Desta forma, mesmo eventuais ineficiências, salvo posicionamentos em sentido contrário de autores ligados ao antitruste estadunidense, podem ser justificadamente suportadas em nome da equidade.⁷³

Trata-se, portanto, de questão ainda sob estudo da Teoria Econômica, que não se manifestou definitivamente quanto aos benefícios a longo prazo dos acordos verticais, e tem sido alvo de infundáveis debates no âmbito do Direito da Concorrência.

ainda condição de alto nível (top-level condition), diz respeito a sua capacidade de produzir uma combinação de bens que compatibilize os planos de consumo que gerem as maiores satisfações possíveis para cada um dos consumidores com os planos de produção tecnicamente eficiente das firmas. Esses três tipos de eficiências ou condições marginais de Pareto são necessárias à obtenção da eficiência alocativa de Pareto". FAGUNDES, Jorge Luiz. S. S. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p.33-34.

⁷¹ O conceito econômico de Bem Estar Social apóia-se em dois teoremas fundamentais: que as alocações de Equilíbrio Competitivo são necessariamente Ótimos de Pareto, e que um Equilíbrio Competitivo pode ser obtido a partir de qualquer alocação Ótimo de Pareto se as transferências de renda apropriadas forem feitas. MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; e GREEN, Jerry R. **Microeconomic theory**. New York: Oxford University Press, 1995, p.311. O aprofundamento destes teoremas foge ao escopo do presente estudo, o qual fica relegado à bibliografia de referência, especialmente na citada obra de Jorge FAGUNDES, que desenvolve exaustiva investigação do tema.

⁷² Esta parece ser uma realidade também no direito brasileiro (Resolução CADE n.º 15/98, Anexo V, 1.4 e 1.5 e Resolução CADE n.º 20/99, Anexo I, b), que não se posiciona taxativamente contra os acordos verticais, cuja ilicitude está condicionada à capacidade de produzir relevantes efeitos restritivos à livre concorrência, conforme previsão do artigo 20 da Lei n.º 8.884/1994.

⁷³ No caso brasileiro, a defesa da livre concorrência, prevista no inciso 170 da Constituição Federal de 1988, deve-se harmonizar com outros princípios norteadores da atividade econômica, como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a garantia de uma existência digna, a justiça social, a defesa do consumidor, do meio ambiente, e a valorização do trabalho humano, entre outros, sem mencionar os princípios constitucionais implícitos.

No direito comparado, a jurisprudência estadunidense pós-Sherman Act trata logo de condenar os acordos verticais, fulminando-os pela proibição *per se*, particularmente após a edição do *Robinson-Patman Act* de 1930,⁷⁴ fortemente influenciado pelo momento histórico de extrema depressão econômica, vivenciado pela economia mundial.⁷⁵

Posteriormente, a revisão patrocinada pela Escola de Chicago culmina com o total antagonismo em relação ao período anterior, defendendo-se inclusive as restrições verticais como pró-concorrenciais *per se*.

O atual período pós-Chicago contribui com o aprofundamento do debate sob o ponto de vista da análise econômica dos mercados, identificadas situações em que as restrições verticais, embora produzindo ganhos de eficiência, são prejudiciais ao bem-estar social dos consumidores,⁷⁶ a partir do fechamento de mercado, facilitação de conluio, e aumento de preços para os consumidores, entre outras conseqüências potencialmente danosas para a ordem econômica.⁷⁷

Do outro lado do Atlântico, a União Européia, inicialmente afeta à proteção do pequeno distribuidor, altera sua legislação em 1999,⁷⁸ flexibilizando os critérios de análise das restrições verticais, que salvo exceções como restrições *hard core* ou integrantes da *black list*, somente serão consideradas antijurídicas se causarem impacto superior a 30% do mercado relevante.⁷⁹

⁷⁴ Sendo o direito econômico um instrumento de realização de políticas econômicas, a adoção de uma conduta *per se* ilícita, sem averiguar-se os resultados econômicos no caso concreto, ser-lhe-ia notadamente incompatível, a não ser para fins de simplificação do sistema. Isso porque, na verdade, a *regra per se* e a *regra da razão*, consoante demonstrado por Luis Fernando SCHUARTZ (Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, n. 124, out./dez. 2001, p. 47-71), com base na obra de HOVENKAMP, ao invés de representarem regras distintas, são os lados opostos da mesma regra, diferenciados apenas pela quantidade de informação exigida para que qualifique a razoabilidade da conduta.

⁷⁵ Com a Grande Depressão, e a excessiva pressão deflacionária enfrentada pelos Estados Unidos, o legislador estadunidense tornou-se permeável às reclamações dos pequenos comerciantes de que as grandes redes estariam obtendo descontos indevidos dos atacadistas em razão de seu poder de compra. Para um aprofundamento sobre o tema, ver LEAL, João Paulo G. Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act. **Revista do IBRAC**. São Paulo: IBRAC, p.149-196.

⁷⁶ Ver FORGINI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.31-32.

⁷⁷ Ver FORGINI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.306-312.

⁷⁸ Regulamento n.º 2790/99.

⁷⁹ A Comunicação n.º 2000/C 291/01 substituiu o Livre Verde da Comissão Européia, que servia de guia de referência das autoridades antitruste comunitárias quanto ao tratamento conferido às restrições verticais.

No campo do direito econômico da concorrência, a busca pela racionalidade do agente econômico representa um exercício necessário, que não pode ser olvidado pelo intérprete da norma jurídica. Afinal, a Ciência Econômica emprestou ao Direito Econômico, em especial às normas sobre concorrência, a submissão ao império do fato, composto pelas relações de causa/efeito descritas pelas leis econômicas.

Nesse particular, destaca-se que os interesses dos produtores, distribuidores e consumidores não são convergentes. A regra geral é que os fornecedores racionalmente buscarão praticar preços monopolísticos, enquanto os consumidores racionalmente buscarão adquirir produtos e serviços ao menor preço possível, exercitando cada um suas pretensões egoísticas. Assim, em um mercado de competição perfeita, em que nem produtores nem consumidores conseguem individualmente influenciar o mercado, o preço acaba sendo definido pela coincidência das forças de oferta e demanda.

Em um mercado de fornecimento complexo, formado por produtores, distribuidores e consumidores, surgem novos feixes de interesses, agora entre o fornecedor e seus distribuidores e entre os distribuidores do mesmo fornecedor. Nessas novas relações, considerando-se uma situação de equilíbrio geral, o fornecedor buscará aproximar ao máximo o preço de atacado do preço de equilíbrio do mercado de consumo final, de forma a reter para si a totalidade dos benefícios econômicos advindos dessas transações, pretensão que vai de encontro ao interesse do distribuidor de aumentar sua margem, equivalente à diferença entre o preço de aquisição e revenda. Além disso, os distribuidores da mesma marca que atuam no mesmo mercado relevante vêm-se como concorrentes, e como tal buscarão estabelecer sempre que possível uma posição monopolística em relação a si e a distribuidores de fornecedores rivais.

A partir desta constatação, vale detalhar os possíveis efeitos das restrições verticais sobre os mercados envolvidos pelas atividades de distribuição.

2.1.1 NO MERCADO DISTRIBUIDOR

A racionalidade das restrições verticais no mercado de distribuição pode ser justificada a partir da análise dos diversos comportamentos oportunistas

possíveis, como resultado da livre manifestação dos interesses dos agentes econômicos.

Embora presente em menor escala no distribuidor, principalmente na ausência de exclusividade, a preservação da participação no mercado final de consumo é de interesse eminentemente do produtor.

Assim, o distribuidor preocupado apenas em aumentar sua margem, ao praticar preços de revenda superiores aos de equilíbrio, acaba forçando o produtor a reduzir o preço de atacado para, mesmo mantendo a margem majorada do distribuidor, garantir a competitividade de seus produtos.

Desta forma, a chamada *dupla marginalização*, do ponto de vista do produtor, lhe é prejudicial, assim como para o consumidor ou usuário final, na hipótese do poder de monopólio admitir que cada um mantenha sua margem majorada.

Resultados igualmente prejudiciais ao fornecedor podem ser obtidos pelo distribuidor, que ao invés de majorar os preços finais ao consumidor, reduz seus gastos com publicidade, promoções, assistência técnica e ferramentas de pós-venda, em patamar inferior ao desejado por aquele.

Neste caso, o fornecedor pode ser obrigado a transferir parte de seus rendimentos para financiamento de tais atividades junto ao distribuidor, como forma de estimular adequadamente o consumo de seus produtos.

Além disso, o fornecedor pode ser prejudicado pela perda do controle sobre a estratégia geral de expansão de sua rede de distribuição.

Os distribuidores, buscando seus próprios interesses, mas privados de dados confiáveis, por simples inexperiência comercial, ou por qualquer outro fator, podem estabelecer-se dentro da área de influência uns dos outros.

No final, a proximidade excessiva pode tornar prejudicada a obtenção de retorno financeiro suficiente para fazer frente aos custos necessários ao desenvolvimento satisfatório das atividades de todos os distribuidores envolvidos, de maneira que do ponto de vista do produtor, a distribuição de seus produtos torna-se ineficiente.

Por outro lado, a racionalidade do distribuidor pode levá-lo a escolher como sua área de atuação geográfica região excessivamente distante daquela dos demais distribuidores, deixando ao largo de uma distribuição planejada e eficiente uma infinidade de consumidores.

Para o produtor, pode mais interessar o preenchimento estratégico e ordenado de áreas contíguas com consumidores bem servidos, que permitam um crescimento planejado e contínuo, do que de áreas esparsas com ilhas de consumidores insatisfeitos pelos preços praticados, em razão da ausência de concorrência intramarca.

Ademais, o gigantismo de determinado distribuidor pode desencorajar outros distribuidores intramarca a disputar o mesmo mercado, assegurando-lhe uma situação confortável de seu ponto de vista, mas deficitária, considerando-se os interesses do produtor, de uma distribuição otimizada dos produtos.

O mercado intermarca também é propício ao surgimento dos *free riders*, que são distribuidores *de desconto* que se aproveitam dos investimentos realizados pelos demais em serviços pré-venda ou na reputação do produto conquistada por aqueles.

Não obstante, dependendo do produto, a manutenção de pontos de venda que realizam investimentos demasiados em serviços pré e pós venda, atendendo apenas uma pequena parcela do mercado que pode arcar com os custos internalizados no preço final, pode ser prejudicial à estratégia e aos interesses do produtor.

A título de exemplo da primeira hipótese, pode-se conceber a abertura de *sites* de venda *online* de tênis esportivos por meio dos quais o consumidor, tendo previamente experimentado à exaustão quase uma dezena de diferentes modelos e escolhido o item de sua preferência em qualquer estabelecimento da rede de distribuidores estabelecidos fisicamente, apenas os adquire a preços mais baixos, do distribuidor virtual, que não precisou internalizar no preço os custos dos serviços de pré-venda, manutenção de estoques para pronta entrega, etc. Assim, a não ser que o comportamento do consumidor indique a existência de um mercado distinto para a distribuição de tênis esportivos por lojas e por *internet*, em pouco tempo haverá a cessação de investimentos dos distribuidores com estabelecimentos ostensivos em serviços de pré-venda como mostruários, manutenção e treinamento de equipe de vendedores, etc.

Na segunda hipótese, o próprio fato de comercializar determinado produto é suficiente para que os consumidores transfiram ao distribuidor *free rider* a mesma reputação conquistada e mantida a grandes custos pelos demais. Tanto que é comum o consumidor, tendo adquirido determinado produto ou

serviço em determinado estabelecimento *de desconto* e, irrisignado pela incapacidade de atendimento de suas expectativas de pós-venda, busque junto ao distribuidor de reputação a solução de problemas muitas vezes gerado a partir da negligência ou imperícia do distribuidor *free rider*, criando para o distribuidor estabelecido um ônus excessivo e para o qual não contribuiu.

Por tudo isso, ao produtor, que busca na grande distribuição uma forma eficiente de atender o consumidor final sem perder o controle da disseminação de sua marca no mercado, não interessa que o distribuidor aumente o preço final para além do valor de equilíbrio, reduza o valor agregado aos produtos pelo corte de custos relacionados a serviços pré e pós venda, ou adote algumas das demais atitudes oportunistas anteriormente descritas, levando-o a considerar, racionalmente, duas possíveis estratégias: integrar verticalmente a produção com a distribuição, o que potencialmente poderia desviar o foco comercial do seu negócio, que é a coordenação dos limitados fatores de produção que dispõe para a superação de seus concorrentes no mercado horizontal, de forma a grandes custos criar e manter uma estrutura estranha a sua “vocação” ou capacidade econômica, acarretando na redução de sua competitividade; ou buscar os mesmos efeitos da integração vertical por meio da adoção de restrições verticais.

As restrições verticais, portanto, são instrumentos que possibilitam ao produtor coibir comportamento oportunista dos distribuidores, ao mesmo tempo que garante a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento das relações comerciais, podendo assumir diversas formas, entre outras relacionadas por Paul W. DOBSON e Michael WATERSON: restrições sobre preços de revenda (*resale price maintenance*), fixação de cotas de vendas (*quantity forcing*), obrigação de prestação de serviços de demonstração e de manutenção de estabelecimentos de promoção de vendas, taxas de franquia e divisão de territórios.⁸⁰⁻⁸¹

⁸⁰ Cf. DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael. **Vertical restraints and competition policy**. London: Office of Fair Trading, 1996, p.6-15.

⁸¹ Vale atentar para a ressalva de que o sucesso das restrições verticais depende do grau de informação detido pelo produtor e a sua legalidade para o sistema jurídico: “*Vertical restraints can in principal controll all these problems or deal with the externalities involved. Resale price maintenance (RPM), quantity forcing, specification of demonstration service and promotional facilities, franchise fees, allocation of territories, and so on, can all be used to this end, assuming the manufacturer has sufficient informatioin regarding the underlying cost and*

Embora sejam incontestáveis as eficiências advindas da capacidade do produtor de coordenação das sinergias da rede de distribuição - como a economia de custos de transação,⁸² coordenação e motivação - a juridicidade das restrições verticais não deve ser, conforme ressaltado pela crítica pós-Chicago, declarada de *per se*, pois as eficiências podem eventualmente ser superadas pelas ineficiências geradas em razão de eventual fechamento de mercado, facilitação de conluio, e aumento de preços para os consumidores, entre outras conseqüências danosas para o mercado e para o bem-estar do consumidor.⁸³

Analisadas as relações entre produtor e seus distribuidores no mercado intramarca, excluindo-se a influência de concorrentes no mercado horizontal do fornecedor com o objetivo de isolar as suas principais características, passa-se a focalizar, a seguir, o modelo de relações entre fornecedor e seus distribuidores, destacando-se as características da concorrência *entre marcas*.

2.1.2 NO MERCADO FORNECEDOR

Na disputa pela preferência do consumidor, é importante que o vendedor possua não somente informações corretas sobre os produtos que vende, mas também dados estratégicos sobre a concorrência e o comportamento do consumidor, que leva o produtor a pesquisar e transferir ao distribuidor certas informações e *know how* sob a forma de treinamentos, relatórios sobre possíveis consumidores, financiamento para equipagem do ponto de vendas, etc., que lhe permitem melhorar a qualidade dos serviços de pré e pós venda, focar nas oportunidades do mercado, e reduzir os custos de seu negócio, cuja economia pode potencialmente ser repassada para o preço final do produto.

Entretanto, os benefícios de tais iniciativas não são exclusivamente auferidos pelo produtor, sendo evidentes os benefícios diretos e indiretos do

demand parameters, and assuming all are legal". DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael. **Vertical restraints and competition policy**. London: Office of Fair Trading, 1996, p.8.

⁸² Cf. FAGUNDES, Jorge Luiz. S. S. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p.99-108.

⁸³ Cf. FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.306-312.

distribuidor que adquire, sem internalização dos custos, relevante patrimônio intelectual.

Desta forma, é possível que o fornecedor concorrente *free rider* aproveite-se dos investimentos realizados no distribuidor não-exclusivo e, sem a necessidade de também internalizá-los no preço de seus produtos, conquiste maior participação no mercado.

O mesmo efeito é possível a partir de investimentos em *marketing* que atraiam o consumidor para o ponto de venda comum, favorecendo a venda de produtos de seu concorrente pelo mero aumento do número de consumidores disponíveis no ponto de venda devidamente motivados a adquirirem o item anunciado.

Assim, a atuação dos produtores *free riders* desestimula a realização de novos investimentos pelos demais, que pode ser evitada por restrições verticais que garantam que estes sejam privados de acesso a tais distribuidores.

Por outro lado, quando há competição *entre marcas* no mesmo ponto de vendas, os distribuidores comuns tendem a privilegiar, em termos de estoque, preenchimento dos espaços no ponto de venda, etc., os produtos mais vendidos, forçando a queda de preços entre marcas rivais.

Em termos gerais, portanto, a competição *entre marcas* através de distribuidores comuns contribui para o controle geral de preços.

Neste caso, as restrições verticais que visem à exclusividade da prestação de serviços pelo distribuidor devem ser analisadas cuidadosamente,⁸⁴ a partir das nuances e peculiaridades do caso concreto, no qual buscar-se-á identificar fatores estruturais do mercado relevante, como a existência de barreiras de

⁸⁴ Paul W. DOBSON e Michael WATERSON (**Vertical restraints and competition policy**. London: Office of Fair Trading, 1996, p. 18-23), defendem que, dadas as inúmeras possibilidades de estruturação dos mercados *inter* e *entre* marcas, multiplicadas pelas infinitas combinações de estratégias entre concorrentes e destes e seus distribuidores (*teoria dos jogos*), particularmente nos oligopólios, os efeitos das restrições verticais podem não ser tão óbvios, frustrando as pretensões das autoridades antitruste em relação aos efeitos sobre o controle de preços advindo das operações submetidas a sua apreciação. Veja-se, por exemplo, que a cláusula de venda exclusiva, embora seja a forma mais direta de impedir que o concorrente comungue dos mesmos canais de distribuição, não é a única, havendo outros arranjos que surtem efeitos análogos, como a obrigação de manutenção de estoques mínimos (sendo o espaço de estocagem limitado, indiretamente se está impedindo a compra de produtos dos concorrentes), vendas casadas de produtos, exclusividade na utilização de equipamentos financiados pelo produtor (como *freezers* de sorvete) que ocupem bastante espaço no ponto de venda e excluam a possibilidade física de instalação de equipamentos do concorrente, entre outros.

entrada, quantificação dos custos de transação e dos níveis de concentração, etc., permitindo um juízo de valor sobre o resultado final para o consumidor dos *trade offs* entre as eficiências e ineficiências geradas.

Não se pode olvidar que as restrições verticais, além de protegerem o produtor de concorrentes *free riders*, permitem, particularmente por restrições aos preços de revenda, seja através de imposições ou sugestões de preços mínimos e máximos, responder rapidamente às manobras realizadas por seus concorrentes no mercado ou às variações sazonais.

Como a imposição de preços mínimos (*price fixing*) gera graves efeitos anticoncorrenciais, razão pela qual tais ajustes expressos são geralmente fulminados de antijuridicidade,⁸⁵ o controle dos preços praticados pelo distribuidor pode se dar através de uma sistemática de descontos revogáveis (como ocorre com o sistema de distribuição de combustíveis) ou preços sugeridos.

2.2 O PODER DE MERCADO DO COMPRADOR

2.2.1 O PODER MONOPSÔNICO

A ciência econômica denomina monopsônio a situação inversa à do monopólio, o que possibilita em grande parte aplicação analógica das análises econômicas sobre poder monopolístico. Embora, à primeira vista, o pêndulo favorável ao comprador no jogo de forças com o vendedor favoreça a redução de preços, nem sempre os ganhos serão revertidos em favor de um Ótimo de Pareto, diante da provável retenção de parte adicional dos ganhos pelos distribuidores às custas de perdas de bem-estar social para os demais, possibilitando perdas ainda maiores a longo prazo, à medida que os agentes econômicos prejudicados passem a ajustar suas condutas a esta realidade, reduzindo o nível de investimentos, ou ocorra desestímulo ao ingresso de novos fornecedores no mercado descendente.

Além disso, o comprador com poder no mercado descendente e que enfrenta competição perfeita no mercado ascendente, pode restringir a

⁸⁵ Ver GONÇALVES, Priscila Brólio. **A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. São Paulo: Singular, 2002.

quantidade adquirida do fornecedor, de maneira a reduzir o preço dos insumos, garantindo-lhe uma margem maior ao manter os mesmos preços ao consumidor final.

Esta realidade torna-se ainda mais perversa em um oligopsônio, no qual tal comportamento por um dos concorrentes pode incentivar os demais a adotarem a mesma estratégia. Desta forma, gera-se aproveitamento deficiente dos recursos no mercado descendente, maximizando-se as perdas de bem-estar social.

Contudo, como no monopólio, algumas circunstâncias podem justificar o monopsônio, no caso dos chamados monopsônios naturais, cuja competição entre compradores prejudicaria a obtenção de um nível ótimo de alocação de recursos; e dos monopólios bilaterais, em que há concentração de poder de mercado em um único comprador, para se contrapor ao poder de mercado concentrado de um único vendedor, desestimulando a adoção de comportamentos oportunistas de parte a parte.

Nas análises antitruste, o monopsônio é referido como poder do comprador (*buyer power*), sendo equivalente ao conceito de posição dominante, mas sob o ângulo da demanda, e que pode ser definido como a capacidade do comprador de influenciar os termos e condições das operações junto aos fornecedores, de forma diversa à que seria possível em um mercado competitivo.⁸⁶

Paul W. DOBSON e Michael WATERSON identificam três fatores que caracterizam o poder do comprador: que este contribua com parcela substancial das compras no mercado; que existam barreiras de entrada para novos compradores; e que curva de fornecimento possua inclinação ascendente, de

⁸⁶ Segundo a conclusão da Conferência Internacional sobre Poder do Comprador patrocinada pela Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento, "(...) a retailer is defined to have buyer power if, in relation to at least one supplier, it can credibly threaten to impose a long term opportunity cost (i.e. harmful or withheld benefit) which, were the threat carried out, would be significantly disproportionate to any resulting long term opportunity cost, e.g. Retailer A has buyer power over Supplier B if a decision to delist B's Product could cause A's profit to decline by 0.1 per cent and B's to decline by 10 per cent. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Buying power of multiproduct retailers. Background paper by the Secretariat, Roundtable on Buying Power, Paris, October, 1998, in DOBSON, Paul W. et alii. **Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the european union**. Prepared for the European Commission in June 2000. Obtido via internet. <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs>, 29/08/2005, 08 h 30', p.3.

maneira que a variação da quantidade fornecida seja diretamente proporcional à variação no preço.⁸⁷

Sob tais circunstâncias, pode-se verificar que o posicionamento de alguns agentes de forma dominante no mercado descendente permite a adoção dos mesmos comportamentos estratégicos observados no oligopólio, como a reunião dos concorrentes em cartéis de compra e acordos de *price leadership*, através do qual o mero comportamento desses agentes fixa as regras do mercado, que acabam sendo seguidas pelos demais compradores.

Além disso, mesmo que não haja formalmente um cartel ou um acordo direto entre os agentes oligopsônicos, a combinação de comportamentos pode ser tácita.

É o que ocorre a partir do acompanhamento do conteúdo dos “termos gerais de contratação”, pelos concorrentes, junto aos fornecedores comuns, documentos cujo teor não é normalmente considerado de natureza sigilosa, contendo as condições de pagamento, entrega, reajustes, etc., cujas modificações rapidamente passam a ser de conhecimento dos demais, sinalizando os comportamentos estratégicos esperados uns dos outros.⁸⁸

A concentração no mercado de distribuição tem sido alvo de diversas intervenções e estudos das autoridades ligadas à concorrência, buscando identificar e coibir possíveis efeitos concorrenciais, tanto de natureza estrutural (fusões e incorporações de concorrentes)⁸⁹ quanto comportamental (oportunistas).⁹⁰

⁸⁷ Cf. DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael. **Vertical restraints and competition policy**. London: Office of Fair Trading, 1996, p. 13.

⁸⁸ Cf. DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The welfare consequences of the exercise of buyer power**. London: Office of Fair Trading. Research Paper 16, 1998, p.25

⁸⁹ Nos Estados Unidos, a concentração de poder do comprador deu fruto ao *Robinson-Patman Act de 1930* (Cf. LEAL, João Paulo G. Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act. **Revista do IBRAC**. São Paulo: IBRAC, p. 149-196), que vedou de *per se* a prática de discriminação de preços entre distribuidores pelo mesmo fornecedor, não sem receber a crítica nos anos subsequentes de que tal dispositivo era contrário ao processo competitivo e ao desenvolvimento de formas eficientes de distribuição. Na Europa, os casos mais citados como paradigmas são os julgamentos das fusões das redes Kesko/Tuko na Finlândia (Decisão 97/277/EC) e Rewe/Meinl na Áustria (Decisão 99/674/EC), tendo a primeira sido desaprovada e a segunda aprovada com restrições. No primeiro caso, o fator que definiu a decisão tomada pela Comissão Européia foi a criação de barreiras de entrada no mercado de distribuição, segundo a qual a capacidade (potencial) da rede fundida de ofertar menores preços desestimularia a “guerra de preços” com qualquer concorrente real ou potencial, e conseqüentemente o ingresso de novos concorrentes no mercado. No segundo, a Comissão Européia externou sua preocupação que o poder de mercado do distribuidor pudesse contribuir para uma escalada da concentração tanto no mercado descendente quanto ascendente, cujos efeitos finais poderiam ser de redução da intensidade de competição no mercado de

2.2.2 COMPORTAMENTOS ESTRATÉGICOS DO COMPRADOR

Com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação e transporte, os mercados consumidores expandiram-se e agigantaram-se, conferindo à tarefa de distribuição a missão de intermediar as relações entre produtores e compradores.

Ocorre que mais do que mero serviço prestado ao produtor, a distribuição constitui novo e importante mercado relevante, cujo poder econômico dos agentes envolvidos pode, inclusive, superar o dos produtores.

Na verdade, o modelo adotado principalmente pela Escola de Chicago, segundo o qual o mercado distribuidor é fundamentalmente competitivo, contando com uma infinidade de produtores e distribuidores, ausência de barreiras de entrada, pouca ou nenhuma diferenciação pelo consumidor entre distribuidores, e pouca variação de preço dos serviços, distancia-se cada vez mais da realidade.

A experiência demonstra que os principais mercados de distribuição, particularmente os sujeitos à influência de grandes retalhistas como hipermercados e mega-lojas de departamento, são comumente oligopolizados, inclusive internacionalmente,⁹¹ contam com altos custos de entrada (*sunk costs*) e são objeto de relevante diferenciação pelos consumidores.

Ainda não há evidências de que os ganhos advindos do exercício do poder do comprador sejam integralmente transferidos para os consumidores ou usuários finais, sendo que, pelo contrário, não existem quaisquer estímulos

distribuição, afetando diretamente os consumidores finais, tornados reféns de um número reduzido de opções (restantes) disponíveis. Cf. MAZZAROTTO, Nicola. **Competition policy towards retailers: size, seller market power and buyer power**. Centre for Competition & Regulation of the School of Economics and Social Studies of the University of East Anglia, UK. Obtido via Internet. <http://www.ccr.uea.ac.uk/workingpapers/ccr01-4.pdf>, 03/06/2004, 19 h 22', p.4-5.

⁹⁰ Como se demonstrará adiante, os comportamentos abusivos dos compradores detentores de poder econômico deram azo à adoção por diversos países de legislação especificamente dirigida à coibição do abuso de dependência econômica.

⁹¹ Segundo dados levantados por Paul W. DOBSON (**Retailer buyer power in European markets: lessons from grocery supply**. Business School Research Series. England: Loughborough University, 2002, p.8-9), os maiores (cinquenta) retalhistas respondiam em 1999 por cerca de 49% do mercado de produtos de consumo diário (*grocery and daily goods*) da Comunidade Européia.

para que tal transferência ocorra, a não ser aquela determinada pela agressividade da concorrência no mercado ascendente.

O poder de mercado gozado pelos distribuidores permite a adoção de diversas formas de comportamentos estratégicos, dentre as quais se destacam, como principais, algumas das identificadas por Paul DOBSON, Michael WATERSON e Alex CHU: cobrança de taxas de ocupação das gôndolas (*slotting allowances*), imposição de compras condicionais (*conditional purchase behavior*), contratos de exclusividade (*exclusivity contracts*), clonagem de produtos (*cloning behavior*), publicidade conjunta (*joint marketing*), aquisição predatória de insumos (*predatory buying of inputs*) e sinalizações para os concorrentes através de termos gerais de contratação de fornecedores (*terms of business*).⁹²

Mesmo nos grandes hipermercados, que contam com uma área suficientemente dimensionada para a exibição de milhares de produtos, o espaço nas gôndolas é fisicamente limitado. Esta constatação fica mais evidente quando se considera que as prateleiras instaladas na altura de melhor visibilidade para o consumidor são ainda em menor número.

Desta forma, tratando-se o espaço de um bem escasso, e portanto sujeito ao pagamento de um preço sob o regime de oferta e demanda, os distribuidores costumam cobrar dos fornecedores uma taxa de ocupação das gôndolas, conferindo-lhes poder de mercado inclusive contra os grandes fornecedores de marcas conhecidas, por meio da prática de discriminação de fornecedores, ao ameaçar cobrar valores irrisórios de marcas secundárias ou de posicionar nos melhores espaços produtos de marca própria.

O poder de mercado do distribuidor decorre do fato de o consumidor ser mais propenso a substituir sua marca favorita por outra, do que procurá-la em outro estabelecimento, particularmente nos chamados *one-stop markets*.

Aliás, é comum a prática de manutenção de marcas próprias (*cloning behavior*), sendo que algumas redes chegam a utilizar várias marcas, cada qual visando a atingir perfis específicos de consumidores. Algumas desenvolvem produtos que quase reproduzem os sinais das marcas *premium (look-alikes)*.

⁹² Cf. DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The welfare consequences of the exercise of buyer power**. London: Office of Fair Trading. Research Paper 16, 1998, p.22-26.

Tais práticas tornam os distribuidores *free riders* em relação aos investimentos promovidos pelos produtores, com vistas a estimular o consumo de seus produtos. Além disso, permitem maximizar, como demonstrado, o poder de barganha, mesmo em relação aos fornecedores de maior capacidade econômica.

As compras condicionadas, por sua vez, são aquelas em que o comprador impõe ao fornecedor algumas obrigações acessórias à compra e venda, como a restrição de não vender o mesmo produto aos concorrentes por um preço inferior, ou de vendê-los a lojas de *desconto* (*outlets*), o oferecimento de descontos especiais e enxovais (produtos promocionais para a abertura de novas lojas), e a realização ou participação em campanhas publicitárias do distribuidor (como descontos vinculados à venda casada de produtos em embalagens especiais do tipo “compre 2 leve 3” ou “compre produto *x* e ganhe um produto *y*”) que embora beneficie ambas as partes pelo incremento das vendas, gera benefício adicional exclusivo para o distribuidor, decorrente da sua potencial diferenciação em relação a seus concorrentes, aos olhos dos consumidores.

Dentre essas e outras condições, o distribuidor pode negar-se também a comprar dos fornecedores que não se submeterem a acordos de exclusividade. Aliás, dependendo do grau de dependência do fornecedor, a mera ameaça de removê-lo do cadastro de fornecedores pré-aprovados (*de-listing*) pode ser estímulo suficiente para submeterem-se a um acordo de exclusividade. Desta forma, além de internalizar os benefícios advindos da redução dos custos transacionais, o distribuidor adquire ainda maior vantagem comercial sobre o fornecedor em função de vínculos contratuais.

O poder de mercado do consumidor pode também ser utilizado para afastar os concorrentes no mercado horizontal do acesso aos fornecedores, através da prática de preços abusivos; do aumento das aquisições de determinado produto escasso no mercado, que elevará seu preço em razão do deslocamento da linha da demanda; como parte de estratégia de encarecimento de insumo comum aos concorrentes no mercado ascendente, cuja menor capacidade econômica torna sua sobrevivência no mercado prejudicada.

Embora a racionalidade dessa prática possa ser contestada pela inviabilidade de ser mantida a médio e longo prazos, bem como pelo risco da

entrada de novos concorrentes no mercado, em substituição aos antigos concorrentes, atraídos pelas margens de lucro posteriores ao preço abusivo, mas antes que os custos tenham sido efetivamente recuperados, é certo que determinadas características do mercado, especialmente a existência de barreiras de entrada e a percepção dos novos concorrentes potenciais (*in the wings*) de que o distribuidor possua capacidade econômica para adotar novamente preços abusivos, podem justificá-la como um comportamento estratégico potencial.

Por fim, evidencia-se que a soma do poder de mercado de um pequeno grupo de compradores pode ser o resultado da formação de um cartel, em que a imposição de restrições verticais aos fornecedores, sob a forma de fixação de preços mínimos de revenda ou demarcações territoriais, pode esconder um acordo horizontal ou uma prática concertada, com o ajustamento do preço final a ser praticado por todos os membros em patamar superior ao de concorrência perfeita, garantindo maiores margens aos distribuidores.

Mesmo sem garantir exclusividade, imposição de termos gerais de contratação, contendo condições de negócio, pode também sinalizar aos demais concorrentes, os comportamentos estratégicos esperados.

Ademais, as restrições verticais podem servir, dentro da estrutura de um cartel, como instrumento de desestímulo à quebra do acordo e estímulo à participação dos principais concorrentes, ao condicionar novos pedidos ao não fornecimento, ou ao fornecimento de produtos de segunda linha, para aqueles agentes que não aderirem ao cartel ou descumprirem os ajustes limitadores da concorrência.

2.2.3 FONTES E FORMAS DE PODER DO COMPRADOR

O poder do comprador assemelha-se ao poder de monopólio, também no que se refere às suas fontes, sendo basicamente três as condições de existência de poder de monopsônio: a elasticidade da oferta, o número de compradores atuando no mercado e a forma de interação entre os compradores.⁹³

⁹³ Conforme PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 4. ed. Trad. Luis Felipe Cozac *et alli*. São Paulo: Makron Books, 1999, p.387-388.

O primeiro fator consiste na relação entre a quantidade que o fornecedor está disposto a vender em relação ao preço. Nesse caso, a elasticidade da oferta significa a maior proporcionalidade da redução do preço em relação à quantidade. Caso contrário, mesmo um único comprador não conseguirá obter um preço muito diferente do que conseguiria em um mercado competitivo.

O número de compradores atuantes em determinado mercado, embora seja um importante fator de poder do comprador, deve ser valorado considerando-se também os potenciais concorrentes que se encontram fora do mercado (*in the wings*). O ingresso desses concorrentes está condicionado, de forma geral, à existência de relevantes barreiras de entrada nos mercados de distribuição, seja em razão da própria natureza do negócio, seja em virtude de barreiras artificiais levantadas pelos agentes detentores de poder monopsonico através de comportamentos estratégicos, como a prática de preços abusivos para determinados produtos, que não chegam a afetar, na média de seu *mix*, os preços monopolísticos praticados mas que representam grave desestímulo à entrada de novos concorrentes.

Dentre as barreiras naturais, destacam-se as restrições impostas pelas dificuldades burocráticas de obtenção de autorizações administrativas, como licenças ambientais, alvarás, e vistorias, sendo a atividade de distribuição alvo de constante fiscalização pelo poder público.

Além disso, os distribuidores já situados no mercado, normalmente, ocupam os melhores e mais rentáveis pontos de venda, em um segmento em que a boa localização do empreendimento é essencial e o universo de imóveis em tais condições é bastante limitado, inclusive, em função de zoneamento e planejamento urbano; possuem *know how* em relação a questões específicas dessa atividade e do comportamento do consumidor que, possivelmente, somente será adquirido pelo novo concorrente, ao custo de inúmeros erros e sucessivos prejuízos; e gozam os frutos da conquista de uma reputação que lhes concede vantagens negociais junto ao fornecedor, que, normalmente, deseja associar sua marca à imagem do estabelecimento.

Os *sunks costs* também constituem graves barreiras à entrada de novos concorrentes, na forma de investimentos em *marketing* de massa e aquisição de equipamentos, que não poderão ser aproveitados em outra atividade, caso o

concorrente ingressante desista deste mercado, desestimulando a entrada de agentes com menor capital disponível para assumirem riscos.

Também atuam em desfavor do ingresso de novos concorrentes, os custos de expansão e capilarização da rede de distribuição, considerando-se como características do mercado de grande distribuição, a satisfação, ao mesmo tempo, das necessidades de consumo local e de abastecimento do mercado nacional.

Ademais, os agentes já posicionados no mercado beneficiam-se das economias de escala e escopo advindas da sua capacidade de negociação de maiores quantidades em condições vantajosas, de diluição dos custos fixos em um maior *mix* de produtos, bem como para explorar essa vantagem competitiva na obtenção de maiores margens nos produtos objeto de restrições verticais, que fixem um preço mínimo de revenda.

O fenômeno dos hipermercados e mega-lojas, que concentram em um único local produtos destinados aos mais diversos fins (*one-stop markets*), não somente parece indicar uma tendência irreversível no Brasil e em outros países, como não demonstra sinais de arrefecimento.

Cada vez mais tais empreendimentos, cujos efeitos são catalizados pela formação de grandes conglomerados econômicos e cadeias de distribuição, adquirem inegável poder econômico, que oligopolizam o mercado e restringem a participação dos menores distribuidores independentes, que embora em maior número, são obrigados a compartilhar uma fatia muito reduzida do mercado relevante, ligada ao atendimento de nichos residuais de consumidores.

A notável concentração dos mercados de grande distribuição levou as grandes redes, após a saturação dos mercados nacionais, a atuarem além de suas fronteiras de origem, adquirindo os agentes locais, cujos mercados em pouco tempo passaram a ser réplica uns dos outros.

Desta forma, pode-se, sem grandes riscos, afirmar, que os grandes mercados de distribuição são objeto de oligopólios mundiais, cuja concentração não encontra equivalente em qualquer produtor individual ou grupo de produtores.

Como resultado dessa concentração, mesmo os grandes produtores de marcas renomadas, inclusive, multinacionais, rendem-se ao poder econômico dos grandes distribuidores, que por meio da competição com marcas próprias e

potestividade na disposição dos produtos nos pontos de venda, além de obterem vantagens nas negociações com fornecedores economicamente enfraquecidos, ainda impõem taxas de ocupação de prateleiras, que geram rendimentos expressivos, os quais na média do *mix* de produtos não são repassados aos preços finais.

Deve-se destacar, ainda, os esforços empenhados pelos distribuidores em distinguirem-se entre si, como investimento no desenvolvimento de uma “marca” para suas redes. Sendo a diferenciação de preço difícil de ser aferida pelo consumidor diante do grande *mix* de produtos, bem como os distribuidores variarem regularmente o preço de diferentes produtos, torna-se improvável que parcela relevante de consumidores fracione semanalmente suas compras em mais de um estabelecimento, diferenciando-os pelos serviços pré e pós venda, localização, lay out das lojas, *mix* de produtos (inclusive de marcas próprias), e facilidade de estacionamento. Essa diferenciação contribui para a consolidação de poder de mercado, permitindo-lhes impor aos fornecedores condições privilegiadas de negociação.

O fator de maior dificuldade de análise, talvez seja o de interação entre os compradores. Isso porque mesmo em mercado que conte com poucos compradores existentes ou percebidos como potenciais concorrentes, e segmento em que a curva da oferta seja de inclinação ascendente, a agressividade da competição entre concorrentes no mercado ascendente pode produzir comportamento de elevação dos preços pagos aos fornecedores até as proximidades de seu valor marginal, pela incapacidade de limitação da quantidade adquirida. Desta forma, menos agressividade ou mesmo o conluio tácito entre concorrentes no mercado ascendente é determinante para a efetiva existência de poder de monopólio.

Além desses fatores, destaca-se, ainda, o papel exercido pela franja competitiva nas relações de poder econômico do comprador. Segundo este modelo, proposto por Z. CHEN, a existência de pequenos compradores *price takers* no mercado gera efeitos normalmente relevados pelas análises antitruste, que atuam no sentido de mitigar o poder de comprador do distribuidor.⁹⁴

⁹⁴ Cf. GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 200-204.

Parte-se de presunção bastante simples, fulcrada em postulado econômico de que em um mercado competitivo cada agente racionalmente buscará a maximização de suas vantagens, e que, portanto, o fornecedor, ao ter suas margens comprimidas pelo distribuidor com poder de compra, passará a privilegiar os negócios com os agentes com menor poder de barganha.

Portanto, a existência de uma franja competitiva, que valorize a figura do pequeno comerciante, mesmo que menos eficiente, trabalha como uma espécie de gatilho do mercado, não permitindo que o distribuidor com poder de compra retire do fornecedor o seu excedente além do ponto em que este perca competitividade, ou mesmo a possibilidade de quebra torne-se um risco real (*threat point*), garantindo a manutenção de índices mínimos de concorrência potencial no mercado descendente.

A aplicação dessa teoria, entretanto, não pode atribuir à franja competitiva uma capacidade econômica maior do que efetivamente possui, sendo que dificilmente esta poderá substituir totalmente a figura do competidor de mesma ou aproximada capacidade econômica do distribuidor com poder de compra. É que os distribuidores menores, à medida que aumentam o volume de negócios, perdem ainda mais eficiência em relação aos agentes econômicos com capacidade financeira, que são formatados para maximizar os ganhos de escala e escopo próprios da grande distribuição.

SEGUNDA PARTE – O ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

1. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

1.1 DEFINIÇÃO E FONTES DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Conforme afirmado anteriormente, a dependência econômica, se não faz parte da definição do tipo do contrato de distribuição, é um dos principais fatores de desequilíbrio econômico do contrato. A dependência econômica representa condição de fato, segundo a qual a atividade econômica de uma parte está condicionada à manutenção de relacionamento comercial com sua contraparte.

Ao contrário do que ocorre nas relações de concorrência, considerando-se o lado da oferta, inexistente como condição necessária à caracterização de poder econômico para os fins de abuso de dependência econômica, que o agente em posição dominante (relativa) detenha efetivo poder de mercado em relação a seus concorrentes.

O poder de mercado, nas relações de dependência econômica, não é o principal critério de determinação da posição dominante relativa, mas apenas um dos fatores de avaliação da dependência econômica,⁹⁵ a saber, (i) em relação ao fornecedor: a notoriedade da marca, a quota de mercado do fornecedor, a participação no volume de negócios do distribuidor em relação aos produtos do fornecedor, e a possibilidade do distribuidor de obter produtos equivalentes; e (ii) em relação ao consumidor: importância das relações com o distribuidor no volume de negócios do fornecedor, peso do distribuidor na

⁹⁵ Portanto, o talho de mercado perde um pouco de sua importância, deixando de ser uma ferramenta fundamental ao aferimento de posição dominante (absoluta), para avaliar as situações em que não há uma alternativa equivalente, isto é, suficiente e razoável à parte submetida ao estado de dependência econômica. Em outras palavras, o poder de mercado não é relevante para configurar o estado de dependência econômica a não ser para definir a inexistência de uma solução alternativa equivalente. A noção de alternativa equivalente possui uma conotação material e outra temporal. A primeira refere-se à possibilidade do agente de obter uma contraparte substituta sem incorrer em custos excessivos. A segunda, que este

comercialização do produto em causa e as razões que levaram à concentração de vendas junto a certo consumidor.⁹⁶

Nos casos de dependência econômica em relação ao fornecedor, a notoriedade da marca pode designar que se trata de produto indispensável ao seu *mix* de produtos, porque percebido pelo consumidor ou usuário final como determinante para a qualidade de provisionamento do estabelecimento. Sob esta noção, incluem-se tanto os produtos denominados *de ponta*, que são os individualmente considerados, quanto os produtos de um *grupo de ponta*, que são os pertencentes a uma cesta de produtos considerada indispensável pelo consumidor ou usuário final. Na ausência desses produtos, mesmo que o distribuidor tenha acesso a outros fornecedores, e os produtos não correspondam a grande parte de suas vendas, o agente econômico perde relevante capacidade competitiva em relação aos concorrentes.

O natural, entretanto, é que a marca notória confira ao agente econômico, poder de mercado. Agora sim, não como fator determinante, mas como condição adicional para a configuração da situação de dependência econômica. Quanto maior a participação do fornecedor no mercado, menores as chances de sua substituição por outro equivalente. Note-se, entretanto, que se trata de fator a ser aferido no universo de outros fatores, não podendo ser utilizado em si como determinante, mas auxiliar à avaliação da situação de dependência econômica.

Contudo, pode ocorrer que mesmo gozando de posição dominante absoluta no mercado, mas não sendo uma marca de *ponta*, o fornecedor seja responsável por pequena parcela das vendas do distribuidor. Assim, a parcela de participação dos produtos do fornecedor no volume de negócios do distribuidor é fator de determinação da situação de dependência econômica. Mas mesmo na situação de aprovisionamento exclusivo, pode inocular a configuração do estado de dependência econômica, desde que o distribuidor tenha disponível alternativa suficiente ao fornecedor.

Outro critério relacionado ao poder de mercado refere-se à substituíbilidade dos bens fornecidos. Com efeito, na hipótese do distribuidor

processo se concluirá em tempo hábil ao agente para não acumular perdas que tornem inviável a substituição da contraparte.

⁹⁶ Cf. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 123 e 149.

poder recorrer a espécies permutáveis de bens, que o consumidor admita substituir na falta de determinados produtos, sem importar em perda relevante da competitividade, não se pode advogar a existência de um estado de dependência econômica. Nesse caso, mostra-se útil a referência à técnica de talhar de forma abrangente o mercado relevante, de maneira a contemplar os produtos permutáveis, como alternativas suficientes ao distribuidor.

Nos casos de dependência econômica em relação ao consumidor, os critérios de avaliação do estado de dependência econômica são bastante similares, apenas adaptando-os à situação em que a pressão dominante é oriunda do lado da demanda, e, portanto, a notoriedade da marca do distribuidor possui peso insignificante como serviço *de ponta*. O que importa, nesses casos, é primariamente a importância das relações com o agente detentor de posição dominante relativa ao volume de negócios do fornecedor, que proporciona indício de inexistência de alternativa equivalente.

Além do volume de participação do distribuidor nas vendas do fornecedor, deve-se averiguar qual a importância daquele no mercado de distribuição da espécie de produtos produzidos por este. Novamente, valendo-se da noção de poder de mercado como fator adicional para verificação da situação de dependência econômica, o distribuidor que represente importante canal de distribuição de determinado tipo de produtos pode ser um *parceiro* obrigatório, se os canais alternativos não oferecem a mesma capacidade de suprir as necessidades do mercado.

Tal situação pode decorrer, ainda, da capacidade técnica da contraparte, mesmo que esta não detenha poder de mercado. Nesse caso, as características do mercado demandam estreitamento entre partes, levando o fornecedor a realizar investimentos em um único distribuidor, como solução técnica para as necessidades de seus clientes. De outro modo, não havendo tais vínculos, sendo a contratação mera escolha entre um universo de distribuidores, não há o que se falar, neste particular, em estado de dependência econômica.

As fontes de dependência econômica podem ser várias, sendo, as principais, identificadas, primeiramente, pelo direito alemão, como dependência em razão do sortimento, das relações de negócios, do poder de compra, da escassez e da procura, cuja intensidade está ligada às características do mercado relevante e ao grau de integração entre as partes.

Pois bem, no atual estágio de desenvolvimento do capitalismo, os agentes econômicos com maiores possibilidades de sucesso são aqueles que exploram os sentimentos generalizados na sociedade moderna, como a busca pelo prazer instantâneo, a associação da liberdade ao comportamento impulsivo e, principalmente, a valorização do tempo como um bem extremamente escasso, que pode conduzir à racionalidade da aquisição do produto, mesmo menos competitivo em termos de preço, em nome da conveniência.

Apostando nesse tipo de cliente, os distribuidores do tipo *one-stop*, como hipermercados e grandes lojas de departamentos, investem na diversificação da cesta de produtos disponíveis no ponto de venda, cuja variedade pode chegar a algumas centenas, senão milhares de itens, de higiene pessoal a lubrificantes automotivos; e os estabelecimentos especializados em determinado produto ou produtos complementares, que esgotam as opções disponíveis no mercado, atraindo clientes em razão da comodidade de saber que ali se encontram todas ou quase todas as principais marcas e modelos.

Em qualquer dos casos, ao investir profusamente em diversificação no ponto de venda, seja de cestas de produtos ou de produtos da cesta, os grandes distribuidores, além de conseguirem obter vantagem competitiva em relação aos concorrentes de menor capacidade econômica, também obtêm posição comercial privilegiada em relação aos fornecedores, uma vez que é mais provável que o consumidor, uma vez no ponto de venda, e na ausência de sua marca preferida, substitua-a por outra do que se dirija a outro estabelecimento.

Entretanto, essa racionalidade esbarra na existência de determinadas marcas, que ao adquirirem notoriedade absoluta junto ao consumidor, são consideradas uma opção essencial do *mix* de produtos, levando-o a abandonar o estabelecimento ou a excluir o distribuidor de futuro comportamento de consumo. Cria-se, desta forma, uma dependência econômica em função do sortimento, cujo desabastecimento da marca famosa, notória ou *de ponta*, prejudica a capacidade concorrencial do distribuidor. O mesmo ocorre quando há um *grupo de ponta*, cuja cesta de opções ao consumidor não pode ser dispensada pelo distribuidor.

Mas esse poder também pode ter razões contratuais, ou relacionais, que conferem ao fornecedor a mesma capacidade de determinar o comportamento econômico do distribuidor, por meio de cláusulas de exclusividade, de fixação

de preços de revenda, de divisão de mercados, etc. Aqui, quanto maior a integração comercial entre as partes, maior a possibilidade de poder relacional.

A partir da dependência econômica gerada pelo poder relacional, o fornecedor pode reduzir as vantagens especiais conferidas ao distribuidor, ao qual cabe aceitá-las ou denunciar o contrato, assumindo o prejuízo de investimentos irrecuperáveis (*sunk costs*), realizados em curto ou médio prazo, ou mesmo tornar o contrato economicamente insustentável para o concessionário, caso a intenção seja extinguir aquela relação, ou mesmo cimentar o canal de distribuição, sem a necessidade de denúncia unilateral do contrato.

A dependência econômica em razão do poder de compra, denominada também de poder do comprador (*buyer power*), é o resultado de poder de barganha no mercado descendente, em que o cliente possui a capacidade de influenciar o comportamento dos preços, a partir da manipulação das forças de demanda. Como demonstrado através da análise econômica, o poder do comprador, considerado como tal o distribuidor, pode gerar graves efeitos anticoncorrenciais, inclusive, com prejuízo ao bem-estar do consumidor ou usuário final.

Na situação de dependência em função da escassez, fatores que produzem a limitação da disponibilidade de determinado produto ou serviço reduzem a quantidade fornecida, a tal ponto que se torna inviável a substituição de fornecedores, e estes sentem-se tentados a privilegiar os agentes mais integrados ao seu grupo econômico. O exemplo mais conhecido foi a crise de petróleo que se abateu sobre o mercado mundial na década de 80, na qual os distribuidores independentes viram-se sistematicamente sujeitos à recusa de venda, em favor do abastecimento dos concessionários exclusivos dos fornecedores, a não ser que se submetessem a cláusulas contratuais excessivamente abusivas.

1.2 INTEGRAÇÃO VERTICAL

O contrato de distribuição possui algumas características que compõem o seu tipo, e outras que são comuns, embora não essenciais, à definição do negócio jurídico. Assim, embora seja recorrente a existência de

relacionamentos comerciais de distribuição em que o concessionário tenha sua liberdade pouco restringida, ou mesmo possua poder de compra em face do produtor, também são comuns os distribuidores submetidos à integração vertical com o fornecedor.

A integração vertical pressupõe existência de vínculos de dependência entre atividades econômicas exercidas pelas partes em diferentes elos da cadeia produtiva.⁹⁷ A concentração vertical dos circuitos de distribuição pode possuir natureza societária, que ocorre quando um grupo econômico detém o poder de controle das sociedades empresárias envolvidas em fases sucessivas do processo de produção; ou contratual, onde se inserem os contratos de distribuição.

Não é a utilização de revendedores que distingue a distribuição integrada da não-integrada. O fator de diferenciação encontra-se nas necessárias relações de dependência, sendo o exemplo de distribuição não integrada a mera compra para revenda pelo pequeno varejista, cujo vínculo termina com a tradição do bem.

A dependência econômica gerada pela integração vertical pode ser descendente, quando produzida por iniciativa dos agentes situados no topo da cadeia de distribuição (produtor), ou ascendente, cuja iniciativa deriva a partir dos agentes situados na base do circuito (distribuidor).

A integração vertical na distribuição, a despeito dos possíveis litígios decorrentes do abuso de dependência econômica, visa a incrementar a eficiência para o sistema de produção, cujo bem-estar excedente deve, idealmente, beneficiar todas as partes envolvidas na verticalização do processo produtivo.

⁹⁷ Gerard FARJAT, citado por Werter R. FARIA, define a integração como sinônimo para as relações de dependência entre empresas juridicamente autônomas. FARJAT, Gerard. **Droit économique**. 2. ed. Paris: Prèsses Universitaires, 1982, p.215 *apud* FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p.48-49.

1.3 CUSTOS IDIOSSINCRÁTICOS

As transações externas podem constituir um alto custo justificador dos acordos verticais, em situações em que a especificidade dos fatores produtivos torna vendedor e comprador reciprocamente relevantes.

A teoria dos custos de transação conferiu a R. H. COASE o Prêmio Nobel de Economia, tendo sido desenvolvida, ainda que não exclusivamente, por O. E. WILLIAMSON, e sustenta-se no pressuposto de que os agentes econômicos se aproveitarão de eventuais falhas de informação para assumirem comportamentos oportunistas.

Em grande parte, a falta de informação deve-se à própria estratégia de um ou ambos os atores de lucrar por oportunismo. Isso significa ocultar ou manipular intenções e informações, para em um segundo momento, modificar condições estabelecidas. Assim, o custo de transação externa é alto quando, em um ambiente complexo e incerto, o agente econômico é incapaz de prever e agir de acordo com esta previsão em relação às transações futuras.⁹⁸⁻⁹⁹

Uma transação possui três requisitos básicos: a frequência, a incerteza e a especificidade dos ativos envolvidos.¹⁰⁰ Os custos idiossincráticos, portanto,

⁹⁸ Os custos de transação dividem-se em custos *ex ante*, equivalentes à negociação e fixação de contrapartidas e salvaguardas do contrato, e custos *ex post*, de monitoramento, renegociação e adaptação dos contratos a novas circunstâncias. Cf. FAGUNDES, Jorge Luiz. S. S. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p. 102.

⁹⁹ Os custos de transação manifestam-se principalmente em situações de poder bilateral, ou seja, em que vendedor e comprador possuam poder de mercado e estejam dispostos a uma “quebra de braço” a cada transação, realizada normalmente a curto prazo, tornando imprevisíveis os preços futuros e, portanto, gerando um custo de transação externa alto. Isso pode fazer com que o produtor diminua a sua produção, ou deixe de realizar investimentos em tecnologia, incapacitando-o a desfrutar de ganhos de escala potencialmente transmissíveis para o preço final ao consumidor. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 293.

¹⁰⁰ Segundo Jorge Luiz S. S. FAGUNDES (**Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p. 100), a especificidade dos ativos envolvidos constitui, na teoria dos custos de transação de Williamson, o principal elemento responsável pela determinação do tipo de coordenação a ser realizada no ambiente econômico. Para Williamson, ainda segundo Jorge Luiz S. S. FAGUNDES, a especificidade pode ser caracterizada por quatro fatores: localização (ligada à exigência de proximidade geográfica entre as partes que transacionam, combinada com custos de transferir unidades produtivas caso haja troca de demandante ou ofertante), ativos dedicados (a expansão de capacidade produtiva é direcionada e dimensionada unicamente para atender à demanda de um conjunto de transações, implicando em uma inevitável ociosidade no caso de interrupção da relação), natureza física (especificidades associadas à aquisição de equipamentos dedicados para ofertar ou consumir os bens ou serviços transacionados, ou seja, unidades de capital fixo que são especializadas e atendem a requerimentos particulares da outra parte envolvida na relação), e capital humano

qualificam-se pela condição de risco proveniente de sua destinação única, sendo que quanto maiores os investimentos realizados em função do contrato, maior será o grau de dependência. Afinal, a parte que neles incorrer permanecerá economicamente vinculada à outra, pelo menos enquanto não houver a recuperação do investimento.¹⁰¹

Os custos irrecuperáveis (*sunk costs*) também podem ser qualificados como custos idiossincráticos, desde que decorram apenas do investimento no contrato,¹⁰² como no caso de provisionamento exclusivo de fornecedor de marca famosa, cuja ameaça de recusa de venda efetiva ou potencial (*percebível*), mesmo que o distribuidor detenha posição dominante no mercado descendente, fará com que este avalie os custos de investimentos não reaproveitáveis para outras atividades, no caso de saída do mercado.

Portanto, os custos idiossincráticos, a serem avaliados no caso concreto, podem constituir relevante fonte de dependência econômica (unilateral ou bilateral).

(especificidades derivadas das diferentes formas de aprendizado, que fazem com que demandantes e ofertantes de determinados produtos acabem se servindo mutuamente com maior eficiência do que poderiam fazer com novos parceiros).

¹⁰¹ Assim, a integração vertical nos contratos de distribuição pode ser justificada pela frequência em que se realizam as trocas, característica que inclusive integra o tipo do contrato; pela redução do grau de incerteza quanto às condições do negócio a longo prazo e à solução de eventuais conflitos; e pela diminuição dos riscos advindos do incorrimento em custos idiossincráticos, ou seja, os desembolsos com ativos de propósito específico. Nessa espécie de mercado, a celebração de acordos verticais que reduzam os custos de transação externos são, ao menos neste particular, favoráveis à eficiência econômica, possibilitando tanto ao produtor quanto ao distribuidor evitarem o oportunismo recíproco. Desta feita, desestimula-se a ocorrência de conflitos e, ao mesmo tempo, estimula-se a sua rápida solução caso ocorram, segundo a fórmula antecipada no contrato.

¹⁰² Cf. FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 358-359.

2. PROPOSTAS DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Convém situar o abuso de estado de dependência econômica na categoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, destaca-se a posição de Eros Roberto GRAU, que ressalva serem, na verdade, não os conceitos, mas os seus termos ou signos, objetos indeterminados, salvando a lógica jurídica na adoção pelo legislador de conceitos (*suma de idéias*) que dependem da conjugação de dados imprecisos, retirados da realidade, para adquirirem concretude. Tratam-se, portanto, de conceitos *abertos*, muito mais do que indeterminados.¹⁰³

Isso dito, prossegue-se na análise do fenômeno da dependência econômica que, por si só, não importa em desequilíbrio contratual, nem deve ser considerado *per se* ilícito.¹⁰⁴ O estado de dependência econômica, assim como a posição dominante, é uma forma de manifestação do poder econômico, o qual representa mero fator estrutural do sistema econômico capitalista. Vale lembrar que poder econômico define-se pela capacidade de determinação de comportamentos econômicos alheios, em função de condições diversas às que seriam possíveis em um mercado competitivo.¹⁰⁵ Assim, como não há na concentração de poder econômico ilicitude orgânica e implícita, o estado de

¹⁰³ Cf. GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988, p. 72.

¹⁰⁴ No direito concorrencial francês, Marc COURTÈS chega à mesma conclusão: “*Toutefois, comme la situation de position dominante, la situation de dépendance économique n’est pas visée en elle-même par notre droit de la concurrence. Celui-ci ne se préoccupe pas de rétablir l’égalité entre les différents partenaires économiques, mais de veiller à ce que l’ensemble des mécanismes concurrentiels fonctionne librement sur le marché. En droit de la concurrence comme en droit des contrats, l’état de dépendance est une situation licite*”. COURTÈS, Marc. **Dependance économique et abus de dependance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats**. Tese de doutorado. França: Universidade Mont Pellier I, jul. 1999, p. 225. Martine BEHAR-TOUCHAIS e Georges VIRASSAMY também restringem o caráter de ilegalidade das situações de dependência econômica às hipóteses de abuso: “*L’inégalité de conditions entre agents économiques et cocontractants est inévitable, elle est même un des traits dominants des relations contractuelles contemporaines. Il peut en résulter que certains contractants sont ou deviennent de manière effective économiquement dépendants d’un autre contractant. Cette dépendance de l’un, ou à l’inverse la situation de domination de l’autre, ne sont pas en elles-mêmes condamnables. Ce qui l’est, c’est l’abus. Le droit de la concurrence connaît déjà une telle situation avec la notion de position dominante dont seul l’abus est répréhensible. L’exploitation abusive de l’état de dépendance économique d’une entreprise en constitue un nouvel exemple*”. BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 77.

¹⁰⁵ Cf. BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997, p.104-105.

dependência econômica deve ser considerado como mera condição necessária ao abuso, este, sim, causador de dano injusto à parte economicamente mais fraca (âmbito contratual) e também ao jogo de forças do mercado (âmbito concorrencial).

Nestes termos, o abuso de dependência econômica mostra-se, antes de tudo, uma espécie de abuso de poder econômico, figura bastante conhecida pelo direito brasileiro. A noção de abuso de poder econômico foi incorporada pelo direito pátrio desde a Constituição de 1946, tendo sido sua coibição definida como um dos princípios da ordem econômica a partir da Constituição de 1967, exercendo inegável fonte de inspiração ao legislador infraconstitucional.

Parte-se inicialmente, no direito brasileiro, da concepção de abuso enquanto ato doloso, intencional, de dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros, tomado de sentido penal.¹⁰⁶ Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988, o foco da abusividade transfere-se da ilicitude subjetiva, em face do concorrente, para a agressão objetiva ao mercado. A nova Constituição marca a passagem do direito antitruste brasileiro da ingerência do Direito Penal Econômico e Administrativo para a tutela eminentemente de Direito Econômico, segundo a qual o Estado deixa o papel de mera *polícia* das relações econômicas privadas e passa a exercer a vocação de agente normativo e regulador da atividade econômica, que zela para que o desenvolvimento econômico não seja comprometido por comportamentos potencialmente distorcivos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Admitia-se o abuso apenas quando intencionalmente dirigido a um fim antijurídico, segundo os *tipos* previstos por lei, conforme pode ser aferido no artigo emblemático de José Inácio Gonzaga FRANCESCHINI, publicado mesmo após a Constituição Federal de 1988 e a Lei n.º 8.884/1994, tal a força da teoria finalística, calcado na doutrina desenvolvida por Benjamin M. SHIEBER na década de 1960, que situa o direito da concorrência sob a sistemática do Direito Penal Econômico. Segundo o autor, seria “*indispensável ao reconhecimento de abuso do poder econômico não só a tipicidade fática como também a existência comprovada do dolo e, mais particularmente, de dolo específico, por conter os tipos da legislação, em sua descrição, um elemento subjetivo do injusto*”. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Imprensa Nacional, n. 21, out./dez. 1995, p. 109.

¹⁰⁷ A mudança de paradigma do direito concorrencial brasileiro, enquanto lentamente absorvida por grande parte da doutrina, foi registrada inicialmente, s.m.j., por Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR: “*A Constituição Brasileira atual (...) está antes preocupada não exclusivamente com um ato individual, consciente e intencionalmente predisposto a ferir a ordem econômica e a livre concorrência, como se o agente deliberadamente atuasse naquela direção, mas com a repercussão destes atos no mercado-patrimônio nacional. (...) Em suma, para a Constituição de 1988, a inserção da livre concorrência como princípio da ordem econômica trouxe à*

A concepção de abuso de poder econômico assume, então, o caráter de desvio de função, renegando a noção anterior, diga-se de passagem, medieval, de intenção maligna de lesar, sem utilidade própria ou com utilidade irrisória (*animus aemulandi*).¹⁰⁸ A teoria do desvio de função¹⁰⁹ pressupõe o poder econômico não como direito subjetivo (*enforceable*), mas como situação jurídica tolerada, ou seja, permitida negativamente, uma vez que não é proibida.¹¹⁰ Daí a impossibilidade de aplicação da teoria de abuso de direito à tutela do abuso de estado de dependência econômica.¹¹¹ O abuso não se encontra no exercício do poder em si, lícito, nem no eventual dano causado a

*concepção de abuso do poder econômico o sentido de uma infração contra o mercado, não sendo mais radicalmente decisivo os atos abusivos serem qualificados na forma de um ato de um agente contra outro agente". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Resilição unilateral de relações comerciais de prazo indeterminado e a lei de defesa da concorrência. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 1, n. 4, jul./set. 1993, p. 274-275.*

¹⁰⁸ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Imprensa Nacional, n. 21, out./dez. 1995, p.25) remonta a noção primitiva de abuso e poder à teoria medieval da *aemulatio*. Conforme o autor, o *animus aemulandi* importa na "escolha de uma possibilidade de ação, dentre outras, que é prejudicial a outrem (Código Civil da Prússia, 1794, § 36, 37). Esta noção nos conduz, modernamente, ao conceito de dolo eventual, isto é, o agente não deseja a consequência mas, dentre várias possibilidades de agir, escolhe exatamente aquela que pode provocar o resultado indesejável e não pode argüir que não sabia que este resultado poderia ocorrer. Neste sentido o referido código falava em "mal-uso da propriedade". A mesma ilação coube a Luis Fernando SCHUARTZ (Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 1, n. 4, jul./set. 1993, p.289), que situa a tradicional noção de abuso de poder junto à teoria política pré-liberal (caso dos *monarcomaci* franceses no final do século XVI) e liberal, que serviu como instrumento ideológico de oposição do poder real, na medida em que coíbe a usurpação de poder, ou ainda, o seu exercício de forma *injusta*.

¹⁰⁹ A teoria do desvio de função (*détournement de pouvoir*) aproxima-se das teorias de desvio de finalidade ou desvio de poder, oriundas do Direito Administrativo. Além da diferença mais óbvia de que a primeira situa-se no âmbito das relações privadas e a segunda no das relações entre entes públicos e particulares, a concepção de desvio de finalidade pressupõe a prática dos atos por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. A teoria do desvio de finalidade abrange ainda a noção de *excesso de poder*, que representaria os atos cuja prática exorbitaria a competência outorgada por lei ao agente público, à qual este é estritamente vinculado, conforme as definições de Hely Lopes MEIRELLES (**Direito administrativo brasileiro**. 21.a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.96). O desvio de função próprio do direito concorrencial, no entanto, não se limita à violação ideológica da lei, mas inclui à noção de ilicitude a não implementação dos objetivos econômicos idealizados pelo legislador. Assim, é abusivo o exercício do poder econômico (capacidade de influenciar o comportamento de outros agentes econômicos de uma forma que não seria possível em um ambiente competitivo) que, embora não infrinja a norma econômica da livre concorrência, deixe de produzir os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte, como a valorização do trabalho humano, a proteção do consumidor, do meio ambiente, etc.

¹¹⁰ Conforme o pensamento de Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Imprensa Nacional, n. 21, out./dez. 1995, p. 24), a noção de poder econômico, ao mesmo tempo que assinala um fenômeno da realidade (capacidade de influir nas condições fáticas da concorrência), objeto de limitações jurídicas, infirma uma situação jurídica de tolerância, base para a configuração de um *direito de concorrer*.

outrem,¹¹² mas no afastamento dos seus fins sociais.¹¹³ Trata-se do reconhecimento do poder econômico como função econômica (social),¹¹⁴ da qual a livre concorrência é apenas um dos princípios norteadores da ordem econômica e social, prescrita pela Constituição Econômica.

Estabelecido esse paralelo com o abuso do poder econômico, importante de conceituar-se sua manifestação sob a forma de abuso de dependência econômica. Sucintamente, este pode ser definido como manifestação de poder econômico, que torna possível ao agente detentor de posição dominante em relação à parte que lhe é economicamente dependente, obter vantagens que não deveria normalmente obter.¹¹⁵

¹¹¹ Cf. BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 77.

¹¹² Em última análise, as relações de mercado normalmente premiarão os agentes mais eficientes em prejuízo dos concorrentes menos eficientes. Este, afinal, o estímulo para que os agentes econômicos invistam no sucesso do negócio, desenvolvendo novas tecnologias, formatação de estruturas internas e externas, economias de escala e escopo, etc., sem a necessidade da intervenção Estatal no fomento e custeio da atividade econômica. Até porque, o objetivo da legislação antitruste é a defesa, das relações de concorrência, e não do concorrente. Neste sentido, Luis Fernando SCHUARTZ [Abuso de poder econômico e (i)legitimidade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, ano XXXIII, n. 95, jul./set. 1994, p. 57-63] desenvolve a concepção de abuso enquanto exercício ilegítimo do poder econômico, para concluir que o Estado não se encontra habilitado a intervir nas situações em que os agentes sejam desprovidos de poder econômico.

¹¹³ O desvio de função (social) gerado pelo exercício ilegítimo do poder econômico remete às discussões quanto à relativização do direito à propriedade. Emprega-se, aqui, o termo *relativização* em sentido impróprio, mais para acentuar a noção de mudança de paradigma da propriedade com *função individual* (cujo direito não poderia ser desafiado) para aquela com *função social* (cuja função individual deve harmonizar-se com a função social). A harmonização das funções da propriedade não pode anular totalmente uma ou outra, mas garantir no que for possível a conjugação de ambas, pois no que a função social considera os bens segundo sua natureza dinâmica (valorando-os segundo a capacidade de produção de outros bens), a função individual reflete a sua natureza estática (o valor do bem encontra-se na garantia individual de sobrevivência do proprietário e de sua família contra a carência material, portanto alinhado ao princípio da dignidade da pessoa humana), sendo ambos os lados não necessariamente opostos da mesma realidade, conforme GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 211-224. Fábio Konder COMPARATO (Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, p. 71-79) destaca que, perante uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é a proteção e tutela contra turbações externas, mas sim a fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de evitar abuso ou desvio de poder.

¹¹⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 395.

¹¹⁵ Cf. A. PIROVANO e M. SALAH, citados por Martine BEHAR-TOUCHAIS e Georges VIRASSAMY, “*les mots, pouvoir, puissance, dépendance, domination traduisent tous la nécessité de dépasser la scène juridique formelle pour saisir le véritable siège du pouvoir économique afin de mieux en discipliner l’exercice. Dans la mesure où le pouvoir s’exerce par des prérogatives juridiques, le contrôle consiste à vérifier si ces prérogatives ne sont pas utilisées par la puissance économique pour obtenir d’un partenaire en situation de dépendance des avantages qu’elle ne devrait pas normalement obtenir*”. PIROVANO, A; SALAH, M. L’abus de dépendance économique: une notion subservise? Les Petites Affiches, n. 115, 24 set.

A noção de abuso de estado de dependência econômica compreende também os comportamentos considerados oportunistas, os quais se definem pelo objetivo de tirar partido das circunstâncias em benefício próprio, sendo utilizados pela ciência econômica, a formulação da teoria dos custos transacionais.¹¹⁶

Neste sentido, transmudando-se a teoria econômica para as relações jurídicas de longa duração, característica dos contratos de distribuição, portanto, fonte de dependência econômica, é muito pouco provável que estes prevejam todas as possíveis situações que se desenvolverão no relacionamento entre as partes, oportunizando àquela com poder econômico, explorar esta falha de informação, para adotar comportamentos abusivos.

Portanto, pode-se afirmar que o abuso de estado de dependência econômica produz efeitos no nível concorrencial e contratual. No âmbito concorrencial, segundo a legislação brasileira, admite-se imposição de multas, de obrigações de fazer, e desconstituição de atos jurídicos.¹¹⁷ No contratual, a declaração de nulidade de cláusulas contratuais, a suspensão dos efeitos de atos jurídicos,¹¹⁸ e a indenização pelos danos sofridos pela parte economicamente dependente.¹¹⁹

No direito comparado, a dificuldade de aplicação da legislação concernente à tutela concorrencial do estado de dependência econômica esbarra em dois fatores, denunciados na Conferência sobre poder do comprador, patrocinada pela *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), realizada em Paris em 1999: os fornecedores frágeis não denunciam os distribuidores por medo de represálias, e os que buscam a

1990, p. 5-6 *apud* BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 77.

¹¹⁶ Segundo a definição de E. ALLIX-DESFAUTAUX, citado por Sylvie LEBRETON: “*route attitude visant à divulguer sur le marché des informations fausses, omettre la transmission de données importantes pour la conclusion d’un contrat ou toute attitude visant à privilégier les intérêts d’une partie au détriment d’une autre*”. ALLIX-DESFAUTAUX, E. **Comportements opportunistes et négociations d’affaires internationales : une approche par la théorie des coûts de transaction**. *apud* LEBRETON, Sylvie. **L’Exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes: étude particulière aux contrats de distribution**. Paris: LITEC, 2000, p. 58.

¹¹⁷ Cf. artigos 23 a 25 da Lei n.º 8.884/1994.

¹¹⁸ Cf. artigo 473 do Código Civil Brasileiro.

¹¹⁹ Cf. artigo 29 da Lei n.º 8.884/1994.

proteção do sistema de defesa da concorrência não são tão dependentes a ponto de justificarem a intervenção estatal.¹²⁰

Na verdade, a abusividade contratual instaurada meramente no nível contratual, sem transbordar efeitos para o livre jogo das forças de mercado, distancia-se da intenção do legislador, ao tutelar o estado de dependência econômica. Afinal, não há como se justificar, sob o ponto de vista do controle concorrencial, intervenção estatal para resolver problemas setoriais (ressalvada a adoção de medidas político-regulatórias e político-normativas pela Administração Pública) de transferência de renda entre produtores e distribuidores, se não houver alterações no mercado capazes de limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar o livre jogo de forças.¹²¹

Para tanto, deve-se buscar elementos de que a prática pretensamente abusiva diminua o bem-estar agregado, considerando-se as compensações entre eficiências e ineficiências alocativas, de caráter estático e dinâmico.

¹²⁰ Cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Buying power of multiproduct retailers*. Roundtable on Buying Power, Paris, October, 1998 *apud* GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 153.

¹²¹ Sob o ponto de vista do direito estadunidense, verifica-se fenômeno similar ao encontrado no direito europeu, ressalvadas as óticas próprias de cada sistema, em que o *Robinson-Patman Act*, orientado inicialmente à defesa dos pequenos distribuidores contra seus concorrentes, tem sido submetido à regra da razão para averiguar eventuais ganhos e perdas potenciais de eficiência do sistema adquiridos a partir da prática de preços diferenciados pela indústria à jusante.

3. A DISCIPLINA LEGAL DO ABUSO DE ESTADO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

3.1 FRANCESA

Na França, o legislador já demonstra preocupação em relação ao abuso de estado de dependência econômica, embora não o identificando sob tais termos, ao tutelar, em 28 de dezembro de 1890, sob a égide do contrato de locação de serviços, a denúncia unilateral do contrato.¹²²

De forma específica, o abuso de estado de dependência econômica é disciplinado pela Ordenança de 1.º de dezembro de 1986 [artigo 8 (2)], mas que frustra seu propósito diante das dificuldades impostas pelo texto legal à configuração do estado de dependência econômica, cujo agente economicamente dependente precisa provar, que na época da contratação, não possuía alternativas para se recusar a contratar segundo os termos impostos pela outra parte.

Este “teste” de dependência econômica acaba suprimido pela Lei n.º 420 de 15 de maio de 2001 (implementado pelo Decreto n.º 689 de 30 de abril de 2002), que consolida as normas concorrenciais ao Código Comercial.¹²³⁻¹²⁴ O

¹²² Conforme COURTÈS, Marc. **Dependance économique et abus de dependance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats**. Tese de Doutorado. França: Universidade Mont Pellier 1, jul. 1999, p. 17.

¹²³ L. 420-1. *Sont Prohibées même par l’intermédiaire direct ou indirect d’une société du groupe implantée hors de France, lorsqu’elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu’elles tendent à: 1.º Limiter l’accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d’autres entreprises; 2.º Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse; 3.º Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique; 4.º Répartir les marchés ou les sources d’approvisionnement.*

L. 420-2. *Est prohibée, dans les conditions prévues à l’article L. 420-1, l’exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d’entreprises d’une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu’elle est susceptible d’affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l’exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d’entreprises de l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires (...).*

¹²⁴ A Lei n.º 420 de 15 de maio de 2001, que também tratou da regulação do mercado pela autoridade administrativa francesa, recebeu fortes críticas por autorizá-la a pleitear reparação em nome da parte prejudicada, independentemente da sua participação na demanda. É o que

artigo L. 420-2 proíbe, sempre que possível, afetar o funcionamento ou estrutura da competição, o abuso, por uma empresa ou grupo de companhias, do estado de dependência econômica em que se encontrar uma empresa cliente ou fornecedora.

O abuso pode consistir, em particular, em recusa de venda, vendas casadas ou práticas discriminatórias. O artigo L. 442-6 dispõe, ainda, ser ilegal o abuso de dependência econômica de um parceiro comercial, ou de seu poder de compra, pela imposição sobre tal parceiro condições ou obrigações comerciais injustas. Esta proibição não demanda prova que a prática distorça a competição.¹²⁵

A existência da situação de dependência econômica tem sido reconhecida com base em diversos critérios como a quantidade de participação nos resultados econômicos da outra parte, o reconhecimento da marca do fornecedor e sua fatia de participação no mercado, e a dificuldade do distribuidor de encontrar outro fornecedor de produto equivalente.

3.2 ITALIANA

A dependência econômica é tutelada pelo direito italiano através de um dispositivo inserido na Lei n.º 192, de 18 de junho de 1998, com a redação conferida pela Lei n.º 57, de 05 de março de 2001,¹²⁶ que embora regule o contrato de *subfornitura*, é aplicável a qualquer contrato.

denunciam Claude CHAMPAUD e Didier DANET: “*Cette faveur renouvelée pour les ‘petits’ s’accompagne d’un retour tout à fait spectaculaire de la tutelle administrative. Pour demeurer dans le domaine particulier de l’abus de dépendance, chacun aura noté cette disposition extraordinaire qui autorise le ministre à demander, à la place de la victime défaillante (ou supposée telle) réparation du préjudice subi, préjudice qu’il sera tout de même difficile de cerner avec précision en l’absence de la principale intéressée*”. CHAMPAUD, Claude; DANET, Didier. NRE. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**. Paris: Éditions Dalloz, n. 1, jan./mar. 2002, p.17-31.

¹²⁵ L. 442-6-I, 2.º, b. *d’abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d’achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées.*

¹²⁶ Art. 9. *Abuso di dipendenza economica.*

1. *È vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un’eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.*

Em sua redação original, a Lei n.º 192/1998 tem como escopo a tutela privatística do fenômeno do estado de dependência econômica. O abuso é compreendido principalmente como uma agressão ao princípio geral da boa fé objetiva,¹²⁷ e a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)*, órgão administrativo de defesa antitruste, nega-se a exercer sua competência sobre tais casos.¹²⁸

Posterior alteração do âmbito de aplicação das normas relativas à coibição do abuso de estado de dependência econômica, autorizando expressamente a *Autorità Garante* a intervir nesses casos, visa a privilegiar especialmente a sobrevivência das competitivas mas pequenas empresas em face dos agentes de maior poder econômico.¹²⁹

2. *L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.*

3. *Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.*

3 bis. *Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso.*

¹²⁷ Francesco PROSPERI destaca a ênfase privatística da anterior noção de abuso: “*La nozione di abuso del diritto segnala l'esigenza di armonizzare la tutela individuale propria del diritto soggettivo con le finalità sociali cui è preordinato ogni ordinamento giuridico moderno, che non possono consentire modalità di esercizio dei diritti rivolte più a pregiudicare interessi altrui piuttosto che a conseguire un apprezzabile vantaggio per il titolare. Il comportamento di chi compie atti formalmente rientranti nel contenuto del diritto, ma funzionalizzati in concreto a realizzare scopi antisociali, costituisce un tipico comportamento di mala fede. Sembra, dunque, che sia ragionevole connettere direttamente il principio di abuso di dipendenza economica al più generale principio di buona fede oggettiva o di correttezza che informa l'intera materia dei contratti e dell'obbligazione.*” PROSPERI, Francesco. *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale. Rassegna di diritto civile.* Nápoli, n.3, 1999, p.667.

¹²⁸ Segundo Paula A. FORGIONI (**O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 372-373), conforme notícia de Roberto PARDOLESI, a resistência do órgão antitruste italiano aparentemente possuía mais fundamentos de natureza corporativa, pela incompatibilidade entre a estrutura da AGCM e a esperada escalada de processos versando sobre abuso de estado de dependência econômica, do que jurídica. Tanto que, ao final, a alteração do entendimento da AGCM sobre o tema foi condicionada ao aumento do seu quadro de funcionários.

¹²⁹ Essa posição fica explícita nos anais da conferência realizada em 09 a 10 de Outubro de 2000 em homenagem aos dez anos da lei de defesa da concorrência italiana, publicados pela *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, que destacam, “*a ciò si aggiunga che anche altri filoni della legislazione del decennio possono essere letti come funzionali ad una maggiore dinamica concorrenziale. (...) Mi riferisco anche alla legge sulla subfornitura e sul divieto di abuso di dipendenza economica (l. 18.6.1998, n. 192), che dovrebbe, in una prospettiva di sistema, fornire strumenti a favore della piccola impresa efficiente contro i freni alla crescita che possono venire dall'azione di controparti contrattuali assai più forti*”. ITÁLIA. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. A ten year appraisal of the Italian Antitrust Law. Conference Proceedings, Roma, 9-10 October 2000.* Obtido via Internet.

3.3 PORTUGUESA

A previsão legal do abuso de estado de dependência econômica é introduzida no direito português por meio do Decreto-Lei n.º 371, de 29 de outubro de 1993, que substitui a anterior lei de defesa da concorrência de (n.º 422/1983), e, por influência da doutrina francesa, passa a proibir, no seu artigo 4.º, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

Segundo consta na exposição de motivos da referida Lei, a previsão expressa quanto ao abuso de estado de dependência econômica tem como objetivo afastar o entendimento de que eventuais condutas abusivas somente podem ser consideradas como restritivas à concorrência, se praticadas por empresas que detenham uma posição dominante (absoluta) no mercado relevante de determinado bem ou serviço. Isto acaba por impedir o seu sancionamento, quando praticadas por empresas com elevado poderio econômico mas sem posição dominante nesse mercado.

Da mesma forma como ocorre com o direito francês, a aplicação da referida norma esbarra na imprecisão da expressão “alternativa equivalente”, bem como a configuração do *abuso* frente a práticas comerciais usuais, tendo sido aplicada pela primeira vez apenas em 2000.¹³⁰

Visando a superar esta e outras deficiências do Decreto-Lei n.º 371/1993, a lei de proteção da concorrência em Portugal é, então, substituída pela Lei n.º 18, de 11 de junho de 2003. O artigo 7.º passa a regular as hipóteses de abuso de estado de dependência econômica, inovando tanto na previsão de uma fórmula para a verificação da abusividade da resolução do contrato, quanto ao definir com maior precisão o sentido da expressão “alternativa equivalente”.¹³¹

[http://www.agcm.it/AGCM_ITA/OPUSCOL/COMEFUNZ.NSF/0/5d65cc0bdcc24d9ac1256b49003bdbb5/\\$FILE/relaz1-240.pdf](http://www.agcm.it/AGCM_ITA/OPUSCOL/COMEFUNZ.NSF/0/5d65cc0bdcc24d9ac1256b49003bdbb5/$FILE/relaz1-240.pdf), 29/08/2004, 16 h 12’.

¹³⁰ Cf. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001, p.87.

¹³¹ *Artigo 7.º (Abuso de dependência económica):*

1- É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

Com efeito, segundo a nova legislação, o juiz deverá reconhecer configurada a inexistência de alternativa equivalente, quando o fornecimento do bem ou serviço for assegurado por número restrito de empresas, e quando a parte economicamente dependente não puder obter idênticas condições de outros parceiros comerciais, em um prazo razoável.

Ainda que a norma portuguesa tenha avançado em relação ao tema, esta deixa muitas lacunas a serem preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência, dada a extensão de termos carentes de valoração, como a quantidade mínima de outros fornecedores no mercado e o prazo considerado razoável para substituição de parceiros comerciais.

Além disso, certamente, a exigência de identidade absoluta de condições deverá ser relativizada pelos tribunais, em favor da parte com poder econômico, tendo em vista que a obtenção de condições idênticas de fornecimento entre diferentes produtores é na prática bastante improvável, mesmo na ausência desse poder.

3.4 ALEMÃ

A legislação alemã de repressão ao abuso de situação de dependência econômica é considerada modelo para as normas posteriormente reproduzidas pelas legislações de outros países.¹³²

2- *Pode ser considerada abusiva, designadamente: a) A adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 4.º; b) A ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da actividade económica e as condições contratuais estabelecidas.*

3- *Para efeitos da aplicação do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando: a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.*

¹³² A derivação das legislações nacionais em relação ao direito alemão é reconhecida na França por Martins BEHAR-TOUCHAIS e Georges VIRASSAMY, Georges **(Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p.71). José Paulo Fernandes Mariano PEGO **(A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001, p.86-87) destaca que também o direito austríaco foi influenciado pela noção alemã de abuso de dependência econômica, inserida no § 34. (2) da *Kartellgesetz* de 19 de outubro de 1988, que após referir-se aos empresários que detêm posição dominante absoluta no (1), definiu como dominador de mercado também o empresário que “*tenha uma posição de mercado prevalecente perante os seus clientes ou fornecedores; tal situação verifica-se nomeadamente quando estes, por forma a evitar sérios prejuízos económico-empresariais, estejam dependentes da manutenção das relações comerciais (com o empresário que sobre eles exerce domínio*”.

A tutela legal da dependência econômica na Alemanha inicia-se com a reforma em 03 de agosto de 1973 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* de 1957, proibindo práticas discriminatórias por parte de empresas ou associações de empresas, em relação a pequenos e médios fornecedores ou clientes economicamente dependentes.

Atualmente, o abuso de dependência econômica está previsto no § 20 (2) da *GWB*. A norma alemã é bastante ampla,¹³³ contemplando a tutela tanto que vendedores quanto de compradores, desde que estes dependam dos bens ou serviços de sua contraparte, de maneira tal que não haja possibilidade suficiente ou razoável de substituí-los por outros.

Segundo a legislação alemã, o estado de dependência econômica é caracterizado por: (i) pequena capacidade econômica da parte economicamente dependente, devendo ser um pequeno ou médio empreendimento; (ii) onerosidade excessiva, caso haja a substituição da outra parte, que representa o vínculo de dependência econômica; (iii) e benefícios extraordinários obtidos pela contraparte, demonstrando o comportamento abusivo.

3.5 BRASILEIRA

Não há, no Brasil, norma expressa sobre o abuso de dependência econômica. Essa constatação, no entanto, não significa que o direito brasileiro

¹³³ Uma tradução para o inglês da legislação antitruste alemã pode ser encontrada no *site* de sua autoridade antitruste (www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/02_GWB_e.PDF): *Section 20 (Prohibition of Discrimination; Prohibition of Unfair Hindrance)*.

(1) *Dominant undertakings, associations of undertakings within the meaning of Sections 2 to 8, 28 (1) as well as Section 29, and undertakings which set retail prices pursuant to Sections 15, 28 (2) 29 (2) and Section 30 (1), shall not directly or indirectly hinder in an unfair manner another undertaking in business activities which are usually open to similar undertakings, nor directly or indirectly treat it differently from similar undertakings without any objective justification.*

(2) *Subsection (1) shall apply also to undertakings and associations of undertakings insofar as small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of certain kinds of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient or reasonable possibilities of resorting to another undertakings do no exist. A supplier of a certain kind of goods or commercial services shall be presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this purchaser regularly obtains from this supplier, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers.*

(3) *Dominant undertakings and associations of undertakings within the meaning of subsection (1) shall not use their market position to cause other undertakings in business activities to grant them preferential terms without any objective justification. Sentence (1) shall apply also to undertakings and associations of undertakings within the meaning of subsection (2) sentence 1, in relation to the undertakings which depend on them.*

não tutele tais situações juridicamente relevantes, mesmo que indiretamente, ao tratar do abuso de poder econômico.

Historicamente, a Constituição de 1946, cuja edição coincide com o final da segunda guerra mundial, em meio ao clamor pela democratização plena dos Estados após a experiência com as ditaduras nazista e fascista na Europa e a organização constitucional do regime democrático em termos políticos, econômicos e sociais, é a primeira Constituição brasileira a conceder, especificamente, à tutela concorrencial, o papel de repressora do abuso do poder econômico.¹³⁴

Atualmente, o parágrafo quarto do artigo 173 da Constituição Federal de 1988 determina de forma expressa que *“a lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

¹³⁴ Tanto a Constituição Imperial de 1824 quanto a primeira Constituição Republicana de 1891 foram escritas sob a égide do pensamento liberal, e, portanto, não contêm qualquer dispositivo que admita a intervenção do Estado no domínio econômico, reservado exclusivamente à iniciativa e aos interesses de particulares. No início do século XX, algumas vozes levantam-se para denunciar a apatia do direito brasileiro em relação à *questão social* (Termo utilizado no discurso de Rui Barbosa no Senado Federal em 1919. Ver **Tribunal Parlamentar. República**, 1919, p. 256-273 *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69). Datam de então, os primeiros registros do reconhecimento da incapacidade do direito de índole liberal de suprir as emergentes necessidades sociais das massas de trabalhadores submetidos a regimes de exploração. Contudo, revisada em 1926, a Constituição Republicana manteve-se inalterada nesse particular. Somente após a primeira guerra mundial, sob a forte influência das experiências constitucionais estrangeiras do México e de Weimar, a Constituição de 1934 registrou a limitação do exercício do direito de propriedade aos interesses sociais, e inovou ao conceber um título reservado à Ordem Econômica e Social. Instituiu-se, ao lado da propriedade privada, objetivos a serem alcançados pela ordem econômica: possibilitar a todos uma existência digna, a proteção social do trabalhador e a defesa dos interesses econômicos nacionais. Além disso, previu-se a possibilidade da União monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, bem como promover o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito e das empresas de seguros. Não merece muitos comentários a Constituição de 1937, de pouca projeção prática, em decorrência da adoção do estado de emergência e do governo por decretos-lei pelo Poder Executivo ditatorial e totalitário, que apenas manteve os avanços de sua predecessora. A Ordem Econômica preconizada pela Constituição de 1967 e pela Emenda de 1969 visou a satisfazer, especialmente, os reclamos da ideologia da segurança nacional, implementada pelo regime revolucionário de 1964. O objetivo quase que exclusivo do desenvolvimento econômico, portanto, era a manutenção da segurança do Estado, ficando em segundo plano a dignidade da pessoa humana. Ao Estado cabia o planejamento e a direção da economia, estimulando e apoiando as empresas privadas ou intervindo diretamente em setores considerados estratégicos ou sensíveis à segurança nacional. A Constituição de 1988, rompendo com o regime anterior, devolveu o caráter social à Ordem Econômica. Trabalho, capital e Estado devem cooperar para o desenvolvimento nacional, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, em que a existência do cidadão seja dignificada pelo seu trabalho. Além disso, a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada não se justificam por si mesmas, cabendo-lhes o cumprimento de sua função social.

A lei a que se refere o artigo 173 da Constituição Federal de 1988 é a Lei Ordinária n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, cujo artigo primeiro enfatiza que *“esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de (...) repressão ao abuso de poder econômico”*. Dentre as principais características da Lei n.º 8.884/1994 está a sua abrangência ampla, prevista no artigo 20, equivalente a todo ato sob qualquer forma manifestado, independentemente de culpa, que possa produzir determinados efeitos, divididos em quatro categorias: limitar, falsear e ou de qualquer forma prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência; dominar mercado relevante de bens ou serviços por qualquer forma que não seja a maior eficiência; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

Portanto, não se vislumbram dificuldades para que as hipóteses de abuso de dependência econômica, tratadas anteriormente, amoldem-se à previsão legal do artigo 20 da Lei n.º 8.884/1994. Tanto que o artigo 21 da mesma Lei, que contém um rol exemplificativo de condutas caracterizadoras de infração da ordem econômica, prevê algumas situações relacionadas ao abuso de dependência econômica, como a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de fornecedor ou adquirente de bens ou serviços (inciso V); a imposição, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamentos, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros (inciso XI); a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços (inciso XII); a recusa de venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais (inciso XIV); e destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados à produção, distribuição ou transporte de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados (inciso XV).

Vale mencionar que a previsão contida no artigo 473 do Código Civil Brasileiro, embora não constitua norma antitruste, regula a dependência econômica pelo viés contratual, ao prescrever que a denúncia unilateral, nos casos legalmente admitidos, somente produzirá efeitos após a parte responsável por inversão considerável de capital, ser remunerada de acordo com a natureza e vulto dos investimentos.

4. O COMPORTAMENTO ABUSIVO

4.1 AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS

A coibição do aumento arbitrário de lucros encontra-se presente na legislação antitruste desde o Decreto-Lei n.º 869/1938, tendo sido incorporada à Constituição Federal em 1946, sendo objeto do atual art. 173, § 4.º da Constituição Federal de 1988.

No nível infraconstitucional, o artigo 20, III, da Lei n.º 8.884/1994 estende ao aumento arbitrário de lucros, a qualificação de infração da ordem econômica. Seu objetivo, sem maiores rodeios, enseja a defesa do consumidor, entendido não como usuário final, mas como o adquirente de produto ou serviço, independentemente do poder de mercado do vendedor,¹³⁵ embora a livre concorrência e a livre iniciativa sejam relativamente favorecidas por essa norma,¹³⁶ conforme já vem entendendo a doutrina nacional.

No entanto, é perfeitamente aplicável a noção de aumento arbitrário de lucros à de abuso de estado de dependência econômica, no qual não há necessariamente um poder de mercado, ou este não é o fator determinante.

Buscando-se o fundamento constitucional dessa interpretação, nota-se que a Constituição Federal de 1988 também não faz menção à posição dominante como requisito para a configuração do aumento arbitrário de lucros, mas, antes, ao abuso de poder econômico, que, como anteriormente exposto, pode manifestar-se tanto pelo abuso de posição dominante como pelo abuso de estado de dependência econômica, no que se considere o lado da oferta ou da demanda, respectivamente.

Portanto, não se pode considerar a defesa do consumidor como único objetivo da norma. Este novo viés conferido à noção de lucros arbitrários, ou ilegítimos,¹³⁷ não há de ser desprezado pela sistematização doutrinária,¹³⁸

¹³⁵ Em sentido contrário Calixto SALOMÃO FILHO (**Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94-97) não admite a dissociação da norma de repressão ao aumento arbitrário de lucros do exercício abusivo de posição dominante.

¹³⁶ Conforme Paula A. FORGIONI (**Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 283), trata-se da *segunda alma* da Lei n.º 8.884/1994, que de um lado protege a livre concorrência e livre iniciativa, e de outro o consumidor.

¹³⁷ *Profits illégitimes* é a expressão utilizada no direito Francês, conforme BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 125-127.

sendo mais correto reportar-se ao inciso III do artigo 20 da Lei n.º 8.884/1994 como a tutela das situações em que o exercício abusivo de poder econômico não está diretamente relacionado ao poder de mercado. Para melhor dizer, trata-se de infrações da ordem econômica, em razão de posição dominante relativa.

Lucros arbitrários não são sinônimos de lucros excessivos. Com efeito, não há uma limitação na Constituição Federal quanto ao grau de auferimento de lucros, talvez até pela dificuldade de controle do resultado das empresas, o qual é deixado sob a tutela do mercado, e que serve como estímulo à livre concorrência e à livre iniciativa. A infração à ordem econômica ocorre quando o aumento de lucros não é o resultado de correspondente melhoria de eficiência do agente, mas da manifestação abusiva de poder econômico sobre concorrentes e não-concorrentes (distribuidores/fornecedores).

A despeito da denominação utilizada pelo legislador, não é necessário que haja efetivamente um lucro por parte do agente dotado de posição dominante relativa. Afinal, como indicado anteriormente, o lucro como resultado contábil é comumente manipulado, ou mesmo em razão de outros fatores, como eventuais ineficiências do agente, ou perdas decorrentes de estratégias equivocadas. Arbitrária, então, deve ser a vantagem econômica obtida pelo agente a partir do comportamento oportunista, independentemente do seu efetivo resultado contábil.¹³⁹

4.2 ABUSO PRÉ-CONTRATUAL

O abuso pré-contratual, de forma geral, está relacionado aos atos anteriores à contratação, praticados de forma a falsear as bases do negócio, influenciando a legítima expectativa da outra parte.

Nos contratos de distribuição, como a contratação é realizada por adesão, pode-se afirmar que o abuso pré-contratual adquire especial relevância para o estudo do abuso de estado de dependência econômica.

¹³⁸ Essa mudança foi percebida também por Daniel Krepel GOLDBERG (**Poder de compra e política antitruste**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 161), que reconhece que o aumento arbitrário de lucros não está ligado necessariamente a preços altos, uma vez que pode também ser obtido a partir da aquisição de insumos por um valor inferior àquele que seria praticado em um mercado competitivo.

A fluência das relações comerciais, desde há muito,¹⁴⁰ tem considerado a importância de regras de relacionamento entre as partes que se ajustem às mais variadas situações, tornando-se norma, mesmo que não escrita nos contratos, que as partes devem pautar suas ações de acordo com a boa fé (objetiva). O Código Civil Brasileiro, inovando em relação ao seu antecessor de 1916, destaca a boa fé objetiva como condição de validade das obrigações, tanto na execução quanto na conclusão do contrato (art. 422).

A boa fé objetiva, em todo e qualquer contrato, adquire, em um primeiro nível, noção negativa e elementar de não agir com má fé, e, em um segundo, a obrigação positiva de cooperação entre as partes. Dentre as diversas manifestações da boa fé objetiva, destaca-se a obrigação de prestar as devidas informações, o que constitui importante fator de lealdade pré-contratual, uma vez que a parte proponente das cláusulas do contrato de distribuição será aquela com poder econômico, e que normalmente possui melhores conhecimentos sobre o seu negócio do que a contraparte, podendo ficar tentada a explorar tal falha de informação em seu benefício.

O abuso pré-contratual pode ser definido tanto pela informação ou omissão de informação enganosa em relação a vantagens econômicas decorrentes da contratação,¹⁴¹ frustrando as expectativas legítimas da outra parte quanto à lealdade de seu comportamento, pela imposição de cláusulas e condições abusivas na contratação, explorando o estado de dependência econômica da contraparte, como em situações de escassez de matéria-prima no mercado.

4.3 MODIFICAÇÃO DO CONTRATO

Com base nas teorias de R. H. COASE e O. E. WILLIAMSON, a noção dos custos de transação se desenvolve, no que se refere à incerteza subjacente

¹³⁹ Cf. FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 416.

¹⁴⁰ No Brasil, o Alvará de 16 de dezembro de 1771 já consagrava a existência de valores gerais derivados dos usos e costumes da praça, que deveriam ser obrigatoriamente observados nas relações comerciais.

¹⁴¹ Daí porque, nas franquias, o franqueador é obrigado, segundo o direito brasileiro, a apresentar ao franqueado previamente à conclusão do contrato um documento especificando detalhadamente as bases do negócio, em relação ao qual o relacionamento entre as partes fica vinculado. Não é este o costume, entretanto, nas demais relações comerciais.

às relações de mercado quanto a comportamentos oportunistas de agentes econômicos, que poderão se ver tentados a modificar em um segundo momento as bases do negócio firmado; a explorar, com especial ênfase, falhas de informação. Portanto, práticas concernentes à modificação do contrato são verificadas, como imposição de preços retroativos, conduta adotada principalmente pelos distribuidores detentores de poder de comprador, não escondem o caráter abusivo da manifestação do poder econômico, em que a parte consegue obter vantagens, desvinculadas de qualquer fundamento calcado no aumento de eficiência, que não conseguiria de outra forma obter, em dada situação perfeitamente competitiva.

Ora, em situação de dependência econômica, a parte débil, mesmo não concordando materialmente com a modificação das bases do negócio, acaba sucumbindo e anuindo ao contrato formalmente, pela inexistência de alternativa equivalente ao fornecedor ou distribuidor, que lhe permita, alternativamente, romper com a submissão à vontade da sua contraparte, e encerrar a relação jurídica.

4.4 ROMPIMENTO DO CONTRATO

A forma de abuso de estado de dependência econômica nos contratos de distribuição mais recorrentemente apreciada pelos tribunais, certamente, é o rompimento abusivo da relação contratual, em que se aproveita de um direito contratual ou legal de denúncia imotivada do contrato ou mesmo de resolução natural dos contratos por prazo determinado ao atingir seu termo final,¹⁴² para o enriquecimento sem causa, advindo da apropriação de investimentos não compensados pela outra parte. Como se pode perceber, o rompimento do contrato de distribuição possui dimensão interna, relativa ao relacionamento entre produtor e distribuidor, e dimensão externa, dos seus efeitos sobre a concorrência.¹⁴³

¹⁴² Em regra, os contratos de distribuição possuem uma expectativa legítima das partes de duração das obrigações por longo prazo, mesmo quando no contrato existe cláusula prevendo termo final, sempre que os investimentos idiossincráticos fizerem pressuposição de prazo diverso, mais de acordo com o efetivo escopo da inversão de capital.

¹⁴³ Cf. FORGIONI, Paula. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 448.

Há muito consagrou-se na doutrina o postulado que nenhuma parte está obrigada a vincular-se eternamente ou de forma vitalícia por meio de um contrato, de onde se deriva que nas obrigações sem prazo determinado, qualquer das partes pode denunciar o contrato mediante comunicação à outra parte, sem precisar fundamentar sua intenção em justa causa. Assim, a resolução dos contratos em que não há um prazo determinado é um direito da parte, de onde não se pode afirmar sem o risco de imprecisão técnica, que o rompimento contratual nos contratos de distribuição será presumidamente abusivo.

Entretanto, o direito de rompimento unilateral do contrato por prazo indeterminado, enquanto desnecessária a justa causa, não pode importar em abuso de direito. Fazendo-se um paralelo com o direito do trabalho brasileiro, que ressalvadas as suas especificidades, também tutela relações em que uma das partes possui expectativa legítima de longa duração do contrato, embora seja permitida a denúncia vazia, proíbe-se o rompimento abusivo, que é aquele destinado à consecução de fins ilícitos, como a adoção de práticas discriminatórias, vedadas especialmente no inciso IV do artigo 3.º da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao rompimento do contrato de distribuição, a abusividade pode ser manifesta pela intenção de apropriação, por uma das partes, dos custos idiossincráticos incorridos pela sua contraparte, os quais podem ser também *sunk costs*. Por exemplo, é recorrente a prática pela qual o fornecedor, após ingressar em determinado mercado e consolidar sua participação, graças aos esforços desaprendidos do distribuidor diligente, que suportou os custos decorrentes da promoção dos produtos na expectativa de obter retorno a longo prazo, esse mesmo fornecedor denunciar unilateralmente o contrato, para integrar a distribuição direta às suas atividades, ou alterar as bases do negócio para excluir da carteira de clientes conquistada pelo distribuidor, os maiores consumidores.

De forma geral, a condição de abusividade reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacionais deriva da ausência de *tempo razoável* após a notificação prévia da resolução contratual, configurando a chamada denúncia

abrupta.¹⁴⁴ A razoabilidade do tempo concedido à parte economicamente dependente, para encontrar uma alternativa equivalente à contraparte, varia de acordo com as características de cada caso, como volume de investimentos, critérios do mercado, etc.

Nesses casos, a preocupação do direito brasileiro com a denúncia unilateral dos contratos, por cuja natureza uma das partes haja feito investimentos consideráveis para sua execução, não passa despercebida, sendo, primeiramente, resultado da construção pretoriana, e posteriormente incorporada ao Código Civil Brasileiro, no parágrafo único do artigo 473, o qual dispõe que o rompimento das relações contratuais em tais circunstâncias somente produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza (recuperável ou irrecuperável) e o vulto dos investimentos.

Por outro lado, não se pode deixar de admitir a existência de certa legitimidade da parte responsável pela condução geral do negócio, de evitar um aviso prévio longo, devido a, de certa forma, uma esperada redução na qualidade dos serviços prestados pela contraparte, que passará a reduzir os investimentos em rotinas vinculadas ao contrato, desviando-os para outros ou novos contratos, ou mesmo desmontando as estruturas criadas para atendimento específico do mercado, relevante em evidência para minimizar os prejuízos. Seria injusto obrigar-se a parte a manter vínculos contratuais, quando não há vedação legal ou contratual para a denúncia unilateral do contrato, causando-lhe danos de difícil ou incerta reparação, pois esta dependeria quase que exclusivamente de análise subjetiva do comportamento da outra parte, após tomar conhecimento do prazo para a resolução contratual.

Como não poderia deixar de ser, a parte que desejar resolver o contrato em curto prazo, não pode ser obstada a adotar as medidas que entender mais convenientes ao seu negócio, desde que indenize previamente sua contraparte pelas perdas e danos, lucros cessantes, e fundo de comércio. Entende-se ser plenamente legal eventual acerto consensual, no qual as partes dão-se mútua quitação das obrigações decorrentes da relação contratual, conforme admite o Código Civil Brasileiro, transacionando sobre seus interesses, com o objetivo

¹⁴⁴ Conforme Paula A. FORGIONI (**O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 452-469) que promoveu extenso levantamento da casuística nacional, equivalente a mais de vinte anos de desenvolvimento jurisprudencial sobre o tema.

de prevenirem eventual litígio (artigo 840), acerto esse limitado, logicamente, aos efeitos privados do encerramento contratual (artigo 841), que são distintos dos efeitos concorrenciais sobre o mercado intramarca, entremarca e o bem-estar do consumidor.¹⁴⁵

A validade dessa avença, que se justifica especialmente pela capacidade de pacificação social das relações interindividuais, é reforçada pela presumível inexistência de fatores externos à livre manifestação de vontade das partes, que com o rompimento do contrato, nada mais tem a temer em relação a eventual capacidade do agente, com poder econômico de adotar represálias contra a parte débil. No entanto, à vista de fatores, como necessidade da parte de submeter-se à transação, sob pena de inviabilização econômica do empreendimento (*threat point*), ou reputação em um mercado ascendente oligopolizado, a presunção de legalidade da transação pode ficar bastante fragilizada.

Note-se que a recuperação de custos idiossincráticos não é o único mote da antijuridicidade da resolução abusiva. É que esta pode constituir, para além do exercício legítimo de um direito, mesmo que não haja relevante dependência em função do relacionamento das partes, penalidade impingida contra a parte que se nega a submeter-se à modificação do contrato ou que se rebela contra a exigência de efetivo cumprimento de cláusulas abusivas impostas pela parte dotada de poder econômico,¹⁴⁶ que servirá, inclusive, como ameaça aos demais fornecedores ou distribuidores, contra a adoção de comportamentos análogos. Nesta hipótese, portanto, fica evidente a abusividade de um direito eminentemente legal, em função do seu exercício para fins ilícitos.

¹⁴⁵ Cf. FORGIONI, Paula A. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p. 493-499.

¹⁴⁶ Ives Gandra da Silva MARTINS (Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – inexistência de justa causa – enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração, do trabalho alheio – conformação do abuso e poder econômico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: RT, ano 16, n. 62, out./dez. 1992, p.128-139), embora não faça menção à teoria do abuso de estado de dependência econômica, destaca a normalidade da relação contratual de concessão comercial, mesmo quando claramente desequilibrado o contrato, enquanto “não acionadas” as cláusulas abusivas.

Neste sentido, é bastante emblemática a decisão do TJSP, submetida a Recurso Especial,¹⁴⁷ na qual o distribuidor pretendia a anulação de cláusula contratual que permitia a redução potestativa das suas margens de comercialização pelo fornecedor e indenização pelas perdas e danos sofridos. Embora a fundamentação do acórdão tenha sido de abuso de posição dominante, na verdade, tratava-se de uma hipótese de evidente abuso de dependência econômica, pela qual o distribuidor era coagido a aceitar a ingerência do fornecedor sobre a gestão do seu negócio, sob ameaça de denúncia unilateral do contrato, conforme admitido no referido instrumento contratual.

Nos contratos celebrados por prazo determinado, a solução pode não ser muito diferente. É que a expectativa de longa duração das relações entre fornecedores e distribuidores em um contrato de distribuição pode mitigar o prazo formal de duração do contrato, especialmente se houver cláusula prevendo sua recondução tácita. Assim, muitas vezes, a cláusula que determina o prazo de vigência do contrato não possui outro fim, senão permitir à parte detentora de poder econômico, esquivar-se do pagamento de indenização e ainda manter a outra parte sob constante ameaça de não-renovação.¹⁴⁸ Tal expectativa não pode ser olvidada, especialmente se a outra parte demanda investimentos irrecuperáveis até o final do contrato, antecipa pedidos para entrega em período posterior ao prazo contratual, e ingressa em negociações de renovação das obrigações, demonstrando que não há a intenção de encerramento contratual no curto prazo.

¹⁴⁷ Recurso Especial n.º 39.761, julgado em 04 de março de 1999, relatado pelo Ministro Fontes de Alencar.

¹⁴⁸ Cf. BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 146-147.

CONCLUSÃO

O contrato de distribuição possui características próprias que permitem distingui-lo de outras técnicas de distribuição de produtos e serviços, principalmente, no que se refere à autonomia jurídica e patrimonial do distribuidor, no desenvolvimento de suas atividades de compra dos produtos do fornecedor, visando a sua revenda ao consumidor ou usuário final. Em última análise, a tipificação social ou de fato do contrato de distribuição, como forma ampla de concessão comercial, justifica-se pela sua função econômica bastante definida perante os comerciantes.

O desempenho da função econômica do contrato de distribuição implica em que as partes ingressem em um relacionamento de duração equivalente à natureza e volume dos investimentos de cada parte, criando expectativa legítima de longa duração do contrato, mesmo que formalmente este contenha cláusula definindo seu termo final.

Por essa razão, pode-se situar o contrato de distribuição dentro da doutrina dos contratos relacionais e dos contratos-quadro. Curiosamente, sendo a primeira de origem estadunidense, e a segunda européia, não há um verdadeiro diálogo entre as referidas doutrinas, embora cada uma destaque aspectos relevantes diversos da mesma realidade.

No contrato de distribuição, uma das partes pode ser levada a uma situação em que a ausência de alternativa equivalente possa torná-la economicamente dependente da outra parte. Para que se configure a dependência econômica, faz-se desnecessária a existência de poder de mercado absoluto, bastando que haja poder econômico relativo à parte economicamente dependente.

A debilidade econômica da parte economicamente dependente é requisito essencial para a configuração jurídica do estado de dependência econômica. De fato, a figura jurídica do estado de dependência econômica foi criada para a defesa das pequenas e médias empresas, chegando o direito alemão a limitar expressamente o escopo de aplicação da sua legislação. É que as grandes empresas e conglomerados econômicos possuem condições de contraporem-se com maior eficiência utilizando-se do mercado, do que a partir da tutela estatal,

inclusive pelo grau de incerteza desta, em relação às reais condições do mercado.

Por tudo isso, a dependência econômica nos contratos de distribuição é uma realidade inegável, embora em si mesma não corresponda a infração da ordem econômica. Como espécie de manifestação de poder econômico, a dependência econômica é apenas fator estrutural do sistema econômico capitalista. E tal como aquele, apenas as condutas abusivas, compreendidas no sentido do desvio da função social da propriedade dinamicamente considerada, carecem da tutela pacificadora das relações sociais exercida pelo direito.

Mas não somente isso, a garantia de efetivação positiva da constituição econômica gera a necessidade de que as relações econômicas, tuteladas pelo direito, sirvam a um propósito definido pelos representantes do poder constituinte, o único politicamente legitimado para tanto.

No Brasil, mesmo na ausência de norma específica em relação ao presente tema, vislumbra-se no artigo 20 da Lei n.º 8.884/1994 tipificação suficiente do fenômeno econômico abusivo, para autorizar a sua aplicação pelas autoridades antitruste. O que se espera é que esses órgãos, sensíveis à nova realidade imposta pelo desenvolvimento do capitalismo de massa, confirmem à posição dominante relativa, especialmente nos contratos de distribuição, tratamento correspondente aos efeitos prejudiciais à ordem econômica, já identificados pela ciência econômica e reconhecidos pelo direito comparado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio – classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos – os contratos relacionais – a boa-fé nos contratos relacionais – contratos de duração – alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva – sinalagma e resolução contratual – resolução parcial do contrato – função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 94, v. 832, fev. 2005, p. 115-137.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. **Les contrats de la distribution**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Breve introdução ao direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**. Paris: Librairie Sirey, ano 16, n. 3, jul./set. 1963, p. 451-504.

_____; DANET, Didier. NRE. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**. Paris: Éditions Dalloz, n. 1, jan./mar. 2002, p. 17-31.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, n. 18, 1975, p. 53-54.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, p. 71-79.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMPETITION AND ANTITRUST AUTHORITY: A TEN YEAR APPRAISAL OF THE ITALIAN ANTITRUST LAW. **Conference Proceedings - Roma, 9-10 October 2000**. Disponível em: <[http://www.agcm.it/AGCM_ITA/OPUSCOL/COMEFUNZ.NSF/0/5d65cc0bdcc24d9ac1256b49003bdbb5/\\$FILE/relaz1-240.pdf](http://www.agcm.it/AGCM_ITA/OPUSCOL/COMEFUNZ.NSF/0/5d65cc0bdcc24d9ac1256b49003bdbb5/$FILE/relaz1-240.pdf)>. Acesso em 29 Ago. 2004.

COURTÈS, Marc. **Dependance economique et abus de dependance economique en droit de la concurrence et en droit des contrats**. Tese de doutorado. França : Universidade Mont Pellier 1, jul. 1999.

D'ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, v. 42, n. 2, 2001, p. 1393-1433.

DOBSON, Paul W. **Retailer buyer power in European markets: lessons from grocery supply**. Business School Research Series. England: Loughborough University, 2002.

DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael. **Vertical restraints and competition policy**. London: Office of Fair Trading, Research Paper 12, 1996.

DOBSON, Paul W.; WATERSON, Michael; CHU, Alex. **The welfare consequences of the exercise of buyer power**. London: Office of Fair Trading. Research Paper 16, 1998.

DOBSON, Paul W. *et al.* **Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the european union**. Prepared for the European Commission in June 2000. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs>>. Acesso em 29 ago. 2005.

FAGUNDES, Jorge Luiz. S. S. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**. São Paulo: Singular, 2003.

_____. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC**. São Paulo: IBRAC, p. 129-147.

FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

FARINA, Juan M. **Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.

FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, n. 19, jul./set. 1996, p. 25-67.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Imprensa Nacional, n. 21, out./dez. 1995, p. 23-30.

_____. Resilição unilateral de relações comerciais de prazo indeterminado e a lei de defesa da concorrência. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 1, n. 4, jul./set. 1993, p. 271-279.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Resilição unilateral de relações comerciais de prazo indeterminado e a lei de defesa da concorrência. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 1, n. 4, jul./set. 1993, p. 271-279.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, ano XLII, n. 130, abr./jun. 2003, p. 7-38.

_____. **O contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Imprensa Nacional, n. 21, out./dez. 1995, p. 75-120.

GONÇALVES, Priscila Brólio. **A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição**. São Paulo: Singular, 2002.

_____. **A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição**: análise dos aspectos concorrenciais. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

GOYDER, Joanna. **EU distribution law**. 3. ed. Bembridge: Palladian Law Publishing, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

GUYENOT, Jean. Les conventions d'exclusivité de vente. **Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique**. Paris: Librairie Sirey, p.513-537.

HOCSMAN, Heriberto Simón. Concesión comercial. In: ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico: contratos – parte especial**. V. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

ITÁLIA. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Competition and Antitrust Authority: A ten year appraisal of the Italian Antitrust Law. Conference Proceedings, Roma, 9-10 October 2000. Disponível em: <[http://www.agcm.it/AGCM_ITA/OPUSCOL/COMEFUNZ.NSF/0/5d65cc0bdcc24d9ac1256b49003bdbb5/\\$FILE/relaz1-240.pdf](http://www.agcm.it/AGCM_ITA/OPUSCOL/COMEFUNZ.NSF/0/5d65cc0bdcc24d9ac1256b49003bdbb5/$FILE/relaz1-240.pdf)>. Acesso em 29 ago. 2004.

LEAL, João Paulo G. Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act. **Revista do IBRAC**. São Paulo: IBRAC, p. 149-196.

LEBRETON, Sylvie. **L'Exclusivite contractuelle et les comportements opportunistes: étude particulière aux contrats de distribution**. Paris: LITEC, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, ano 9, n. 35, jul./set. 2000, p. 113-122.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – inexistência de justa causa – enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração, do trabalho alheio – conformação do abuso e poder econômico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: RT, ano 16, n. 62, out./dez. 1992, p.128-139.

MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. **Microeconomic theory**. New York: Oxford University Press, 1995.

MAZZAROTTO, Nicola. **Competition policy towards retailers: size, seller market power and buyer power**. Centre for Competition & Regulation of the School of Economics and Social Studies of the University of East Anglia, UK. Disponível em: <<http://www.ccr.uea.ac.uk/workingpapers/ccr01-4.pdf>>. Acesso em 03 jun. 2004.

- MELO, Claudineu de. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Buying power of multiproduct retailers*. Roundtable on Buying Power, Paris, October, 1998.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 4. ed. Trad. Luis Felipe Cozac *et alli*. São Paulo: Makron Books, 1999.
- PLAISANT, R. Les contrats d'exclusivité. **Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique**. Paris: Librairie Sirey, ano 17, 1964, p. 1-28.
- PROSPERI, Francesco. Subfornitura industriale, abuso de dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale. **Rassegna di diritto civile**. Nápoli, n.3, 1999, p.639-687.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e distribuição. **Revista trimestral de Direito Civil**. São Paulo: Editora Padma, v. 19, jul./set. 2004, p. 3-28.
- REQUIÃO, Rubens. **Do contrato de representante comercial**. Forense: Rio de Janeiro, 1968.
- REQUIÃO, Rubens Edmundo. **A nova regulamentação do contrato de representação comercial autônoma**. [S.l.]: JM Editora, [199?].
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SAYAG, Alain. **Le contrat-cadre: 2. La distribution**. Paris: LITEC, 1995.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Abuso de poder econômico e (i)legitimidade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: RT, ano XXXIII, n. 95, jul./set. 1994, p. 57-63.
- _____. Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro. **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 1, n. 4, jul./set. 1993, p. 280-294.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 92, n. 812, jun. 2003, p. 22-40.

_____; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – regime no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 28, mar./abr. 2004, p. 119-160.

VICIANO, Javier. **Libre competencia e intervencion publica em la economia**: acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal. Valência, Espanha: Ed. Tirant lo Blanch, 1995.