

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARCELO POLO**

**A DISCRIMINAÇÃO DE PREÇO NAS REDES CONTRATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO**  
**- ABORDAGEM CIVIL E CONCORRENCIAL**

**PORTO ALEGRE**  
**2011**

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARCELO POLO**

**A DISCRIMINAÇÃO DE PREÇO NAS REDES CONTRATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO**  
**- ABORDAGEM CIVIL E CONCORRENCIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, área de concentração Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini.

**PORTO ALEGRE**  
**2011**

**A Deus, que é Pai.**

**A meus amados pais, Marco e Teresinha.**

**A meus amados irmãos, Flávia e Tiago.**

## AGRADECIMENTOS

Após um árduo trabalho, em que, talvez, não tenhamos obtido o resultado idealizado, mas na certeza de que o resultado possível, ora apresentado, é fruto de uma pesquisa séria, de reflexão profunda e de debate honesto, dentro da concepção científica que consideramos adequada, qual seja, a de fornecer, tanto quanto possível, as respostas mais precisas aos temas enfrentados, chega a feliz hora de agradecermos a todos que colaboraram para que o resultado fosse alcançado.

Aos Professores, Professores mesmo, com letra maiúscula, que tive na graduação e na pós-graduação da querida Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pessoas e instituição a que tudo devo. Pessoas que me ensinaram, de fato, a pensar cientificamente o Direito, as suas possibilidades, as suas limitações, o seu modo de aplicação, as linhas dentro das quais uma solução adequada é possível, e que não é possível qualquer solução. Tenho o dever de nominar aqueles que realmente marcaram o meu “caráter” acadêmico, em ordem alfabética pela real impossibilidade de estabelecimento de uma hierarquia: ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, CARLOS KLEIN ZANINI, CESAR VITERBO MATOS SANTOLIM, CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, CLÁUDIA LIMA MARQUES, DOMINGOS SÁVIO DRESCH DA SILVEIRA, HUMBERTO B. ÁVILA, JUDITH H. MARTINS-COSTA, LUIZ FERNANDO BARZOTTO, MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, NORBERTO C. DA COSTA MAC-DONALD, TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO e VÉRA M. JACOB DE FRADERA. Instituição em que pude estudar e na qual nada me faltou, que, pelo trabalho dessas pessoas e de muitas outras e pela versão de recursos públicos, mantém e procura ampliar o nome de respeito já adquirido dentre as demais instituições de ensino jurídico do Brasil e do exterior.

Ao meu orientador, Professor CARLOS KLEIN ZANINI, Professor dinâmico e dotado de invulgar inteligência, pragmático e bem-humorado, Advogado com quem iniciei meus passos na vida profissional, por meio de estágio acadêmico, com quem pude debater os temas ora tratados e que muito me incentivou no caminho do Mestrado.

Aos Professores JORGE CESA FERREIRA DA SILVA e PETER WALTER ASHTON, que participaram da minha Banca de Qualificação, pela gentileza de aceitar o convite, pela leitura atenta do texto e pelas importantes e acatadas sugestões que fizeram.

Aos Professores que competentemente participaram da Banca de Defesa da dissertação: Professor Doutor CRISTIANO DE SOUZA ZANETTI, Professor Doutor CESAR VITERBO MATOS SANTOLIM e Professor Doutor LUIZ CARLOS BUCHAIN. A participação desses Professores engrandeceu o trabalho e muito me honra. Foram feitas críticas em tudo atentas e pertinentes com o objeto específico do estudo, que foram amplamente acolhidas. Foram debatidos, em um clima de cordialidade acadêmica, os pontos principais do tema enfrentado, tanto na perspectiva do direito civil-contratual, quanto na do direito concorrencial. Enfim, para além de uma Banca examinadora, foi uma produtiva manhã de debate acadêmico em torno do tema proposto na presente dissertação.

À Professora PAULA FORGIONI, que gentilmente indicou e cedeu obras bibliográficas para o melhor estudo do tema no campo concorrencial.

À Dra. TÂNIA DA CONSOLAÇÃO BAHIA CARVALHO SIQUEIRA, Advogada com quem tive a alegria de trabalhar e conviver no jurídico da Petrobras Distribuidora, que ela gerencia com competência ímpar, pelo crescimento profissional que lá tive e onde o interesse pelo tema surgiu. Agradeço, ainda, à competente colega que atuou comigo no Rio Grande do Sul, Dra. CLÁUDIA MARTINS DA SILVEIRA, pelos anos de um fraterno convívio em um ambiente de árduo exercício profissional.

À Procuradoria da Fazenda Nacional, na pessoa do Dr. GUSTAVO LUVISON RIGO, em que fui incentivado a continuar os estudos de Mestrado que havia iniciado antes do ingresso nessa carreira. Agradeço, em especial, aos colegas Dra. MARILEI FORTUNA GODOI e Dr. JOÃO AURINO DE MELO FILHO, pelo apoio e compensações de trabalho acordadas sempre que necessário. Agradeço, ainda, a colega Dra. MARILEI FORTUNA GODOI pela solicitude na revisão do texto, pela amizade e apoio dispensados.

Aos amigos que estiveram sempre ali ao meu lado, que ajudaram de um modo ou de outro. Agradeço, de modo especial, a GIOVANA CUNHA COMIRAN pelo desapego e solicitude com que sempre atendeu a meus pedidos de ajuda. Ainda lhe agradeço pelo debate de muitos dos temas aqui tratados, pelo apoio na pesquisa e pelo incentivo na conclusão da presente dissertação. Desapego e solicitude são as marcas de uma verdadeira amizade. Agradeço também a ALEXANDRE PEREIRA DUTRA, grande amigo, que colaborou na revisão do texto.

À Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, na pessoa de DENISE DIAS DE SOUZA, servidora solícita e hábil na condução dos procedimentos necessários para a conclusão do curso. E à Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS, na pessoa da atenciosa e sorridente servidora GLENI MACHADO DE GULARTE.

Por fim, mas não por último, aos meus queridos familiares, pelo suporte e pelas horas roubadas de um convívio que é tão feliz, alegre e pleno.

## RESUMO

O presente trabalho estuda a vedação da discriminação de preço nas redes contratuais de distribuição, tanto pelo aspecto concorrencial, quanto pelo aspecto civil. A abordagem concorrencial decorre da existência de um ilícito assim tipificado na Lei Antitruste brasileira. É preciso identificar os requisitos de aplicação próprios do direito concorrencial, que tem como bem jurídico tutelado a defesa da concorrência. Fez-se um estudo de direito comparado com o direito concorrencial norte-americano, em que vigente o Robison-Patman Act. A abordagem de direito civil-contratual depende da identificação dogmática da existência de uma rede contratual, a partir da verificação da finalidade econômica global em um dos elementos essenciais dos contratos individuais que formam a rede. Necessário, ainda, proceder à qualificação jurídica dos contratos de distribuição, partindo da sua causa e dos demais elementos estruturais que informam se tratar de um contrato atípico. A vedação à discriminação decorre da incidência da cláusula geral do art. 187 do CC/02, que proíbe o abuso do direito em razão de um exercício que exceda manifestamente os limites impostos pelos dois critérios trabalhados: a finalidade econômica ou social do direito e a boa-fé. Distingue-se a boa-fé enquanto criadora de deveres laterais de conduta da confiança enquanto protetora de uma situação de confiança. A vedação à discriminação de preço decorre do *standard* de boa-fé na função de criadora de deveres de conduta para o organizador da rede diante dos distribuidores que lhe estejam vinculados nessa rede contratual. O referencial valorativo é a lealdade que se espera do organizador da rede nesse contexto negocial. Estuda-se os diversos critérios econômicos justificativos do que seja uma justa e leal diferenciação de preço sob o influxo do conceito operativo de igualdade elaborado no âmbito do direito público.

**PALAVRAS-CHAVE:** contrato de distribuição, rede contratual, discriminação de preço, direito concorrencial, abuso do direito, boa-fé objetiva.

## ABSTRACT

This paper studies the prohibition of price discrimination in contractual networks of distribution, both by the competitive aspect, as the civil aspect. The competitive approach stems from the existence of an unlawful this way typified in Brazilian Antitrust Law. One need to identify the requirements for application of competition law, which legal interest is to protect competition, not competitors. There is a comparative study with the U.S. competition law, because of the current rules of Robinson-Patman Act. The approach of civil-contract law depends on the identification of a network contract from the scanning of the global economic interest in one of the essential elements of individual contracts that compose the network. Also necessary to proceed with the legal classification of the distribution contracts, from his structural and functional (“consideration”) elements that informs it as an atypical contract. The prohibition of discrimination price arises from the general clause of art. 187 of the Civil Code of 2002, which prohibits the abuse of rights in respect of an exercise that clearly exceed the limits imposed by the two criteria worked: the economic or social purpose of the right and good faith. It is distinguished the good faith in its function of create duties of the confidence of a trust situation. The prohibition of price discrimination stems from the standard of good faith in its function of create duties of conduct to the organizer of the network of distributors. The reference value is the loyalty expected of the organizaer of the network in this negotiating context. We study the different economic criteria to be evidence of an equitable and fair price differentiation under the influence of the operating concept of equality established under public law.

**KEY WORDS:** distribution contract, contractual networks, price discrimination, antitrust law, abuse of right, good faith.

## SUMÁRIO

Introdução.....	01
<b>PRIMEIRA PARTE – AS REDES CONTRATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>I - A TIPOLOGIA CONTRATUAL E OS GRUPOS CONTRATUAIS.....</b>	<b>15</b>
1. Os elementos do contrato.....	15
1.1 Os elementos estruturais do contrato.....	15
1.1.1 As circunstâncias negociais.....	21
1.1.2 O objeto.....	24
1.1.3 A forma.....	27
1.2 O elemento funcional do contrato: a causa contratual.....	27
2. A tipicidade contratual.....	36
2.1 Os critérios para a classificação de um contrato como típico ou atípico .....	37
2.2 O regime jurídico aplicável aos contratos atípicos .....	42
2.3 A existência de um <i>standard</i> civil e de um <i>standard</i> empresarial na interpretação e na aplicação das normas jurídicas .....	46
3. Os grupos contratuais.....	55
3.1 Conceito e classificação.....	55
3.1.1 A conexão contratual.....	62
3.1.2 As redes contratuais.....	63
3.2 Efeitos jurídicos próprios dos grupos contratuais .....	66
3.2.1 Os efeitos jurídicos mais comuns aos contratos conexos.....	68
3.2.2 Os efeitos jurídicos mais comuns às redes contratuais.....	76
<b>II – O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO.....</b>	<b>84</b>
4. A justificativa econômica.....	84
5. A qualificação jurídica do contrato de distribuição.....	87
5.1 Os elementos estruturais.....	87
5.1.1 As circunstâncias negociais.....	88
5.1.2 As partes.....	92
5.1.3 O objeto.....	93
5.1.4 A forma.....	100
5.2 O elemento funcional.....	100
5.3 As diferenças em relação aos contratos afins: compra e venda e contratos em matéria de distribuição.....	103
5.3.1 A diferença em relação ao contrato de compra e venda .....	104
5.3.2 A diferença em relação aos contratos em matéria de distribuição.....	107
5.4 Uma primeira síntese: o juízo secundário de qualificação.....	112
5.5 Uma segunda síntese: existe um só contrato de distribuição?.....	113
5.6 O regime jurídico.....	114
5.6.1 O regime de direito privado.....	115
5.6.2 O regime de direito concorrencial.....	116
6. O contrato de distribuição em rede.....	119

**SEGUNDA PARTE – O CONTROLE SOBRE A DETERMINAÇÃO DO PREÇO.....125**

**I – ANÁLISE DA LICITUDE DA CLÁUSULA DE DETERMINAÇÃO DO PREÇO PELO FORNECEDOR.....125**

7. O equilíbrio e a dependência econômica nos contratos de distribuição.....	125
7.1 A proteção da parte mais fraca na experiência européia .....	125
7.2 O equilíbrio: dimensão jurídica e econômica .....	128
7.3 A dependência econômica do distribuidor .....	134
8. A cláusula de fixação unilateral de preço pelo fornecedor.....	139
8.1 A natureza jurídica da fixação unilateral de preço .....	140
8.2 A previsão abstrata e a situação concreta: a potestatividade no plano dos fatos .....	142
9. A juridicidade da cláusula.....	144
9.1 A pré-exclusão da aplicação do art. 489 do CC/02 aos contratos de distribuição .....	144
9.2 A proibição do puro arbítrio como princípio geral de direito contratual .....	148

**II – ANÁLISE DA ABUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DETERMINAÇÃO DO PREÇO.....151**

10. A limitada eficácia do princípio da igualdade nas relações contratuais.....	152
10.1 Sobre as diferenças e relações entre o direito público e o direito privado.....	152
10.2 O papel da Constituição e o direito privado.....	159
10.3 O princípio da igualdade se aplica ao direito contratual?.....	160
10.3.1 A discussão sobre a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais na relação entre privados.....	161
10.3.2 A possível e limitada eficácia do princípio da igualdade nas redes contratuais.....	164
10.4 O conceito de igualdade desenvolvido pelo direito público e a possibilidade do seu aproveitamento pelo direito privado.....	169
11. A vedação à discriminação de preços no direito concorrencial.....	173
11.1 A vedação à discriminação de preço no direito concorrencial norte-americano.....	174
11.1.1 O Robinson-Patman Act.....	174
11.1.2 As finalidades do direito antitruste norte-americano e a crítica da doutrina.....	178
11.1.3 A evolução da jurisprudência na aplicação do Robinson-Patman Act.....	184
11.2 A vedação à discriminação de preço no direito concorrencial brasileiro.....	193
11.2.1 O modo de aplicação da Lei nº 8.884/94.....	193
11.2.1.1 As finalidades do direito concorrencial brasileiro.....	193
11.2.1.2 A ligação do ilícito aos efeitos anticoncorrenciais.....	196
11.2.1.3 O enquadramento da discriminação de preços como ato anticoncorrencial.....	199
11.2.2 A definição do mercado relevante.....	202
11.2.2.1 O mercado relevante comumente definido.....	202
11.2.2.2 O mercado intrarede forma um mercado relevante próprio?.....	204
11.2.3 A posição dominante.....	206
11.2.4 Análise dos requisitos para a existência do ilícito.....	207
11.2.4.1 Efeitos concorrenciais com posição dominante.....	207
11.2.4.2 Efeitos concorrenciais sem posição dominante.....	212
11.2.5 As circunstâncias que autorizam a diferenciação de preços.....	214
12. A limitação pelo exercício abusivo de direito.....	216
12.1 Preliminarmente: a extensão do art. 488 do CC/02.....	217
12.2 O exercício abusivo do direito e seus requisitos genéricos.....	221

12.2.1	O abuso do direito no CC/02.....	221
12.2.2	Os três critérios e o “excesso manifesto”.....	225
12.3	A função econômica ou social do direito.....	228
12.3.1	O funcionamento econômico da rede de distribuição.....	229
12.3.2	A potestatividade própria do direito.....	231
12.3.3	A presunção da racionalidade do agir do organizador da rede.....	233
12.3.4	A dinâmica própria do direito de fixação de preço.....	235
12.3.5	Circunstâncias econômicas.....	235
12.4	A boa-fé objetiva.....	237
12.4.1	Autonomia privada x boa-fé.....	238
12.4.2	A proteção das legítimas expectativas: entre a tutela da confiança e a boa-fé.....	242
12.4.3	Os deveres de conduta decorrentes da boa-fé: proteção e lealdade.....	244
12.4.4	A extensão das expectativas: tratamento mais favorecido que os distribuidores independentes?.....	251
12.5	Os requisitos para a configuração do ilícito civil.....	252
12.5.1	As possíveis relações entre o direito concorrencial e o direito civil-contratual.....	252
12.5.2	Os requisitos positivos do ilícito.....	252
12.5.3	Os requisitos negativos do ilícito.....	256
12.5.3.1	O filtro jurídico: os limites da racionalidade econômica.....	256
12.5.3.2	A finalidade de preservação da rede.....	259

Conclusão.....	261
----------------	-----

Bibliografia

## INTRODUÇÃO

### Objeto

A presente dissertação tem como objeto a análise de eventual limitação que possa recair sobre a determinação do preço pelo produtor nos diversos contratos de distribuição da sua rede. O estudo é sobre os contratos de distribuição quando ligados funcionalmente em uma rede de contratos uniformes organizados pelo produtor para realizar mais eficazmente a atividade de distribuição. Com efeito, nos contratos de distribuição é comum que a fixação do preço de venda seja uma prerrogativa do produtor. A questão é saber se, no exercício desse direito, está o produtor limitado por uma exigência de tratamento igualitário com os seus distribuidores organizados em rede. A inserção de um contrato individual em uma rede contratual repercute em alguns dos seus elementos, como a circunstância negocial e o motivo determinante que move os contratantes a aderir ao contrato ora ligado em uma rede, resultando na identificação de expectativas legítimas outras além das recolhidas no contrato individual. As normas jurídicas abertas de correção do agir das partes no contrato, especialmente a boa-fé objetiva, passam a incidir sobre esse novo contexto contratual, possibilitando o surgimento de padrões e deveres de conduta mais exigentes da parte do produtor que organiza a rede de distribuição, bem assim do distribuidor que organiza a sua própria rede de subdistribuição.

É preciso, pois, investigar se, de fato, existe um limite na determinação do preço pelo produtor em razão do preço que estipule nos demais contratos de distribuição da sua rede, o que significa dizer que vamos buscar o fundamento jurídico dessa limitação e a delimitação do conteúdo dessa limitação – das hipóteses em que a fixação de preço pode ser considerada discriminatória. O primeiro passo nesse sentido é estudar o contrato de distribuição no contexto negocial de uma rede contratual. O segundo passo é verificar propriamente se há fundamento jurídico para que se aponte uma vedação à discriminação de preço nas redes contratuais de distribuição, assentando-se, em seguida, os requisitos para a configuração desse ilícito, procurando-se formular a limitação nos termos precisos de uma regra jurídica, ou seja, com a definição tanto precisa quanto possa ser da hipótese de

incidência dessa norma limitativa<sup>1</sup>. O objeto do trabalho não adentra no estudo das consequências jurídicas da violação dessa norma no campo contratual, em que se discutiria a existência de direito à indenização ao distribuidor prejudicado com o preço discriminatório, a possibilidade de suspensão eficaz do contrato pela invocação da *exceptio non adimpleti contractus*, a possibilidade de exigência do cumprimento específico do dever de trato igualitário (tutela específica) e, mesmo, a extinção do contrato pelo o que a doutrina chama de violação positiva. É que, diante da inexistência da formulação do dever em uma regra jurídica positivada em nosso ordenamento, ao menos no direito contratual, exige-se da doutrina que queira formulá-lo a partir dos princípios jurídicos e das exigências de completude sistêmica um amplo esforço argumentativo. Nesse sentido, ainda que se aponte algumas das possíveis consequências na hipótese de violação do limite jurídico, o objeto do trabalho se volta especificamente para a construção do ilícito no campo contratual e não para as suas consequências nesse mesmo campo.

O contrato de distribuição aspira a constituir uma espécie contratual própria que se insere dentro da categoria dos contratos em matéria de distribuição, também chamados *da* distribuição, ao lado do contrato de agência, comissão mercantil, corretagem, franquia, dentre outros. São contratos que servem de meio à atividade distributiva, atividade que consiste em inserir um produto ou serviço no seu mercado de destino, em fazer a ligação entre a produção e o consumo. O contrato de distribuição admite diversos arranjos negociais a depender da pactuação ou não de cláusulas que restrinjam a liberdade do distribuidor, vinculando-o juridicamente ao poder de controle do produtor. Pode-se ter, assim, um contrato de distribuição que apenas enfeixe diversos contratos de compra e venda com habitualidade, como pode se ter um contrato de distribuição bastante próximo ao contrato de franquia, dado o grau de vinculação jurídica e econômica do distribuidor com o produtor. Daí dividir a doutrina o contrato de distribuição em distribuição não integrada e distribuição integrada, a denotar os dois arranjos negociais mais comumente verificados na prática. Nesse ponto é que a definição do preço no contrato de distribuição assume toda a sua importância na distinção para o contrato de compra e venda. Ainda que se admita que o contrato de distribuição possa apenas ser um contrato-quadro que abarque diversas compras e venda celebradas habitualmente entre as partes, em que, para cada contrato, haja acordo quanto ao preço, é

---

<sup>11</sup> Na análise da diferença entre regras e princípios jurídicos, valemo-nos especialmente do estudo de ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

bastante comum que a determinação do preço em contratos de distribuição esteja prevista como um poder do produtor. Em geral, nos contratos de distribuição integrada, o preço é o definido pelo produtor, estando o distribuidor a ele adstrito, até porque, a depender do arranjo negocial em concreto, pode estar obrigado a adquirir com exclusividade daquele produtor e, mesmo, a adquirir uma quantia mínima daquele produto num período (em geral, por mês).

É preciso entender que o contrato de distribuição possuiu uma dinâmica e uma racionalidade econômica próprias – com repercussão jurídica - que o afastam do contrato de compra e venda e justificam, assim, que o preço possa ser definido por uma das partes. A começar pelo fato de o contrato de compra e venda possuir como causa uma função de troca, ao passo que o contrato de distribuição é classificado como tendo uma função cooperativa. Nesse sentido, a presunção econômica é que o produtor, ao determinar o preço, o faça de modo razoável, não excessivo, porque precisa que o seu distribuidor seja competitivo e possa, assim, ganhar a maior fatia possível do mercado de destino do produto, de modo a aumentar as vendas desse mesmo produtor. O objeto do presente estudo não recai diretamente sobre o limite à excessividade - ainda que o faça reflexamente – na fixação de preço. O objeto é estudar o controle um passo adiante: o controle sobre um preço que se apresente discriminatório entre os distribuidores que estejam vinculados a um mesmo produtor. Por fixação de preço discriminatório não se tome a vedação à fixação de preços diferentes entre os diversos distribuidores, mas a vedação à fixação de preços diferentes quando não haja uma justificativa suficiente a tanto, causando, dessa forma, prejuízo indevido ao distribuidor discriminado.

É preciso, pois, investigar os elementos que caracterizam o contrato de distribuição para saber se são suficientes a individualizá-lo como espécie contratual distinta dos demais contratos em matéria de distribuição e da compra e venda. Aqui se insere o estudo, em tese, dos elementos do contrato, que são os elementos estruturais (circunstâncias negociais, partes, objeto e forma) e o elemento funcional (a causa), e, bem assim, o critério mais adequado para a classificação de um contrato como típico ou atípico. O objetivo é ter um referencial teórico suficiente não apenas para caracterizar o contrato de distribuição a partir dos seus elementos, como para verificar a existência de uma rede contratual em termos jurídicos e não meramente econômicos. Ainda, a análise da tipicidade do contrato de distribuição e dos contratos que lhe sejam próximos, especialmente pela análise da causa,

fornece argumentos para que se investigue a validade jurídica da cláusula que atribui ao produtor o poder de fixação de preço num contrato de distribuição.

Os contratos de distribuição integrada normalmente são celebrados pelo produtor com diversos distribuidores, de modo a alcançar mais amplamente o mercado de destino do seu produto, podendo formar, com isso, uma rede contratual de distribuição. O estudo da limitação do exercício do direito de fixação de preço sob o viés da proibição de tratamento discriminatório tem como âmbito próprio, e mesmo como requisito para a existência do ilícito, a posição do produtor diante da sua rede contratual de distribuição, ou do distribuidor diante da sua rede de subdistribuição, a depender de quantos níveis sejam construídos para que o produto seja escoado ao mercado de consumo. O desafio, nesse ponto, é ir além da corrente descrição do fenômeno econômico das redes de distribuição ou da descrição simplesmente econômica desse fenômeno que é também jurídico-contratual. Exige-se que o fenômeno econômico passe pelo filtro jurídico para que possa ser reconhecido como uma realidade jurídico-contratual. A questão é saber qual esse filtro, como reconhecer juridicamente uma rede contratual.

A construção da proibição da prática de preços discriminatórios exige que se inicie pelo fundamento normativo da existência de eventual ilícito para, só então, serem construídos os requisitos desse ilícito. O objetivo do estudo é buscar o fundamento jurídico em dois ramos do direito, o direito civil-contratual e o direito concorrencial. Carece de justificativa a busca de fundamento no campo do direito civil unificado, especificamente no direito contratual, que é o campo normativo próprio da regulação das relações jurídicas originadas do contrato. O estudo do ilícito no campo concorrencial tem dois fundamentos. O primeiro é pela existência de uma regra jurídica positivada na Lei Antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94, art. 21, inciso XII) vedando, expressamente, o tratamento diferenciado entre adquirentes por meio da fixação discriminatória de preços<sup>2</sup>. De fato, a existência específica de um ilícito concorrencial nos termos da proposta do presente trabalho torna inafastável a investigação dos requisitos próprios para a aplicação do direito concorrencial. A doutrina americana e a europeia já tradicionalmente trabalham, na regulação contratual, as limitações jurídicas decorrentes da regulação antitruste, o que não é ainda comum na doutrina nacional,

---

<sup>2</sup> Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;  
XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

que insiste em tratar dos dois campos separadamente, como se não houvesse comunicação de efeitos de um ilícito concorrencial na relação contratual, o que é rematado equívoco. O segundo fundamento para tratar do ilícito no campo concorrencial é em razão da riqueza de casos e do tratamento doutrinário, ao menos no direito norte-americano, da questão da discriminação de preço. A investigação desses casos e da construção de requisitos para o reconhecimento do ilícito no campo concorrencial vai colaborar sobremaneira para a construção de requisitos para o reconhecimento do ilícito no campo contratual, certo da necessidade de haver um filtro a tanto, consistente nas diferentes finalidades buscadas por cada campo de regulação jurídica.

No campo do direito civil-contratual, o estudo será focado no controle do exercício abusivo do direito tendo como parâmetros normativos a boa-fé e a função econômica e social do direito conferido ao produtor no contrato de distribuição inserido num contexto negocial de rede. Aqui a boa-fé joga papel importante no sentido tornar relevante as legítimas expectativas dos distribuidores em rede tendo como referência valorativa a lealdade e correção esperadas do agir do produtor organizador da rede. Não é em qualquer contexto negocial que se pode reclamar a incidência da boa-fé para vedar o agir discriminatório, porque desleal, do produtor no que tange à fixação diferenciada de preços. Importa verificar a existência de dependência econômica do distribuidor em relação ao produtor e da sua inserção em uma rede contratual. O conceito de dependência econômica, importado do direito concorrencial, vem sendo largamente utilizado pela doutrina européia para se justificar limitações ao exercício da autonomia privada no ambiente contratual.

Somente após a identificação dogmática do fundamento normativo para a vedação da prática de preços discriminatórios na rede contratual de distribuição, tendo já visitado a forma de tratamento da questão pelo direito concorrencial, é que se parte para a construção dos requisitos para a existência de uma quebra de dever contratual, de exercício abusivo de direito numa relação contratual. É tarefa que exige parcimônia e proporcionalidade com o princípio correlato atingido, a autonomia privada. O julgamento do que seja um tratamento desigual não é fácil. A doutrina publicista trabalha o tema com mais robustez, razão pela qual vamos buscar nela o conceito operativo de igualdade em termos analíticos, ou seja, o entendimento analítico de quando se está a violar a igualdade entre dois sujeitos, adaptando-o ao direito civil-contratual. Isso porque se admite amplamente a prática de preços diferenciados para dois distribuidores em situação econômica ou jurídica diferenciadas. Por

certo, a aquisição de uma quantidade maior, certamente justifica a prática de um preço menor ao distribuidor. De outro lado, o tamanho do estabelecimento comercial, o número de funcionários ou mesmo o faturamento não têm relevância para a fixação do preço pelo produtor. Daí a necessidade de se adotar parâmetros para a aferição da quebra da igualdade, considerando os critérios de distinção que podem ser adotados para se validar juridicamente a distinção de preços. As diferenças econômicas em cada contratação individual admitem amplamente a diferenciação de preços sem que se tenha configurado, portanto, um tratamento discriminatório. Mas a diferença econômica, por si só, não justifica o tratamento diferenciado; é preciso, nesse ponto também, que o econômico esteja subordinado ao jurídico. É o direito que vai informar como e quando as diferenças econômicas justifiquem uma diferenciação de preço que não seja considerada discriminatória, juridicamente reprovável, portanto. Nesse ponto, vamos recorrer intensamente à doutrina e à jurisprudência formada no julgamento de casos de discriminação de preço pelos nossos Tribunais.

### **Importância do tema**

A racionalidade econômica própria do sistema capitalista informa os processos de especialização dos agentes econômicos, de forma a segmentar as atividades de produção e de circulação de bens e serviços, sob o argumento de que a especialização apresenta as vantagens de (i) permitir a cada agente que atue no ramo em que possui vocação e *expertise*, com a redução de custos, melhora da qualidade e aumento da produção, e (ii) diluir os riscos do negócio, que são transferidos aos diversos empresários atuantes na cadeia econômica, por meio da celebração de contratos em que os empresários atuem em nome e por conta próprios. Essa organização é vista tanto na indústria da produção, em que a produção é segmentada entre diversos fornecedores, concentrando-se o industrial no controle da qualidade da produção e na montagem final (exemplo clássico é o das montadoras de automóveis), quanto na chamada indústria da distribuição, por meio da organização de rede de distribuidores.

Observa-se que grande parte do mercado é estruturada por meio de relações econômicas verticais entre produtores e distribuidores como meio economicamente eficiente (vantajoso) para a colocação do produto no seu mercado de destino. A revolução industrial, fenômeno cujas virtualidades no campo econômico, social e jurídico ainda não foram

exauridas, segundo assertiva de COMPARATO<sup>3</sup>, e a massificação dela decorrente, aliada à explosão demográfica global, tornaram imprescindíveis os papéis dos agentes responsáveis pela distribuição dos produtos. Assim, a indústria da produção de bens como bebidas, cigarros, eletrônicos, eletrodomésticos, *softwares*, alimentos, automóveis, combustíveis, livros, roupas, cosméticos, entre outros, depende de contratos *da* distribuição, em que se insere o contrato de distribuição, como instrumento jurídico por meio do qual se formalizam e se regram as relações verticais tendentes ao escoamento da produção. O mercado da distribuição, portanto, responde por uma grande parcela da atividade econômica, sendo inegável a sua importância<sup>4</sup>.

No contrato de distribuição, a definição do preço de venda pelo produtor é fonte de sérios conflitos com o distribuidor e de importantes disputas jurídicas no tema de controle do conteúdo do contrato, seja quanto à validade da cláusula, seja quanto ao controle do exercício do direito nela previsto. De fato, o preço é elemento chave no contrato de distribuição, sendo um dos fatores a determinar o êxito da atuação do distribuidor, já que a lucratividade da sua atividade recai justamente sobre a diferença entre o preço de aquisição do produto e o preço de revenda que pratica no mercado de destino.

Temos notado, na prática forense, um crescente aumento do número de ações judiciais contestando a política de fixação de preços adotada pelos produtores, porém sem rigor na exposição da tese e dos fundamentos jurídicos e as circunstâncias de fato que lhe possam amparar. A jurisprudência vem atuando com regularidade no julgamento desses casos, traçando os fundamentos jurídicos necessários ao reconhecimento do pedido e a prova das situações discriminatórias de fato, de modo que um dos objetivos do estudo é extrair esses parâmetros regulares de julgamento de casos para a construção dos requisitos para a existência do controle da abusividade na determinação do preço pelo produtor. Forçoso reconhecer, diante da quantidade sufocante de processos, que os precedentes colhidos trabalham o tema sem profundidade e de forma parcial, ou seja, analisam apenas uma parte da complexa questão jurídica que encerra, cabendo, então, à doutrina, esse papel de exame mais

---

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 183.

<sup>4</sup> Apenas para ilustrar, um dos fatores de êxito, especialmente para o mercado brasileiro, da compra da gigante britânica do mercado de balas e chicletes Cadbury pela norte-americana Kraft Foods foi a incorporação da extensa rede de distribuição que a empresa britânica detinha. No mercado brasileiro, conquanto as vendas da Cadbury representassem apenas um quarto das vendas da Kraft, ela possuía o dobro de pontos de venda (estima-se que a Kraft atingia 280.000 lojas, ao passo que a Cadbury comercializava os seus produtos no mercado de distribuição varejista em 650.000 pontos de venda). Fonte: Revista Exame, edição 986, ano 45, nº 3, circulação em 23/02/2011, p. 70-72.

detalhado e abrangente do tema, de modo a contribuir para o delineamento dos seus pontos principais. Trata-se de tema pouco tratado na doutrina, que se dedica mais à análise da validade de cláusulas que imponham preço de revenda aos distribuidores e, no que toca ao exercício de direito, a denúncia de contratos de distribuição por tempo indeterminado, tendo como limite uma duração razoável que permita ao distribuidor amortizar o investimento feito, tema que tem hoje tratamento legal próprio<sup>5</sup>, e a extensão da indenização cabível nessa hipótese.

Entendemos que há relevância em revisitar o conceito de contrato de distribuição, comumente definido como o contrato que abrange sucessivas compra e venda. Justamente o modo de fixação de preço é elemento chave nessa empreitada. Com efeito, conquanto o contrato de distribuição possa, sim, enfeixar contratos de compra e venda com habitualidade em que o preço é atingido de comum acordo entre as partes em cada operação, esse conceito não se presta a definir uma grande parcela dos contratos de distribuição em que o preço é fixado unilateralmente pelo produtor. Não se perca de vista que, nos contratos de distribuição em que haja previsão de que o preço será o definido em lista pelo produtor, trata-se, ainda, de fixação unilateral de preço. Nessas espécies de arranjos negociais, não se têm, em tese, o problema do tratamento discriminatório. Não raro, contudo, são os casos em que, sobre essa lista-padrão de preços, os produtores apliquem descontos diferenciados entre os distribuidores de forma a trazer novamente à tona o problema do preço discriminatório: por certo, a concessão de desconto importa a fixação de um preço diferenciado do ponto de vista do direito privado-contratual<sup>6</sup>.

O estudo das redes contratuais pode ser considerado como um dos temas novos do direito contratual<sup>7</sup>, suscitando ainda muitas incertezas quanto à identificação jurídica desse

---

<sup>5</sup> A matéria está disciplinada no art. 473 e parágrafo único do CC02, a cujo teor:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

<sup>6</sup> A concessão de desconto pode não ter relevância, por exemplo, em outros campos jurídicos, como no direito tributário, o que se sustenta apenas em tese, sendo certo que normalmente também nesse campo é dada relevância aos descontos incondicionais dados pelo vendedor. No campo do direito contratual, não há dúvida de que a concessão de desconto equivale a um novo preço. O fato de haver lista-padrão de preço não pré-exclui a investigação.

<sup>7</sup> Na doutrina estrangeira consultada, o tema é tratado a partir da década de 60 do século anterior. Na doutrina nacional, o tema ganha impulso com publicações monográficas, grande parte originada de dissertações e teses, somente na primeira década do século XXI, conforme se verá.

fenômeno originariamente econômico e quanto aos efeitos jurídicos que se extraem dos grupos contratuais. Nesse específico, pretendemos desenvolver um estudo a partir da coleta de casos de grupos contratuais, verificando pontos que assemelham os casos em termos de identificação da coligação contratual e dos efeitos que a doutrina e a jurisprudência comumente lhes atribuem para propor uma classificação das espécies de grupos contratuais. Consideramos as redes contratuais como espécie distinta da conexão contratual. O foco será os efeitos jurídicos próprios das redes contratuais, como a ampliação dos deveres laterais de conduta exigidos pela incidência da boa-fé objetiva.

O estudo será desenvolvido sempre numa perspectiva de visão orgânica, sistêmica, do ordenamento jurídico. O tema da igualdade encosta no direito público constitucional diante da aplicabilidade – direta ou indireta – dos direitos fundamentais nas relações privadas. Aqui é preciso revisar os limites entre o direito público e o direito privado e o exato papel exercido pela Constituição no nosso sistema jurídico para se tratar com parcimônia a busca diretamente na Constituição de soluções para conflitos privados, ainda mais quando esses conflitos se deem entre empresários. A ideia é reconhecer a autonomia do direito civil-contratual para regular os conflitos nesse âmbito, de forma que a aplicabilidade dos preceitos constitucionais seja mediada pelas normas abertas de direito civil-contratual.

Ainda dentro de uma perspectiva sistêmica, não há mais como tratar separadamente o estudo do direito contratual do direito concorrencial quanto à regulação do conteúdo do contrato e do modo de exercício de direitos dele decorrentes quando tais questões tenham ou possam ter efeitos anticoncorrenciais. Com efeito, não há como afastar que sobre um mesmo suporte fático (inserido numa relação contratual) haja uma co-incidência desses dois campos regulativos: o civil-contratual e o concorrencial. Nesse ponto, parece-nos que a visão mais acertada do fenômeno é da existência de comunicação de efeitos de invalidade ou ineficácia entre os dois campos regulativos. A questão é deixar bem claro os requisitos de incidência/aplicação de cada qual. O interessante é que, da experiência do trato da matéria no direito concorrencial, vamos buscar dados para a construção dos requisitos de existência do ilícito no campo contratual, que serão sempre filtrados tendo como baliza as diferentes finalidades buscadas por cada campo normativo.

Quanto à análise do fundamento jurídico de direito civil-contratual da vedação à prática de preço discriminatório em uma rede contratual de distribuição, interessa explorar a

boa-fé objetiva como limitadora do exercício de direitos. Muitas questões de dogmática jurídica são suscitadas nesse ponto. A começar pela diferença de fundamento entre boa-fé e proteção da confiança: até que ponto essa diferença de fato existe e é relevante para fins de aplicação das normas abertas de correção do agir das partes no nosso ordenamento jurídico. Essa questão tem reflexo na análise da possível recondução do tema ao *venire contra factum proprium*, ligado que está mais diretamente à proteção da confiança que à observância de deveres laterais de conduta. É preciso saber se essa limitação pode ser traduzida em termos da existência de um dever de trato igualitário nas redes contratuais e a que valor trazido pelo princípio da boa-fé esse dever se sustenta. Saber se é uma questão de dever lateral de proteção ao patrimônio das partes ou se é dever ligado mais propriamente ao valor lealdade que recolhe as legítimas expectativas dos distribuidores que aderem à rede numa condição de dependência econômica em relação ao organizador da rede.

Destacamos que, longe de um controle demasiado protetivo do distribuidor, nos moldes da proteção consumerista, que se quer afastada, é preciso ter sempre presente que se trata de um contrato entre empresários, sendo que a referência é o *standard* empresarial de conduta, que se caracteriza pela tutela do crédito, pela segurança e rapidez no tráfico, pelo reconhecimento do erro<sup>8</sup>, ou seja, pelo reconhecimento de que o ordenamento jurídico não tutela o êxito do empresário, não lhe dá garantia de sucesso na sua atividade, de modo que a existência de prejuízo financeiro faz parte de qualquer atividade econômica, e, por fim, a autonomia privada, como princípio a ser ponderado com os demais princípios de controle do exercício de direitos no âmbito do contrato. Daí a construção cautelosa de requisitos exigentes para o reconhecimento da quebra de um dever contratual de tratamento igualitário quanto à fixação de preço pelo produtor organizador da rede, em que se exige não uma conduta isolada, mas uma prática que demonstre uma diferenciação de preços que não encontre justificativa jurídica.

## **Metodologia**

A pretensão é apresentar um trabalho próprio de direito privado unificado. Explicamos: o contrato de distribuição é um contrato nascido no direito comercial, ramo

---

<sup>8</sup> Conforme se extrai da doutrina de FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw), p. 77-158.

jurídico que, mesmo após a unificação, em parte, do direito privado operada pelo Código Civil de 2002, mantém a força da sua tradicional doutrina, que tem como características o entendimento da função do contrato, da sua racionalidade econômica, dos interesses das partes, uma análise intuitiva e de acordo com os usos do tráfico das cláusulas que possam ser consideradas abusivas e um controle forte do exercício dos direitos e demais prerrogativas contratuais no curso da execução do contrato, tendo como referência a boa-fé e os usos do tráfico. De outra parte, o estudo do direito civil tem como marcas a criação de teorias gerais, de categorias jurídicas, a precisão de conceitos, a classificação dos atos jurídicos. O objetivo é unir os dois métodos e procurar fazer um esforço de distinção conceitual e de enquadramento em categorias jurídicas do contrato de distribuição a partir do entendimento da funcionalidade própria desse contrato para se extrair critérios jurídicos seguros e objetivos de controle do conteúdo e do exercício da cláusula que atribui ao fornecedor o direito unilateral de determinação do preço.

O “primeiro” VIVANTE, aquele que defendeu, de forma célebre e histórica, a unificação do direito privado, apontava como um dos corolários negativos da separação entre o direito civil e o direito comercial a nocividade para o progresso científico e legislativo do direito privado como um todo: “(...) del diritto commerciale, perché è deficiente l’opera dei suoi cultori nel conciliare le nuove figure giuridiche colla teoria generale; del diritto civile, perché gli manca l’alimento che può rinnovarlo secondo le rinnovate necessita della vita”<sup>9</sup>.

A pesquisa científica foi feita com base na doutrina nacional e estrangeira e no estudo da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dos Tribunais de justiça para o desenvolvimento do tema. Não se trata de estudo de direito comparado, mas do direito privado brasileiro, em matéria contratual e concorrencial, tendo a doutrina estrangeira sido utilizada como referência para o estudo do tema. Além disso, valemo-nos da experiência profissional de atuação no jurídico da distribuidora líder no segmento de distribuição de combustíveis no Brasil, o que responde por análises de ordem prática e pela intuição econômica necessária ao entendimento do funcionamento dessa rica espécie contratual. Também nesse ponto, seguimos outro conselho de VIVANTE: “Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conosco a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell’istituto che è l’oggetto dei loro studi. (...). È una slealtà scientifica, è

---

<sup>9</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, V. 1 – I Commercianti. 5ª ed., 3ª reimpressão, rev. e ampl. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, p. 23.

un difetto de probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua relata”<sup>10</sup>.

Importa um registro quanto à nomenclatura utilizada na identificação das partes no contrato de distribuição. O problema conceitual está em nominar o vendedor no contrato de distribuição, a parte que negocia com o distribuidor. Os termos mais comumente utilizados são fornecedor e produtor. Doutrina abalizada nacional o chama de fornecedor<sup>11</sup>. Muitos Autores utilizam os dois termos para se referir à parte do contrato de distribuição que vende as mercadorias ao distribuidor<sup>12</sup>. O problema do uso do termo fornecedor é que se trata do nome usualmente dado à parte no contrato – atípico no direito brasileiro – de fornecimento, que é um contrato de execução continuada em que o fornecedor assume a obrigação de satisfazer, pelo fornecimento de produtos, as necessidades do adquirente. Em geral, o adquirente é a indústria, que utiliza matéria-prima e energia que lhe são fornecidas como insumo na sua atividade produtiva. A diferença essencial é que o adquirente, num contrato de fornecimento, não possui obrigação de revenda, traço distintivo do contrato de distribuição; pelo contrário, no fornecimento, a aquisição se dá para consumo do adquirente<sup>13</sup>. Por tal razão, damos preferência ao uso do termo produtor, que é mais neutro.

### **Forma de exposição**

A dissertação é dividida em duas partes, seguindo o chamado método francês. A *ratio* da divisão consiste em separar uma parte ao estudo do contrato e do contexto de ordenação desse contrato, restando à segunda parte o estudo da incidência das normas de controle do conteúdo desse contrato e do exercício de direitos nesse contrato. Assim, a primeira parte cuida da qualificação jurídica do contrato de distribuição e a sua inserção em uma rede contratual. A segunda parte trata do controle da licitude da cláusula que atribui ao

---

<sup>10</sup> No prefácio à quinta edição antes referida.

<sup>11</sup> Trata-se da obra mais destacada sobre o tema na doutrina nacional: FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>12</sup> Assim, dentre outros: CISTARO, Mariangela; FAVA, Pasquale; PANNICELLI, Serena; RELLA, Roberto. I contratti di distribuzione. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 49-133.

<sup>13</sup> O contrato de fornecimento pode ser considerado um contrato socialmente típico no direito brasileiro. No direito italiano, é contrato típico, que se chama *somministrazione*. Utilizamos conceito retirado da doutrina italiana: PELLEGRINI, Damiana. La *somministrazione*. In: VILLANACCI, Gerardo (org.). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 215-270.

produtor o direito unilateral de fixação do preço e os limites que devem ser observados no exercício desse direito.

A primeira parte é dividida em dois títulos. O primeiro título trata do estudo de categorias jurídicas de classificação dos contratos que servirão de ferramental dogmático para a qualificação jurídica do contrato de distribuição, objeto do segundo título. A segunda parte também é dividida em dois títulos. O primeiro tem por objeto analisar a natureza jurídica do direito de fixação de preço atribuído ao fornecedor e a licitude dessa cláusula. O segundo título é dedicado à análise dos diversos fundamentos normativos que possam limitar o exercício do direito de determinação do preço.

## PRIMEIRA PARTE – AS REDES CONTRATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO

Entende-se por *qualificação jurídica* de um contrato o estudo dos elementos estruturais e funcional de um determinado negócio jurídico bilateral e sua classificação em critérios de análise tais que permitam (i) identificar o *regime jurídico* que lhe seja aplicável, (ii) orientar a *interpretação* das suas cláusulas e das normas incidentes e (iii) orientar a *construção de sentido jurídico* para as normas que assim demandem, em especial as normas-princípio<sup>14</sup>. O regime jurídico é o sistema de normas que incidem para regular o contrato, o que abrange as *normas gerais*, aplicáveis a quaisquer contratos, mas com gradação diferente para contratos atípicos (aplicação imediata) e típicos (aplicação mediata ou subsidiária), e as *normas específicas*, via de regra tendo a lei como fonte, que informem um determinado tipo contratual, os contratos típicos. Adota-se, pois, o conceito corrente e tradicional de *tipicidade contratual*, para o qual é típico o contrato a que o direito positivo (legalmente típico) ou o costume (socialmente típico) dispense tratamento jurídico específico<sup>15</sup>. Assim, a primeira grande função da busca pela qualificação jurídica de um contrato é assentar qual o regime jurídico que lhe seja aplicável.

A segunda função do estudo das características próprias de uma determinada espécie de contrato, e das variantes que essa espécie contratual pode assumir em cada contrato em concreto, reside em fornecer elementos consistentes para uma interpretação segura das próprias cláusulas dos contratos e das normas jurídicas (de outras fontes que não a

---

<sup>14</sup> Quando falamos em normas, referimo-nos a regras e princípios jurídicos. Para a conceituação, diferenciação e aplicação das regras e dos princípios, utiliza-se, primariamente, a obra de ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. Secundariamente, em termos de adoção conceitual para a presente dissertação, e não necessariamente em importância doutrinal, os estudos de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; e de MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, não por tratar em tese do conceito de princípio jurídico, mas por apresentar um estudo bem acabado de construção do conteúdo e requisitos de aplicação do princípio da boa-fé objetiva e por traduzir de forma brilhante a aplicação desse princípio, e genericamente de todos os demais, pelo método de “sistema móvel” de consideração dos requisitos, no lugar da subsunção (*Op. cit.*, p. 759). A cláusula geral é meio de positivação de princípios e conceitos jurídicos indeterminados: é continente; o princípio, o conteúdo. Os conceitos jurídicos indeterminados também podem constar – e com frequência o fazem – da estrutura das regras.

<sup>15</sup> Afasta-se, assim, do conceito de tipicidade adotado pelo insigne jurista italiano Emilio BETTI, qual seja, a de que todo o contrato deve necessariamente ser típico, no sentido de corresponder a um interesse socialmente relevante, duradouro, estável e, assim, digno de tutela jurídica, o que chama de *tipicidade social*. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 191-193.

contratual<sup>16</sup>) incidentes, uma vez identificado o regime jurídico. Além da importância da interpretação na solução de grande parte dos impasses jurídicos em matéria contratual, tem-se que o estudo das características próprias de um determinado contrato conduz a uma fundamentada concretização de normas principiológicas, tais como a boa-fé e a função social dos contratos, e conceitos jurídicos indeterminados. Importa, para o presente estudo, revelar o conteúdo do conceito jurídico indeterminado do art. 488, *caput*, do CC/02 (“preço corrente nas vendas habituais do vendedor”), a partir da qualificação jurídica dos contratos de distribuição.

Para tanto, divide-se essa primeira parte no estudo em dois títulos. O primeiro trata das categorias de direito civil (elementos do contrato e critério para a análise da tipicidade contratual) que serão utilizadas, no segundo título, para a qualificação do contrato de distribuição, com destaque para o estudo dos requisitos jurídicos que permitam identificar uma rede contratual e a investigação das características da rede contratual de distribuição.

## **I – A TIPOLOGIA CONTRATUAL E OS GRUPOS CONTRATUAIS**

### **1. Os elementos do contrato**

#### **1.1 Os elementos estruturais do contrato**

Dentro da classificação ponteano dos fatos jurídicos, o negócio jurídico é espécie de ato jurídico em que a vontade (revelada por meio de uma declaração) é alçada a elemento cerne do suporte fático (no que se equipara aos atos jurídicos *stricto sensu*) e é reconhecida pelo direito como fonte criadora de efeitos jurídicos (sendo essa a especificidade dos negócios jurídicos)<sup>17</sup>. O contrato é classificado como um negócio jurídico bilateral, em que se faz necessário haver um acordo de vontades (pelo menos duas vontades) tendentes à

---

<sup>16</sup> Quanto à teoria das fontes do direito, tem-se, como referência, a obra de REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999. REALE parte das quatro fontes tradicionais – contratual, legal, consuetudinária e jurisprudencial – para, de modo inovador, trabalhar a aplicação das normas jurídicas derivadas dessas fontes pela teoria dos modelos.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA fala no poder de auto-regramento da vontade para, por meio da indispensável autorização do ordenamento jurídico, criar, extinguir ou modificar direitos, pretensões, ações ou exceções. *In: Tratado de Direito Privado*, parte geral, tomo III (Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova). 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 3-38.

produção de efeitos econômicos que são reconhecidos e juridicizados pelo ordenamento jurídico<sup>18</sup>. Antônio Junqueira de AZEVEDO, ao definir negócio jurídico, afirma:

“*Ser declaração de vontade é a sua característica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela efeitos constitutivos de direito – e esta é a sua característica específica secundária*”<sup>19</sup>.

Assim, quando a doutrina busca identificar os elementos do contrato, o seu esforço é dirigido para extrair o *sentido juridicamente relevante da declaração de vontade que, no caso do contrato, é o resultado do consentimento das partes* que compõe, como elemento cerne, o suporte fático do negócio jurídico<sup>20</sup>. Registre-se que a doutrina que se aprofunda no tema trabalha sempre os requisitos do negócio jurídico e não propriamente do contrato, uma espécie de negócio jurídico. O nosso esforço será no sentido de adaptar e transmutar a esse concreto negócio jurídico, ou seja, ao contrato, a teoria geral que trata dos elementos do negócio jurídico, que é uma categoria jurídica abstrata<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Na discussão doutrinária quanto a que espécie de efeitos são objetivados pela declaração de vontade das partes, se jurídicos ou práticos, posicionamo-nos ao lado dos que entendem serem os segundos. As partes buscam primacialmente a concretização de efeitos práticos, sociais ou econômicos; sobre a declaração de vontade resultante do consentimento incide a norma jurídica para juridicizar os efeitos queridos originariamente como práticos. Em geral, a juridicização replica, no plano jurídico, os efeitos previstos e almejados pelas partes no plano econômico-social e, de outro lado, é certo que as partes objetivam que os efeitos práticos sejam reconhecidos como jurídicos igualmente (para que sejam oponíveis entre as partes e em relação a terceiros). Mas nem sempre há essa coincidência, de modo que, primacialmente, são práticos os efeitos buscados pelas partes. Quem define os efeitos jurídicos é o ordenamento jurídico e não a vontade declarada das partes. Entendimento diverso, no sentido de que os efeitos almejados pelas partes são originariamente de natureza jurídica, não consegue explicar o interessante fenômeno da conversão do negócio jurídico nulo, segundo o qual o ordenamento jurídico perquire a finalidade econômico-social objetivada pelas partes para converter o negócio jurídico inicial em outro negócio jurídico (art. 170, CC/02). Essa posição é defendida, ainda que não a debata nesse contexto, por BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 55-57.

<sup>19</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

<sup>20</sup> É tecnicamente mais preciso falar em declaração de vontade que em declarações de vontade a formar o contrato, uma vez que, por ser um ato jurídico único, é o resultado da congruência de vontades diversas (o que se chama de acordo ou consenso), que são captadas pelo direito como uma só declaração: a declaração comum que resulta de vontades diversas, porém acordes sobre um determinado objeto. Segundo, ainda, Junqueira de AZEVEDO, “O contrato consiste, pois, em uma declaração (comum) de vontades (diversas) e não em declarações (diversas) de uma vontade (comum)”. *Op. cit.*, nota de rodapé nº 32, p. 18.

<sup>21</sup> A explicação por essa possível predileção ao tratamento do negócio jurídico ao invés do tratamento do contrato pode ser encontrada em Francesco GALGANO como influência da doutrina alemã e da opção própria do legislador alemão (BGB) de regular o negócio jurídico, como categoria abstrata abrangente de diversas formas de declaração de vontade, em contraposição ao que chama de “método econômico”, o que parte da realidade social, das formas socialmente típicas de relação entre as pessoas, que encontra no contrato o seu vértice, o centro da vida social. O Codice Civile de 1942 parte do método econômico. Podemos enquadrar o nosso CC/02 como de inspiração científica. GALGANO, Francesco. *Il contratto*. Padova: CEDAM, 2007, p. 16-19.

O objetivo é decompor o contrato em *elementos técnico-jurídicos*, tendo sempre em conta se tratar de *decomposição artificial* de um fenômeno que, na realidade dos fatos, é inteiro, unitário, e que não existe nos elementos individualizados que serão estudados, mas como unidade (mais que soma) que lhes é anterior e a partir da qual esses elementos são destacados como recurso técnico para o seu entendimento. Trata-se de *decomposição analítica* dos elementos que formam o contrato no plano da existência, também chamados na doutrina de elementos *intrínsecos* ao contrato, *constitutivos* ou *essenciais*<sup>22</sup>. São, pois, elementos doutrinários, de dogmática jurídica, que não necessariamente estão positivados em lei. Aliás, a lei, em geral, só vai dispor sobre os elementos do contrato quando for para lhes exigir requisitos de validade. Assim o faz o art. 166 do CC/02 ao exigir objeto lícito, possível e determinável (inciso II), motivo determinante lícito (inciso III) e forma prescrita ou autorizada em lei (inciso IV)<sup>23</sup>. Isso não significa, contudo, que a lei encerre os elementos do contrato; o objetivo primeiro da lei é regular os requisitos de validade do contrato que se ligam a alguns dos elementos de existência do contrato. Sempre que a lei elenca os elementos, eles devem ser considerados pela doutrina. Mas nem sempre a enumeração legal é exaustiva e nem sempre a lei é expressa ao indicar os elementos, consistindo tarefa ordinária da doutrina o estudo da totalidade dos elementos de existência do contrato, revelando elementos que podem estar apenas pressupostos pela lei. Mais: a análise doutrinária dos elementos do contrato serve a diversos outros fins, que não unicamente à análise da validade do contrato. Tanto é assim que, no presente estudo, a finalidade da identificação dos elementos do contrato consiste em revelar, a partir deles, e do modo mais técnico possível, a existência do fenômeno jurídico da coligação contratual (cap. 3).

A doutrina converge, de forma majoritária e com algumas variações, em considerar como elementos do contrato (i) o consentimento, (ii) o objeto e (iii) a forma. Tais seriam os *elementos estruturais* do contrato, termo empregado por Emilio BETTI para distingui-lo do que considera o *elemento funcional* do contrato, qual seja, a causa. Nesse

---

<sup>22</sup> Assim MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Trad. (para espanhol) de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 70-71.

<sup>23</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV – não revestir a forma prescrita em lei;

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

ponto é que diverge a doutrina brasileira: quanto à adoção da causa como elemento do contrato, em especial à luz do nosso direito positivo, em que esse elemento não consta de modo expresso. Ainda quanto aos elementos estruturais, existem algumas variações na doutrina, cabendo voltar o estudo para as propostas apresentadas por Francesco MESSINEO e Emilio BETTI, na doutrina italiana, e por Antônio Junqueira de AZEVEDO, na doutrina nacional.

Francesco MESSINEO distingue entre elementos constitutivos do contrato e pressupostos de validade do contrato<sup>24</sup>. Os pressupostos de validade são extrínsecos ao contrato, no que se diferem dos elementos, esses identificados a partir da estrutura interna do contrato (intrínsecos, portanto). Arrola como pressupostos contratuais (i) a capacidade das partes, (ii) o poder de dispor e (iii) a legitimação para contratar<sup>25</sup>. Partindo de uma análise diretamente ligada ao direito positivo italiano, extrai os seguintes elementos contratuais: (i) consentimento; (ii) causa lícita, a demonstrar que mistura elementos de existência com validade; (iii) prestação possível, lícita e determinável; (iv) forma e (v) o motivo determinante, que só teria relevância jurídica em uma única hipótese, qual seja, quando o motivo determinante, comum às partes, for ilícito, com base no art. 1.345 do Código Civil Italiano<sup>26</sup>.

Emilio BETTI estuda os elementos constitutivos do negócio jurídico e não propriamente do contrato, espécie de negócio jurídico. É possível, e bastante tranqüila, a transposição desses elementos para o contrato, bastando respeitar a nota característica do contrato, o que lhe individualiza como espécie, que é justamente o consentimento das partes, o concurso de duas vontades para que exista o negócio jurídico bilateral. Vai-se, então, adotar a doutrina bettiana dos elementos do negócio jurídico para o contrato, fazendo-se ponderações sobre as peculiaridades dessa espécie de negócio jurídico quando assim se mostrar necessário.

---

<sup>24</sup> Importa referir que o Autor não tem como referencial teórico o plano da existência, de modo que trabalha a questão exclusivamente sob o enfoque do plano da validade. Consulta em: MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Trad. (para espanhol) de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 70 e ss.

<sup>25</sup> O Autor põe em dúvida a autonomia desse pressuposto – legitimação para contratar –, por ser possível reconduzi-lo ao poder de dispor. Foge aos limites do presente estudo adentrar no mérito dessa discussão.

<sup>26</sup> Art. 1345. *Motivo illecito*. – Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (626, 788, 1418).

Utiliza o jurista italiano uma definição estrutural, analítica, de negócio jurídico a partir da resposta a três perguntas: como é, o que é e por que é<sup>27</sup>. A primeira pergunta revela a *forma* do negócio, o modo pelo qual a vontade das partes se exterioriza ou, independentemente da vontade, o modo pelo qual venham a formar o consenso necessário (nota específica do contrato) para que haja uma relação contratual. Assim, arrola a *declaração de vontade* e o *comportamento concludente* como as duas formas que atendem à exigência de reconhecimento social entre os sujeitos (e, portanto, de recíproco reconhecimento) contratantes<sup>28</sup>. Aqui a crítica às concepções voluntaristas de definição do contrato a partir do consenso de vontades (conhecida como dogma da vontade), já que a vontade, por ser elemento subjetivo e interno ao sujeito, é, por si só, inapta a formar um contrato, uma vez que lhe falta a objetividade necessária para se tornar socialmente perceptível e, assim, fundar a existência de um acordo entre dois sujeitos na vida social<sup>29</sup>. Não que a vontade seja elemento desprezado pelo ordenamento jurídico e que não tenha influência na formação e na regulação do contrato. Longe disso. Ensina BETTI que a declaração é o resultado, pronto e acabado, do processo volitivo interno (psicológico) que lhe antecede do ponto de vista lógico e fático<sup>30</sup>. Ou seja, é estreme de dúvida que a declaração é o resultado exteriorizado da vontade do sujeito.

Ocorre que nem sempre há exata identidade entre a real vontade do sujeito e a sua exteriorização em uma declaração receptícia. Assim, deve prevalecer, num primeiro momento, a declaração de vontade (no plano da existência do contrato). A interpretação do contrato e a verificação da sua adequação típica devem ter como ponto de partida, portanto, a

---

<sup>27</sup> Nas palavras do Autor: “Nell’analisi degli elementi di cui consta, meglio si direbbe nell’analisi dei profili sotto i quali va considerato secondo questa definizione, il negozio dà luogo a tre distinte domande: a) come è (forma); b) che cosa è (contenuto); c) perché è (causa). Le prime due domande concernono la struttura (che è forma e contenuto); la terza, la funzione”. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>28</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA, as duas formas de exteriorização da vontade seriam a declaração e a manifestação de vontade, que seria o ato volitivo declarativo, que também pode ser nominado de atuação de vontade. A manifestação de vontade é assim reconhecida por força da incidência de lei específica ou das circunstâncias negociais. Utiliza uma definição clássica de manifestação, a partir da sua etimologia para distingui-la da declaração: “(...) manifesta-se o querer, sem se “declarar” o que se quer”. *In: Tratado de Direito Privado*, parte geral, tomo III (Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova). 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 10.

<sup>29</sup> A corrente voluntarista de definição do contrato tem suas origens históricas nos ideais da Modernidade, notadamente no individualismo e na liberdade, de modo que a sua legitimidade – o fato de ter sido positivado esse conceito subjetivo de contrato nos principais Códigos modernos atesta a sua legitimidade – recai mais propriamente sob o aspecto histórico-ideológico que dogmático. No atual estágio da dogmática civilista, essa definição se encontra largamente superada.

<sup>30</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 55 e 163 e ss.

declaração de vontade das partes. Num segundo momento, o ordenamento jurídico considera a vontade como juridicamente relevante para atuar como *meio de correção* do contrato, quando verificada a referida cisão entre a vontade real e a declaração. A vontade como meio de correção atua (i) na interpretação dos contratos, a que o CC/02 deu contornos ainda mais objetivos no que tange à busca da vontade dos contratantes ao estatuir que a intenção das partes, que se sobreponha ao sentido literal da linguagem utilizada, deve estar “consubstanciada” na declaração (art. 112), e (ii) no plano da validade dos contratos, quando o Código regulamenta a sanção de nulidade ou anulabilidade decorrentes de vícios de vontade (coação, erro, dolo)<sup>31</sup>. Por fim, evidente que a busca, *a posteriori*, de forma corretiva, pela real vontade das partes só pode ser feita por meio da análise de elementos objetivos dela reveladores, não raro por meio de presunções criadas no ato de aplicação do direito (mormente pela jurisprudência) a partir da experiência social, do que presumivelmente ocorre num ambiente social e econômico regular, tal como autorizado pelo art. 335 do Código de Processo Civil<sup>32</sup>, em que vai importar sobremaneira a observação das circunstâncias negociais.

A segunda pergunta – o que é - revela o *conteúdo* do contrato e procura demonstrar o que há de característico, de fundamental, na declaração de vontade ou comportamento concludente que lhe caracterizem como um negócio jurídico. Afirma que o que caracteriza o conteúdo de um negócio jurídico é o seu caráter preceptivo, de dever ser regulador dos interesses dos sujeitos na vida de relação. Entende que o preceito deva ser concreto, atinente à vida de relação e vinculativo (no original, “impegnativo”), esse último por considerar que o ato humano é caracterizado por qualidades correlativas, quais sejam a liberdade e a autoresponsabilidade, que é justamente a tornar-se vinculado a um preceito por vontade própria<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Quem esclarece essa diferença entre vontade e declaração e estabelece a função jurídica de cada qual, tão tormentosa na doutrina, enquadrando-as nos planos da existência, validade e eficácia é AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74-87. A expressão “meio de correção” é utilizada por Junqueira de AZEVEDO.

<sup>32</sup> “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

<sup>33</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 160 e 162.

A terceira pergunta – por que é - revela a *função* do contrato e é respondida pela análise da *causa*, que ele denomina de elemento *funcional* do contrato. Esse elemento funcional receberá tratamento à parte no próximo tópico. Assim, segundo BETTI, um negócio jurídico é definido pela sua *estrutura* (forma e conteúdo) e pela sua *função* (causa):

“Esso [referindo-se ao negócio jurídico] è l’atto con cui il singolo regola da sé i propri interessi nei rapporti com altri (atto di autonomia privata): atto, al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo (tipica in questo senso)”<sup>34</sup>.

Daqui, nesse primeiro momento, é possível formatar um conceito de contrato com base na teoria de Emilio BETTI, qual seja: *a declaração de vontade resultado do acordo entre as partes destinada a cumprir uma determinada função econômico-social na regulação autônoma dos seus interesses e a que o ordenamento jurídico atribua efeitos jurídicos*.

Em síntese são os seguintes elementos estruturais de um contrato: (i) circunstâncias negociais, (ii) objeto e (iii) forma. O elemento funcional é (iv) a causa do contrato.

#### 1.1.1 As circunstâncias negociais

Em prosseguindo o estudo dos elementos estruturais do contrato, voltemos à análise para a tese de Junqueira de AZEVEDO que, tal como BETTI, forja o seu estudo para os elementos de existência do negócio jurídico, mas se volta quase que totalmente ao contrato. Defende que seriam três os elementos: as *circunstâncias negociais* em que a declaração de vontade é emitida, o *objeto* da declaração e a *forma* pela qual se exterioriza<sup>35</sup>. Com efeito, a sua doutrina é voltada para um conceito de contrato que considera apenas a declaração de vontade, não se manifestando a respeito dos comportamentos concludentes. De toda forma, esses elementos de existência do contrato podem ser utilizados, sem qualquer incompatibilidade, para revelar o conteúdo de comportamentos concludentes passíveis de formar um contrato.

---

<sup>34</sup> Idem, p. 55.

<sup>35</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 73 e ss.

A principal variação da doutrina de AZEVEDO consiste na consideração das *circunstâncias negociais* como elemento do contrato. Ele as insere como elemento indissociável da declaração de vontade, considerando-as como o “padrão cultural” em que a declaração de vontade é socialmente reconhecida como tal<sup>36</sup>. Essa seria uma primeira função das circunstâncias negociais: atuar na distinção do que se chama de declaração séria da declaração não séria, estando somente a primeira apta a fazer incidir a norma jurídica que reconhece ao ato de vontade a produção de efeitos jurídicos. Uma segunda, e importante, função das circunstâncias negociais consiste em considerar o *contexto*, o meio econômico-social em que a declaração de vontade é emitida, de modo a compreendê-la em conformidade com a *presumível racionalidade econômica do negócio nesse mesmo contexto*. Observa-se na doutrina uma crescente atribuição de importância à consideração das circunstâncias negociais como modo de se aproximar mais da realidade contratual, sobrepondo em relevância análises pretensamente mais técnicas que apresentavam respostas muitas vezes artificiais, insuficientes na busca de uma precisa interpretação do negócio e na tutela dos interesses das partes. As circunstâncias negociais se agregam aos demais elementos do contrato para que possa ser interpretado, ou seja, para que a declaração de vontade - em geral retratada nas cláusulas contratuais - possa ser interpretada de forma mais próxima da operação econômica buscada pelas partes, dos seus efetivos e reais interesses, da dinâmica própria de um determinado contrato em seu contexto econômico-social.

Na tentativa de dar um conteúdo mais preciso às circunstâncias negociais, podemos dizer que se tratam de circunstâncias de fato relacionadas:

(i) Às pessoas contratantes: se empresas, incluindo empresários individuais, a observância da atividade, do ramo de atuação, do objeto social da empresa. Se prestador de serviço técnico ou consultivo, a sua profissão e qualificação acadêmica ou técnica. A observância da atividade desenvolvida pelas empresas contratantes e a sua posição no mercado vão revelar o interesse das partes no objeto do contrato e no modo de execução das prestações.

---

<sup>36</sup> Nas palavras do Autor: “Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas)”. Ainda em: *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 122.

(ii) À relação negocial em si: importa considerar o tempo e o local em que o objeto contratual deverá ser satisfeito. Importa o histórico de relacionamento contratual e mesmo social entre os contratantes. Por fim, importa aqui a consideração da existência de outros contratos entre as mesmas partes, que será utilizada para fins de verificação do fenômeno da coligação contratual (cap. 3, infra), e a consideração de outros contratos envolvendo uma das partes e terceiros, que poderá indicar a existência de coligação contratual ou o dever de respeito à situação contratual previamente existente, em razão do que a doutrina convencionou chamar de *tutela externa do crédito*, como um dos efeitos jurídicos concretos que se pode extrair do princípio da função social dos contratos<sup>37</sup>.

(iii) À situação de mercado: são questões de micro e macro economia diretamente relacionadas ao contrato e, bem assim, as eventuais intervenções estatais (fato do príncipe). Assim, por exemplo, a cotação da moeda em contratos realizados em moeda estrangeira, a taxa de juros e a evolução do índice de correção monetária em contratos de financiamento, a escassez ou abundância do produto comercializado no mercado, e as mais diversas formas de intervenção estatal na economia que tenham direta repercussão no contrato (sendo as mais graves o confisco e o tabelamento de preços) são consideradas circunstâncias negociais pertinentes à situação de mercado.

Agora, não é possível admitir um alargamento impróprio das circunstâncias negociais, cabendo estabelecer critérios para que tenha um campo de incidência o tanto mais preciso quanto possível. Assim, tem-se que as circunstâncias negociais devem ser de conhecimento comum das partes contratantes ou fato social notório (i). Elas devem possuir relação de congruência com a declaração contratual, em especial com o objeto e a função do contrato, ou seja, devem ser pertinentes a tais elementos (ii) e a relação de congruência deve ser direta e não indireta ou reflexa (iii). Ainda, não se deve esquecer que a circunstância

---

<sup>37</sup> O pioneirismo no estudo do tema no Brasil é de Junqueira de AZEVEDO em parecer exarado em caso de quebra contratual de contratos de distribuição com exclusividade entre postos de combustíveis e uma determinada distribuidora em razão de decisiva atuação das distribuidoras concorrentes que assediavam o posto a firmar contrato com elas, incidindo em inadimplemento do contrato anteriormente firmado. O Professor Junqueira de AZEVEDO assinala que a existência de um vínculo contratual socialmente reconhecível (no caso, em razão de o posto ostentar a “bandeira”, a marca, da distribuidora com quem firmara contrato com cláusula de exclusividade de compra) deve ser respeitada por terceiros como decorrência do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. Assim, além do dever de abstenção que competiria às demais distribuidoras (pretensão primária), em caso de quebra do contrato, poderiam ser solidariamente responsáveis pela indenização do dano, por terem concorrido a tanto (pretensão secundária). O parecer está em: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplimento Contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, abril de 1998. p. 113-120.

negocial é um dos elementos do contrato, que deve auxiliar na revelação do conteúdo da declaração de vontade, de modo que a presumível racionalidade econômica que possa se inferir das circunstâncias negociais não tem o condão de se sobrepor ao quanto expressamente pactuado entre as partes (iv), sendo lícito se supor que, na presença de declaração expressa das partes sobre determinado ponto do contrato, elas exerceram a autonomia lhes reconhecida pelo ordenamento justamente para afastar os presumíveis interesses que decorreriam da análise das circunstâncias negociais, competindo apenas analisar a validade do pactuado (tanto no aspecto dos vícios de vontade, quanto pela incidências regras cogentes ou de princípios jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico).

Por fim, quanto aos efeitos das circunstâncias negociais, tem-se que formam o substrato fático por excelência da incidência do princípio da boa-fé objetiva, não apenas na sua função hermêutico-integrativa<sup>38</sup>, mas especialmente na sua função jurígena<sup>39</sup> de criação de deveres laterais do contrato. Justamente uma das características dos deveres laterais, que têm como fonte normativa a boa-fé objetiva, é terem como fonte fática as circunstâncias negociais, conforme estudo de Jorge Cesa Ferreira da SILVA:

“Já no que toca à *fonte fática*, pode-se perceber que *os deveres de prestação possuem como suporte concreto o momento genético do contrato*, ou seja, o momento em que as duas vontades se conjugam. (...) Por seu turno, *os deveres laterais possuem como fonte fática o conjunto de fatos ensejadores e/ou decorrentes do acordo*, independentemente do momento genético. Eles não têm por base, assim, as declarações de vontade gênese do contrato, mas as atuações das partes (inclusive eventualmente declarativas de vontade superveniente) e o conjunto de circunstâncias, mesmo que decorrentes de terceiros, envolvidas na relação.”<sup>40</sup>

### 1.1.2 O objeto

Relativamente ao segundo elemento, o *objeto*, é conceituado como o conjunto de obrigações que compete a cada parte no contrato<sup>41</sup>. Tradicionalmente, a doutrina analisa o objeto do contrato a partir das obrigações de cada uma das partes de forma isolada, estática, sem conexão com as obrigações da outra parte. Assim, um determinado contrato é

<sup>38</sup> Ora reconhecida expressamente no art. 113 do CC/02, a cujo teor: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

<sup>39</sup> Ora reconhecida expressamente no art. 422 do CC/02, a cujo teor: “Os contratantes são obrigados a guarda, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>40</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 95-96

<sup>41</sup> Conceito utilizado por GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56.

caracterizado pela prestação que forma a sua *obrigação principal*. A prestação é o dar, fazer ou não fazer que, em concreto, constitui o objeto da obrigação principal. A compra e venda é caracterizada pela obrigação de transferência de domínio do bem pelo vendedor; a locação, pelo empréstimo oneroso de bem infungível pelo locador; a prestação de serviços, por um fazer a cargo do prestador. Segundo Karl LARENZ é a prestação que forma a obrigação principal o que dá conteúdo e significação para a relação contratual, e o elemento que vai identificar a tipicidade do contrato:

“Lo primario y decisivo, lo que da contenido y significación a la relación obligatoria y determina el carácter típico de la misma es la prestación determinada. La obligación está dirigida a la prestación determinada del deudor (o a las prestaciones de ambas partes) y cuando esto se ha producido entonces se ha alcanzado la finalidad de la obligación y ésta, por lo general, queda extinguida.”<sup>42</sup>

É, pois, a obrigação principal que constitui o *objeto* do contrato. Assim, para a doutrina que considera prescindível a causa na análise do contrato, é a identificação da obrigação principal que vai delinear o tipo contratual ou individualizá-lo como um contrato atípico.

Para além da obrigação principal, contudo, a dogmática civilista vem dando largos passos no sentido de ampliar, em quantidade e qualidade, o espectro obrigacional que cada parte assume no contrato, dando origem ao que se chama de relação obrigacional complexa. Conforme ensina Jorge Cesa Ferreira da SILVA, com base na doutrina alemã<sup>43</sup>, cuja evolução e estado atual apresenta com propriedade, a noção de obrigação complexa compreende uma série de deveres além dos *deveres principais*, que são os deveres correspondentes à prestação principal do contrato. São classificados – os demais deveres -, em *deveres secundários* e *deveres laterais*. Os deveres secundários são os deveres de natureza acessória aos deveres principais, como deveres-meio para a consecução do fim (cumprimento dos deveres principais), tal qual o dever de transporte da mercadoria quando pactuada a sua entrega no domicílio do credor, e os deveres de indenização (prestação autônoma)

---

<sup>42</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 19-20.

<sup>43</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 55-119. Trabalha, com total acuidade, fundamentalmente, a obra de STOLL, Heinrich. Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen: J.C.B. Mohr, nº 136, 1932.

coexistentes com a prestação principal, no caso de mora, ou substitutivos da obrigação principal, no caso de inadimplemento absoluto<sup>44</sup>.

Os deveres principais e os secundários formam o que se chama de deveres de prestação, atuando para realizar ou substituir a prestação principal, e têm como fonte fática o disposto em contrato, em geral o que estiver clausulado, e como fonte normativa as normas contratuais, decorrentes do exercício da autonomia privada, e a lei, na sua incidência direta na previsão desses deveres<sup>45</sup>. Os deveres laterais, por sua vez, nasceram para a proteção, *a latere* da relação contratual, da pessoa e do patrimônio das partes, para que não saíssem em situação pior da que ostentavam quando ingressaram na relação, e que evoluíram para compor deveres indiretamente ligados à prestação principal, no sentido de “determinar que o adimplemento se dê da forma qualitativa e objetivamente mais satisfativa aos interesses do credor e de forma menos onerosa ao devedor”<sup>46</sup>. Os deveres laterais, também chamados de deveres de proteção, têm como fonte fática fundamentalmente as circunstâncias negociais e como fonte normativa a incidência do princípio da boa-fé objetiva, tema que voltará a ser tratado na Segunda Parte deste estudo. Particularmente, entendemos se tratar - essa distinção quanto às fontes - de distinção quanto ao que ordinariamente se verifica e necessária para se estrear a diferença entre as espécies de deveres, já que, por vezes, a boa-fé incidirá de maneira decisiva na definição dos deveres secundários meramente acessórios dos deveres principais e os deveres laterais ligados indiretamente aos deveres principais também poderão ser extraídos do contrato em seu momento genético.

De todo modo, para fins de definição do objeto como elemento constitutivo e caracterizador de um determinado tipo de contrato, vai importar os deveres principais<sup>47</sup>, já

---

<sup>44</sup> Segundo a classificação de COSTA, Mário Júlio Almeida. Sem referência. *Apud* SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.* p. 72.

<sup>45</sup> Aqui o duplo sentido do conceito de contrato, seja como o fato que é (negócio, pois importa a vontade), que é fato jurídico porque eleito pelo Direito como fato social de especial importância que exija regulação, seja como o conjunto normativo que resulta após a incidência da lei, juridicizando o fato negocial e autorizando, notadamente pelo princípio que consagra a autonomia privada, mas também pelas demais normas de controle de validade e eficácia, que produza efeitos como conjunto normativo regulador das relações econômicas e sociais entre as partes tal como por elas consentido.

<sup>46</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>47</sup> Aqui uma observação quanto à terminologia utilizada: se se trata de “obrigações” ou “deveres” principais. A doutrina acaba utilizando ora uma, ora outra expressão sem se manifestar a respeito. A rigor, tecnicamente, são verdadeiras obrigações, já que dotadas de pretensão (primária, consistente na observância da obrigação, ou secundária, consistente na reparação de danos acaso violada a obrigação), ou seja, exigibilidade jurídica, dando ensejo ao exercício do direito de ação material. Consolidou-se na doutrina brasileira, porém, o uso do termo “deveres” para a distinção das espécies de obrigações que compõem o atual conceito de obrigação complexa. Uma das poucas vezes a enfrentar o assunto é Véra Maria Jacob de FRADERA, nesse sentido: “Uma observação

que os deveres secundários e laterais variam enormemente mesmo entre contratos de uma mesma espécie (quer típicos, quer atípicos). Tais deveres, portanto, não servem para a caracterização do contrato, podendo, no máximo, funcionar como indicativos da variação das circunstâncias negociais de dois contratos, que poderão, essas sim, como elementos, apontar diferenças, por vezes decisivas, outras vezes sem relevância para fins de tipificação, entre dois contratos.

### 1.1.3 A forma

Por fim, a forma é o último elemento estrutural do contrato. Todos os contratos possuem uma determinada forma, no plano da existência, que é o meio pelo qual um contrato se exterioriza no meio social, sendo a mais comum a forma escrita. Daí a correção terminológica de BETTI ao usar os nomes *forma vinculada* e *forma livre* quando o ordenamento exigir uma determinada forma (como a escritura pública, por exemplo) como requisito de validade do contrato, no lugar da classificação dos contratos em formais e não formais<sup>48</sup>. Todos os contratos, portanto, existem por meio de uma determinada forma. O que pode ocorrer é que uma dada forma vinculada seja exigida para a própria existência de um negócio jurídico. Essa é a nota distintiva dos negócios jurídicos abstratos, em contraposição aos negócios jurídicos causais. Nos negócios jurídicos abstratos, dada a abstração jurídica da causa, a forma sobreleva a sua importância, chegando a requisito de existência, dado o cuidado que é necessário para que um documento possa corporificar uma relação obrigacional (princípio da cartularidade). A forma pode também ser eleita como requisito de validade de um contrato, plano em que é mais comum a exigência de forma vinculada, tal como ocorre com os contratos de transferência de domínio sobre bem imóvel, de acordo com o art. 108 do CC/02.

## 1.2 O elemento funcional do contrato: a causa contratual

---

interessante diz respeito à terminologia empregada nos três sistemas em relação às conseqüências da incidência do princípio da Boa Fé Objetiva na relação contratual: enquanto os franceses, aqui pouco mencionados, utilizam a expressão “obrigações acessórias”, os alemães, brasileiros e japoneses preferem qualifica-las como “deveres”. A razão dessa diferença de tratamento talvez derive da consideração dos “deveres acessórios” como algo externo às partes, não originado da vontade dos contratantes, os quais convencionam, pelo exercício da autonomia da vontade, apenas a obrigação principal.” *In: A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito-PPGDir/UFRGS, Edição Especial, v. 1, nº 3, novembro 2003, p. 154.*

<sup>48</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 125-126.

Para os limites do presente estudo monográfico, o objetivo é analisar a causa como elemento do contrato, a sua definição e importância no sentido de identificar a tipicidade de um contrato. Não é objetivo do estudo, verificar qual a posição – se causalista ou não – do direito civil brasileiro positivado no CC/02. Far-se-á um estudo da causa como elemento apontado pela doutrina como constitutivo do contrato, útil ou necessário para o seu enquadramento típico. Importa, pois, analisar a diferença entre a causa e o motivo (subjeto) das partes e entre causa e motivo comum determinante do negócio. Assim, também não será objeto do trabalho a função de controle sobre a autonomia privada exercida pela causa, nos moldes do que se dá no direito italiano<sup>49</sup>.

Emilio BETTI entende que a análise dos elementos ditos estruturais do contrato – objeto e forma – não é suficiente, apesar de necessária, para a adequada qualificação jurídica de um determinado contrato<sup>50</sup>. Assim, soma-se aos elementos estruturais, o elemento funcional do contrato, qual seja, a *causa*, que define como a *função econômico-social* do negócio analisado como um todo dotado de unidade (funcional), a razão do negócio, a justificativa recolhida do meio social – meio em que a autonomia privada é exercida - para a circulação dos bens ou prestação de serviços pactuada entre as partes<sup>51</sup>. É absolutamente precisa a explicação da origem e da necessidade do conceito de causa na identificação dos contratos dada por BETTI. Diz que a autonomia privada é exercida, “tem sua gênese desde fora do direito, sobre o terreno da vida social”<sup>52</sup>, de modo que deverá ser interpretada e recolhida pelo direito a partir do quanto expressa nesse contexto econômico e social em que inserida, na finalidade que procura alcançar nesse âmbito. Daí dizer BETTI que a causa, nessa definição de função prático-social, econômico-social do exercício da autonomia privada por meio do contrato, é típica apenas dos atos jurídicos<sup>53</sup>, mesmo no direito público

---

<sup>49</sup> Isso em razão do disposto no art. 1.322 do Codice Civile:

Art. 1322. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

<sup>50</sup> “Solo così, esaminata la struttura – forma e contenuto (il come e il che cosa) – del negozio, può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perché).” BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 171.

<sup>51</sup> “Respinti questi vari modi di identificare la causa con elementi singoli del negozio siccome dovuti a prospettive unilaterali e perciò erronee, è agevole concludere che la causa o ragione del negozio s'identifica con la *funzione economico-sociale* del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella *sintesi* de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata”. BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>52</sup> Idem, p. 181.

<sup>53</sup> Na classificação ponteana, como visto, a causa é típica dos negócios jurídicos.

(discricionarieidade administrativa), que envolvem manifestação de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos.

Assevera BETTI que a falta de consideração à causa torna indistinguível até mesmo os contratos de mútuo e de doação, uma vez que ambos têm como obrigação principal a entrega de um bem (o mútuo exige que seja bem móvel fungível; pressupõe-se o mesmo bem como objeto dos dois contratos), ou seja, ambos teriam o mesmo objeto pela análise estruturalista<sup>54</sup>.

Segundo PONTES DE MIRANDA, à exceção dos negócios abstratos, todos os demais são causais, podendo-se concluir, da análise da sua doutrina, ainda que não conceitue expressamente nesses termos, que ele utiliza a causa como o conceito que vai denotar o *título da atribuição patrimonial* em um contrato, ou seja, a indicação da razão pela qual uma parte atribui à outra o patrimônio negociado, o que deve ser buscado no acordo de vontade das partes<sup>55</sup>. Assim, PONTES DE MIRANDA indica três tipos abstratos de causa: causa *solvendi*, em que o bem é entregue (ou prestada a obrigação de fazer ou não fazer) em pagamento da dívida; causa *credendi*, em que a entrega do bem é feita pelo credor como condição para que possa exigir da outra parte a sua prestação; e causa *donandi*, em que a entrega do bem tem como título a disposição por liberalidade do seu titular. Na distinção entre mútuo e doação, no primeiro, que é contrato real e unilateral, a entrega do bem mutuado (mesmo gênero), com ou sem acréscimo (a depender de ser o mútuo oneroso ou gratuito), pelo mutuário (único com obrigação contratual) é *solvendi* causa, ao passo que a entrega do bem pelo doador é *donandi* causa.

Orlando GOMES também considera a causa como elemento essencial do contrato, já que é o elemento que informa o “entrosamento finalístico” entre as obrigações, o que não é revelado pelo objeto<sup>56</sup>. Esse conceito de objeto, portanto, não seria capaz de revelar a declaração de vontade que dá origem aos contratos bilaterais, em que as obrigações são distribuídas a ambas as partes em uma relação que se chama sinalagmática, ou seja, em uma

---

<sup>54</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 180.

<sup>55</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, tomo III (Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova). 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 81 e ss.

<sup>56</sup> Diz o civilista: “Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as *prestações* das partes, não o *intercâmbio* entre elas, pois este é a *causa*”. In: *Contratos*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56.

relação de reciprocidade entre as obrigações, estando uma em função da outra. Assim, para um tal conceito de objeto, inevitável se mostra a adoção da causa como elemento do contrato que ponha em relevo a interdependência das obrigações assumidas por cada parte.

No mesmo sentido da doutrina de BETTI segue a de Francesco MESSINEO, para quem a causa também possui uma leitura objetiva e equivale ao fim econômico-social do contrato. Entende que o termo que precisa o conceito é fim, finalidade do contrato, e não propriamente função<sup>57</sup>. Seria o fim que as partes intentam alcançar com a realização do contrato. É portanto um fim comum às partes, estável, constante, que permite tradução objetiva, no sentido de que não espelha a intenção subjetiva de cada uma das partes, seja ela qual for. Diferencia-se, pois, a causa do motivo.

Os motivos do contrato são os móveis de índole subjetiva de cada parte ao firmar um contrato; são, portanto, os interesses particulares, mutáveis, internos, dos pactuantes. Na definição de Enzo ROPPO, os motivos são aqueles fins ulteriores, particulares às partes, para cuja consecução se valem do objeto contratual<sup>58</sup>. Em seguindo a linha de BETTI, poderíamos dizer que o motivo responderia à pergunta “para quê?”. Exemplifica ROPPO a definição com a compra de um quadro: a causa do contrato é a transferência da propriedade de um bem mediante o pagamento do preço, assim como em qualquer contrato típico de compra e venda, sendo que os motivos que levaram o adquirente a comprar o quadro podem ser os mais variados possíveis: para adornar a casa, para revender por um preço superior, para dar de presente, como forma de investimento, entre tantos outros.

Entendemos que o motivo não representa apenas a finalidade ulterior, o uso que será feito do objeto do contrato, mas também a origem, a razão por que se está celebrando um contrato. Quer dizer, o motivo denota tanto uma finalidade ulterior (motivo-fim), quanto a

---

<sup>57</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Trad. (para espanhol) de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 109-110.

<sup>58</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 198-199: “O conceito de “motivo” do contrato acha-se por contraposição ao de causa. As partes que tomam uma iniciativa contratual propõem-se realizar através dela *interesses particulares*, satisfazer *particulares necessidades* individuais que vão para além, e ficam fora, do esquema e dos efeitos típicos da operação jurídico-económica concretamente empregada, e que vimos coincidir com a causa do contrato. Estes interesses e estas necessidades particulares – variáveis segundo os contratos individuais, concretos, e, por isso, não identificáveis e qualificáveis a priori – pressupõem a produção dos efeitos típicos do contrato (a realização da sua causa) de que necessitam como seu instrumento, mas são relativamente a estes qualquer coisa mais, representando o escopo ulterior – individual, pessoal, concreto – que através daqueles efeitos típicos se pretende conseguir: são estes, justamente, os motivos do contrato.”

razão pela qual se contratou (motivo-razão). No exemplo da compra do quadro, também seria motivo, e se trata do motivo mais comum, ter comprado o quadro por achá-lo simplesmente bonito, expressivo, o resultado de um trabalho talentoso.

Daí serem os motivos, a princípio, juridicamente irrelevantes. PONTES DE MIRANDA assinala, contudo, que ao lado do que chama de *princípio da irrelevância dos motivos*<sup>59</sup>, existe no ordenamento o *princípio da inseribilidade dos motivos*, pelo qual as partes podem inserir no contrato os motivos que as levaram a concluí-lo ou para o atingimento do qual foi concluído. Não só as partes, mas também a lei pode dar relevância jurídica aos motivos; segundo PONTES, seriam essas (a vontade e a lei) as duas fontes de relevância dos motivos<sup>60</sup>. É preciso pontuar que, quando se tratar de motivo individual, o seu ingresso no mundo jurídico, como elemento juridicamente relevante, depende de vontade declarada, não bastando a tanto a simples manifestação de vontade, o que não ocorre quando se tratar de motivo comum determinante do contrato.

De outra parte, são juridicamente relevantes os motivos ilícitos quando comuns às partes e determinantes do negócio. Essa hipótese, que já estava contemplada no Código Civil italiano de 1942<sup>(61)</sup>, razão pela qual MESSINEO fala nos motivos determinantes comuns às partes como elemento do contrato, veio a ser recepcionada pelo nosso Código Civil de 2002, no artigo 166, inciso III<sup>(62)</sup>. Quando se fala em motivo comum às partes não significa que ambas farão o mesmo uso do objeto do contrato, que o utilizarão para a mesma finalidade, o que é algo raro (existe no contrato social, p. ex.), mas que a finalidade ulterior a ser dada por uma delas ao objeto contratual seja, primeiramente, conhecida pela outra parte. Em segundo lugar, para que seja determinante, além de conhecer, a outra parte precisa verdadeiramente *aderir ao motivo*, no sentido de com ele assentir, dele partilhar, o que é denotado pelo auferimento de alguma vantagem em razão do motivo ilícito perpetrado pela outra parte<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Importante é a observação de PONTES de que mesmo os motivos podem ter importância jurídica para a interpretação do contrato: “Não se conclua, porém, pela insignificância absoluta dos motivos. Em certas circunstâncias, podem ser de importância para a interpretação do ato.” In: *Tratado de Direito Privado*, parte geral, tomo III (Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova). 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 98.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 102.

<sup>61</sup> Art. 1345. Motivo illecito. – Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (626, 788, 1418).

<sup>62</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

<sup>63</sup> A melhor definição é de ROPPO: “(...) para a ilicitude do contrato não é suficiente que uma das partes esteja animada, subjectivamente, por um motivo ilícito, e nem sequer que a existência de um tal motivo seja notada

Para além da relevância jurídica quando o motivo for ilícito, entendemos que o *motivo determinante comum às partes é sempre juridicamente relevante*. Isso porque a doutrina é assente em considerar como abstrata a classificação dos elementos contratuais em essenciais e não essenciais, o que significa dizer que se vale da consideração, em abstrato, dos elementos sem os quais não se pode conceber a existência de um contrato. Os demais elementos contratuais, classificados abstratamente como não essenciais, no sentido de ser possível a existência de um contrato sem estes elementos, como a condição, o termo, o encargo e o motivo, quando introduzidos em um determinado contrato em concreto, passam à condição de elemento essencial daquele contrato em concreto<sup>64</sup>. Quando existente, o motivo determinante comum às partes é considerado introjetado, ainda que não o seja de forma expressa, pelas partes como elemento essencial de um contrato em particular. Mantém-se as duas fontes de relevância dos motivos: a lei e a vontade das partes. Mas, diferentemente do que ocorre com o motivo individual, o motivo comum às partes determinante do negócio pode ser revelado não somente pelo quanto expressamente pactuado pelas partes, como declarada expressão da sua vontade (declaração expressa de vontade), como também pela vontade implicitamente declarada e pela simples manifestação de vontade.

A vontade das partes reveladora do motivo comum determinante do negócio, então, deverá ser buscada não só na declaração verbal ou escrita, mas no comportamento das partes à luz das circunstâncias negociais. Como visto, as circunstâncias negociais formam um dos elementos do contrato, como o meio no qual a vontade é declarada ou manifestada, que será especialmente importante para revelar a vontade das partes na introjeção (expressa ou implícita) dos motivos comuns determinantes do negócio. Pontue-se sempre que a revelação da vontade se dá a partir de elementos objetivos, de existência socialmente reconhecida, como a declaração (expressa ou tácita) e o comportamento (quando qualificável como manifestação de vontade) à vista de determinadas circunstâncias negociais.

De observar que existe uma relação íntima entre o motivo determinante comum e a causa do contrato. Com efeito, é tênue e de não fácil resolução a linha de distinção entre

---

pela contraparte: exige-se, diversamente, que a contraparte o partilhe e o faça seu, alicerçando aí as perspectivas de ganho oferecidas pela operação, e, portanto, o seu interesse nessa mesma operação. Assim, não é ilícita a locação de um apartamento que o arrendatário tencione destinar a casa de encontros, ainda que o locador tenha disso conhecimento: torna-se ilícita se o locador se aproveita desse motivo para exigir e obter do locatário uma renda muito mais alta do que a do mercado.” *Op. cit.*, p. 200.

<sup>64</sup> Nesse sentido: KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 86-87.

ambos, tanto que essa questão não é enfrentada nem mesmo pelos civilistas italianos que trabalham mais detidamente o conceito de causa. Entendemos que a dificuldade reside justamente na destacada importância do motivo determinante comum em um dado contrato, como o elemento que vai indicar a tônica do contrato, os interesses perseguidos pelas partes.

A causa, ainda na definição de BETTI, é *o resultado da síntese dos elementos essenciais de um contrato*, que os agrega em *totalidade e unidade*, passando a informar a função que esse contrato exerce na realidade social. Assim, a causa não é retirada do nada, do vazio, mas da análise de cada contrato a partir dos seus demais elementos. Justifica-se a causa como elemento apartado do contrato na medida em que *a síntese é mais que a simples soma*; ou seja, a síntese revela algo que a simples soma é incapaz de revelar: ela parte da soma para lhe dar um sentido próprio, aquele sentido de totalidade e unidade que não é informado pela justaposição dos demais elementos. Ainda é preciso que se esclareça que é uma síntese para um propósito específico: revelar a função econômica do contrato. A causa não serve para revelar todos os interesses das partes, todos os objetivos envolvidos no contrato, mas os interesses necessários para que se compreenda o acordo das partes sobre um determinado objeto em termos da função a ser concretizada pelo contrato. Assim, a causa faz uma seleção dos elementos do contrato para identificar a função por ele desempenhada.

Isso posto, tem-se que o motivo determinante comum poderá ter relevância a ponto de alterar a própria funcionalidade do contrato, quando então será captado pela causa como um dado que, aliado a outros dados (fornecidos pelos demais elementos), vai identificar uma nova função exercida pelo contrato, que vai distingui-lo de um outro contrato típico com o qual tenha semelhança em relação aos elementos estruturais (objeto especialmente). Aqui a fonte de dificuldade para extremar os dois elementos que, nessa hipótese, terão muitos pontos de contato quanto ao conteúdo. Ou, em outra hipótese, o motivo determinante comum poderá continuar apenas como tal, sem ser captado pela causa como definidor de uma função diversa a ser desempenhada pelo contrato, caso em que será mais fácil distinguir os dois elementos.

Tome-se como exemplo o contrato de compra e venda. Quando se celebre uma compra e venda tendo como motivo determinante comum às partes que o imóvel seja destinado à instalação de uma casa noturna, tem-se que a função do contrato de compra e venda, que é uma função de troca, consistente na transferência do bem mediante o pagamento do preço, não resta alterada. Por certo que esse motivo determinante comum vai ter

importante repercussões jurídicas, seja na interpretação do contrato, seja na aplicação de princípios jurídicos reitores do agir das partes no contrato, como a boa-fé objetiva, que vai ter aplicação própria e diferenciada para o contrato de compra e venda que tenha um específico motivo determinante comum. Mas não se chega a alterar a causa do contrato. Diferente é a situação do contrato de compra e venda que seja utilizado para viabilizar uma operação de *hedge* cambial. Para assegurar o valor da moeda no tempo, as empresas exportadoras ou importadoras firmam contratos de compra e venda a termo desse mesmo ativo por um determinado preço em uma data futura (por isso, o contrato é a termo). São os chamados contratos de futuros, em que se discute se a liquidação do contrato pela diferença entre o preço definido pelas partes e o preço do mesmo ativo no mercado à vista na data da liquidação (termo do contrato) é mero pacto adjeto de um típico contrato de compra e venda<sup>65</sup>. Entendemos que não se trata de simples pacto adjeto, mas que, no contrato de futuros, há uma nova função econômica desempenhada, consistente no asseguramento de um determinado preço em uma data futura, um verdadeiro seguro de preço, uma garantia contra a oscilação do preço no tempo. Essa nova causa do contrato de futuros, que o diferencia do contrato de compra e venda, é revelada pelo objeto do contrato, já que o pagamento se dá por meio de liquidação pela diferença, e não pela entrega do bem, e pelo motivo determinante do negócio, que é justamente a finalidade de garantia de preço que se busca com a celebração do contrato.

Outro exemplo, que será trabalhado adiante, é de alguns casos de conexão contratual, como o contrato de comodato e o contrato de distribuição pactuados em conexão entre a distribuidora de combustíveis e o posto revendedor (cap. 3). Celebra-se, em instrumento contratual próprio, um comodato de equipamentos (tanques e bombas) para viabilizar a operação econômica capitaneada pelo contrato de distribuição, qual seja, a distribuição de combustível ao posto revendedor. Então, originariamente, essa operação econômica fim repercute juridicamente como o motivo determinante comum da celebração do contrato de comodato. Ocorre que esse intento de viabilizar a operação de distribuição de combustível por meio de um empréstimo de equipamentos vai além de um motivo determinante comum, já que passará a alterar a própria funcionalidade original do contrato de comodato. Com efeito, a funcionalidade original do contrato de comodato consiste no empréstimo gratuito de bens infungíveis; quando em conexão com o contrato de distribuição, perderá a nota de gratuidade de um típico contrato de comodato, passando a ter a sua

---

<sup>65</sup> Para a discussão específica, que foge aos limites do trabalho, remete-se o leitor para: SZTAJN, Rachel. *Futuros e swaps: uma visão jurídica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 204-215.

funcionalidade alterada para um atípico empréstimo oneroso de bens infungíveis, já que haverá correspectividade na prestação do posto de combustível (comodatário) consistente na aquisição, em geral com exclusividade, de combustível da distribuidora (comodante). Assim, o motivo determinante comum, qual seja o de servir de meio para tornar viável um segundo contrato (o de distribuição), passará a ser considerado como componente da própria causa do contrato originariamente firmado como de comodato. Não é, pois, captado juridicamente como motivo determinante comum, mas como componente da própria causa do contrato.

Entendemos, pois, em conclusão, que a linha divisória entre ambos os elementos reside na *alteração da funcionalidade própria do contrato*: quando o motivo comum for influente a ponto de alterar a funcionalidade do contrato, deve ser considerado como componente da própria causa do contrato.

No que tange à classificação dos contratos entre causais e abstratos, é preciso ter em vista o modo como é utilizado o conceito de causa nesse sentido, para fins classificatórios. Assim, nessa classificação entre contratos causais e abstratos (não causais), leva-se em consideração o *grau de abstração* da causa determinado pelo ordenamento jurídico. Ou seja, nos negócios abstratos, como os títulos de crédito, há, sim, causa de emissão do título, que é a causa do negócio jurídico subjacente. Ocorre que o ordenamento autoriza a abstração jurídica dessa causa, passando a dotar de eficácia plena e autônoma o direito de crédito contido no título por razões de segurança e eficiência do tráfico jurídico. BETTI explica que o critério é o da relevância direta ou indireta da causa para os negócios causais e abstratos, respectivamente<sup>66</sup>. A contrapartida para essa abstração da causa está na exigência de rígidos requisitos de *forma* para a celebração de um negócio abstrato como meio de controle da emissão e circulação desses negócios de modo a tentar minorar eventuais prejuízos de pessoas ilegitimamente apontadas como devedoras e de terceiros que venham a adquirir o crédito contido no título<sup>67</sup>. Agora, a relevância da causa é indireta e não inexistente porque a discussão sobre a existência e os efeitos da causa é admitida entre as partes que celebraram o negócio abstrato (a causa de emissão do título). Isso porque as razões de segurança e eficiência do tráfico jurídico que justificam a abstração da causa só adquirem

---

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 196 e ss.

<sup>67</sup> BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 197.

valia quando estiver envolvido um terceiro adquirente de boa-fé do título, em relação ao qual é inoponível qualquer problema de determinação causal<sup>68</sup>.

Entendemos que a causa constitui elemento essencial de qualquer negócio jurídico causal, com relevância indireta para os negócios jurídicos abstratos, e, nessa condição, dela não se pode prescindir para a qualificação jurídica dos contratos, notadamente na *identificação do tipo contratual* e na fixação do *regime interpretativo* mais adequado ao contrato. De fato, a lei tipifica contratos para atender uma determinada função econômica em específico. O mote do legislador, e não poderia ser diferente, é dotar os privados de meios jurídicos para a consecução de finalidades sócio-econômicas tidas como necessárias e que se repetem no meio social. Por outro lado, no plano da realidade da vida social, é irrefutável que as partes celebram um contrato para o atingimento de uma determinada finalidade, de um escopo econômico ou social. As partes não celebram um contrato de forma desinteressada, sem qualquer utilidade, para o nada; BETTI fala que as partes não exercem a autonomia que lhes é reconhecida para “volere a vuoto”. A qualificação jurídica de um contrato, pois, passa pela comparação da *causa concreta* de um determinado contrato com a *causa abstracta* prevista no tipo legal. A causa se impõe como elemento do contrato por ser natural a qualquer pactuação e por corresponder, no plano legal, à *teleologia* das normas que tipificam os contratos. É atributivo do contrato possuir uma causa, razão pela qual dela não se pode prescindir como elemento contratual.

## 2. A tipicidade contratual

O estudo dos elementos essenciais dos contratos fornece o ferramental dogmático necessário para o estudo do tipo e, assim, para a qualificação jurídica dos contratos. O objeto deste capítulo consiste em traçar os critérios que permitam classificar um contrato como típico ou atípico, tendo como referencial a doutrina de Pedro PAIS DE VASCONCELOS, fixar o regime jurídico aplicável aos contratos atípicos, divisando os contratos atípicos puros e os atípicos mistos, e, por fim, demonstrar que a unificação do direito privado operada pelo CC/02 não suplantou a existência de padrões de comportamento

---

<sup>68</sup> Ainda BETTI, Emilio. *Op. cit.*, p. 203. Pontifícia Junqueira de AZEVEDO que “No direito brasileiro, não há negócios absolutamente abstratos, somente os há relativamente abstratos; com isso queremos dizer que a falta de causa sempre terá relevância entre as partes”. *Op. cit.*, p. 143.

diferenciados entre empresários e civis que redundam em *standards* jurídicos próprios que podem orientar uma interpretação e uma aplicação diferenciada das normas comuns aos dois sujeitos de direito privado.

## 2.1 Os critérios para a classificação de um contrato como típico ou atípico

Não utilizamos o conceito de tipo proposto por Emilio BETTI, que o associa ao estudo da causa contratual. Com efeito, para o jurista italiano, na interpretação que faz do art. 1.322 do Codice Civile, todo o contrato, para ser reconhecido pelo direito e ser, assim, merecedor de tutela jurídica, precisa ser típico, no sentido de corresponder a uma exigência socialmente reconhecida, aprovada socialmente. Chama de tipicidade a adequação da causa de um contrato inominado a um interesse socialmente relevante, estável, duradouro, de modo que todo contrato deve ser típico para ser reconhecido pelo direito<sup>69</sup>.

Adotamos o conceito tradicional de tipicidade, segundo o qual a tipicidade denota a existência de uma *disciplina normativa para um contrato em espécie*. A doutrina distingue a *tipicidade social* da *tipicidade legal*<sup>70</sup>. A tipicidade social é a repetição de um determinado arranjo contratual no meio social que, pelos usos do local, esteja submetido a uma disciplina jurídica (porque os usos são recepcionados pelo direito como fonte), ainda que não exaustiva, ou seja, ainda que mínima, quanto aos direitos e obrigações essenciais desse contrato. Essa disciplina normativa, que é mínima e difusa no tipo social, mostra-se completa e precisa – ou com aspiração a tanto - no tipo legal<sup>71</sup>.

De fato, nesse caminho de consolidação do tipo, forjam-se regras que “Foram geralmente sedimentadas progressiva e paulatinamente pela prática, muitas vezes secular, das partes na contratação e formaram um direito contratual consuetudinário que os contratantes conheciam e seguiam, com consciência geral de que essas regras eram as próprias, isto é, as

---

<sup>69</sup> No entendimento do Autor: “La *liceità* è bensí condizione necessària, ma *non* condizione *sufficiente* di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche a un’*esigenza* durevole della vita di relazione, a una funzione d’interesse sociale, che solo il diritto – attraverso l’*apprezzamento* interpretativo della giurisprudenza – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela (§§ 9, 49 *ad II*).” *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 193.

<sup>70</sup> A quase totalidade da doutrina se vale desses conceitos. Ver, por todos: BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 192.

<sup>71</sup> No curso da dissertação, a consideração de um contrato como atípico, quando não se fizer referência à tipicidade social, diz respeito à tipicidade legal.

típicas de cada contrato e com a convicção da sua obrigatoriedade”<sup>72</sup>. O fenômeno da tipificação, pois, se inicia como social e passa a ser acolhido pelo direito legislado, que lhe dá uma configuração mais precisa, fixando direitos e obrigações e demais posições jurídicas das partes, prescrevendo, por vezes, uma determinada forma, e regulando os principais efeitos de uma determinada espécie contratual<sup>73</sup>. Em síntese, tipo social é o modelo contratual que se repete no meio social e é regulado pelos usos e costumes. Tipo legal é o que, via de regra, nasce como tipo social e é seguido ou adaptado pelo legislador, segundo critérios de justiça e conveniência, passando a contar com uma disciplina jurídica positivada e mais precisa.

Importa notar que é da natureza da tipificação, tanto a social quanto a legal, fornecer um regime jurídico para o regramento de um contrato como meio para a realização de uma dada função sócio-econômica. Temos sempre presente, nesse estudo, o conceito de contrato assumido por ROPPO, como a veste jurídica de uma operação econômica<sup>74</sup>. Daí a presença natural e indelével da causa como elemento do contrato, como visto, e como *elemento orientador* do tipo, por lhe fornecer, materialmente, as razões para a existência de um determinado contrato e as finalidades imediatas a serem alcançadas por aquele contrato. Nesse sentido é que se pode falar que o tipo possui uma *causa abstracta*. Entendemos que a regulação típica de cada contrato forma um conjunto orientado de normas, quase que um sistema jurídico em um plano interno, dotado, pois, de *coerência e completude* (ainda que limitada) internas, de forma que não se apresenta como um conjunto a princípio intercambiável com os demais tipos, no sentido de que suas regras poderiam ser extensíveis a outros tipos. Essa coerência interna é orientada, segundo entendemos, pela *função econômico-social perseguida, em abstracto, por cada tipo contratual*. A extensão das normas de um tipo para o outro depende de um rigoroso processo de aplicação tendo como recurso a *técnica da analogia*. Ressalta, ainda, a importância da *interpretação teleológica*, a partir da identificação dos fins perseguidos por cada conjunto de normas que formam um tipo, das posições jurídicas

---

<sup>72</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 529.

<sup>73</sup> Na lição de MESSINEO: “La verdad es que el contrato innominado reproduce, en términos particulares, la situación, más general, por la cual el derecho estatuido se encuentra, en un cierto modo, atrasado con respecto a la realidad vivida, en el sentido de que los institutos jurídicos tienen por lo común su germen, no en la fantasía de los juristas o del legislador, sino en la inventiva práctica de los mismos interesados y encuentran generalmente una primera disciplina en los usos, antes que la legislación se apodere de ellos”. *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, p. 381.

<sup>74</sup> É sempre presente, nesse estudo, o clássico conceito de Enzo ROPPO: “Mas esta questão [referindo-se ao modo de determinação do conteúdo contratual], por sua vez, só pode ser colocada de modo correcto e realista tendo presente a substância real do fenómeno contratual, isto é que o contrato mais não é que a veste jurídica de operações económicas, o instrumento legal para o exercício de iniciativas económicas.” *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 127.

que se pretende proteger, do fundamento para regras concessivas de direitos ou restritivas de direitos para um determinado contrato típico. A *pedra de toque* da interpretação teleológica das normas e da sua aplicação analógica para outros contratos típicos e, especialmente, para os contratos atípicos, reside na identificação da função econômico-social de cada modelo de contrato.

A qualificação jurídica é o processo de análise de um contrato para fins de enquadrá-lo como típico ou atípico e, assim, ser definido o regime jurídico que lhe seja aplicável. O processo de análise consiste na verificação da adequação dos elementos do contrato em concreto (circunstâncias negociais, objeto, forma, causa e, quando inseridos pelas partes, o motivo comum determinante e os elementos modais – condição, termo e encargo) aos elementos definidos socialmente ou pelo legislador para os tipos. Adota-se, aqui, a *teoria dos índices do tipo* de Pedro PAIS DE VASCONCELOS segundo a qual um contrato é tão mais próximo de um tipo quanto maior for a semelhança entre os seus elementos característicos. PAIS DE VASCONCELOS adota não apenas os elementos essenciais dos contratos, mas também elementos secundários desde que sejam indiciários de um juízo de semelhança com o tipo. Segundo o Autor, não há um elemento único que possa definir, em sua inteireza, as características de um contrato, razão pela qual utiliza índices de identificação. Assim, cita como os índices do tipo mais comuns “(...) a causa, entendida objectivamente como função, o fim, a estipulação do tipo, o objecto, a contrapartida, a configuração, o sentido, as qualidades das partes e a forma. Para além destes, existem outros de utilização menos frequente, mas nem por isso menos importante”<sup>75</sup>.

Concordamos com o doutrinador português no sentido de que não há um elemento decisivo para a qualificação jurídica do contratos, mas, como visto, consideramos a causa como elemento indispensável, diferentemente da doutrina não causalista para quem o objeto é suficiente e a causa dispensável. A doutrina italiana advoga a indispensabilidade da causa na tipificação contrato, conforme se vê em MESSINEO<sup>76</sup>. No mesmo sentido, segue a

---

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p. 571.

<sup>76</sup> Diz MESSINEO: “Más aún, como se verá (Cap. VIII), a cada *grupo* de contratos corresponde un tipo determinado de causa, aunque en definitiva cada figura singular de contrato tenga su causa peculiar y concreta que es exclusiva de él.” *Doctrina General del Contrato, cit.*, p. 113.

doutrina Argentina, representada por LORENZETTI<sup>77</sup>. A causa é mais um elemento que deve ser considerado no enquadramento típico de um contrato.

Agora, é preciso que se aponte os critérios para que seja levado a efeito esse processo de análise da tipicidade ou atipicidade de um contrato em concreto. A doutrina tradicional utiliza um raciocínio subsuntivo, no sentido de que deve haver exata correspondência dos elementos do tipo com os elementos do contrato. Grande salto se dá com a teoria dos índices do tipo desenvolvida por PAIS DE VASCONCELOS, tendo raízes, é de se dizer, na doutrina alemã. Com efeito, sustenta com razão o jurista que, na realidade da vida econômica, não é com frequência que ocorre essa subsunção exata, já que as partes, na normalidade dos casos, ainda que tenham um determinado tipo como referência, procedem às adaptações necessárias para regular as suas operações econômicas concretas. Ademais, os tipos possuem uma certa *elasticidade* que os permite comportar contratos específicos que possam se colocar na periferia do tipo e não propriamente no seu centro. Partindo dessas premissas, chegou à conclusão de que a qualificação de um contrato não necessariamente se dá por meio de um processo subsuntivo, devendo-se adotar, em substituição, um processo que chama de *tipológico*, consistente em um “(...) juízo graduável e ponderado de maior ou menor correspondência” entre os índices do tipo, que vai se centrar nas semelhanças ou dessemelhanças entre o contrato e o seu modelo típico, em vez de focar na identidade ou diferença entre eles. São precisas as suas palavras:

“O juízo predicativo não precisa de ser de correspondência exacta e total entre o caso e o tipo e só raramente o será. A correspondência entre o caso e o tipo é graduável e poderá ser maior ou menor. O juízo predicativo é um juízo de correspondência que opera com base na semelhança. A semelhança é sempre uma qualidade intermédia entre identidade e diferença e, como tal, comporta em si uma zona de igualdade e uma zona de desigualdade. A medida de semelhança necessária para a qualificação não é susceptível de ser determinada exactamente nem em geral. A semelhança, como combinação graduável de igualdade e diferença, permite apenas a qualificação como correspondência ao tipo, susceptível de potenciar a descoberta da disciplina concreta do contrato em termos de analogia. A qualificação, como juízo predicativo, não se traduz assim, num juízo binário de correspondência total ou de não correspondência, de inclusão ou de exclusão, mas sim num juízo graduável e ponderado de maior ou menor correspondência.”<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Diz LORENZETTI: “Un negocio jurídico bilateral es calificado como típico cuando es un supuesto de hecho que encuadra perfectamente en la descripción legal o social, sin apartarse en las finalidades. El apartamiento del tipo se configura cuando las disposiciones del contrato se apartan de la finalidad económico-social del mismo.” *Tratado de los Contratos, cit.*, p. 32.

<sup>78</sup> *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 570.

A sua teoria desenvolve ainda a idéia da necessidade de se proceder a três juízos para a correta qualificação de um contrato. Pelo *juízo primário*, faz-se o exercício de comparação – semelhanças e dessemelhanças - entre o contrato em concreto e os contratos típicos a que tenha alguma referibilidade para se traçar os pontos de maior ou menor correspondência e, bem assim, os fundamentos pelos quais o contrato possui maior ou menor correspondência em relação a um determinado tipo e não aos demais. No caso do contrato de distribuição, esse juízo deverá ser feito em relação aos contratos típicos que lhe sejam afins: compra e venda, comissão mercantil e agência; não há qualquer razão de pragmática jurídica para compará-lo com a locação ou a prestação de serviços, por exemplo. O juízo secundário é o necessário juízo de certeza e segurança que vai informar se o contrato em tela é típico ou não é típico. Trata-se do juízo da conclusão, sem o qual não se avança em termos de solução aos problemas do caso concreto para o que se exige a definição de qual o regime jurídico a ser aplicado.

Nesse quadro, é o juízo primário que “dá a possibilidade de discernir, dentro das fronteiras do tipo, os casos que são francamente típicos e que se situam no cerne do tipo, dos casos menos típicos, que se situam na periferia, embora ainda dentro do tipo”<sup>79</sup>. Além disso, as ilações do juízo primário, quando o contrato for típico, é que vão dar fundamento aos eventuais *afastamentos de aplicação* de regras específicas do tipo quando o contrato não estiver no centro do tipo. Quando o contrato for atípico, essas ilações vão dar fundamento à *técnica da analogia* para a solução dos pontos lacunosos por meio da aplicação das regras dos contratos típicos mais próximos do caso, os chamados *contratos de referência*. Ou seja, é no juízo primário que se adotará, como referencial, a função econômico-social de cada tipo e a do caso em estudo (a causa do contrato) para se aferir os pontos de semelhança e de dessemelhança e, assim, fundamentar a não aplicação de algumas regras do tipo para o contrato típico e a aplicação por analogia de regras dos tipos mais próximos ao do contrato atípico.

Por fim, pontifica PAIS DE VASCONCELOS, haveria um terceiro juízo, que chama de *juízo sinéptico*, um juízo último “assente na excelência do resultado, no seu *êxito* na

---

<sup>79</sup> *Idem*, p. 573.

concretização da solução mais justa e mais adequado no caso concreto”<sup>80</sup>. Se o primeiro juízo pode ser considerado como um juízo de comparação, o segundo como um juízo de resultado, esse terceiro pode ser qualificado como um juízo de controle, controle da adequação e justiça da aplicação de um determinado regime jurídico para um contrato em concreto. Já que o direito é uma ciência cultural e não matemática, que tem como fim a justiça da decisão, que pondera as circunstâncias do caso concreto, os interesses, as pretensões e as expectativas das partes, é com bastante senso de realidade que o Autor põe a sua doutrina estrutural à prova e permite que os juízos anteriores possam conduzir a uma solução equivocada no caso concreto, o que demanda correção pelo terceiro juízo, dito sinéptico.

Assim, quando um contrato venha a ser qualificado como legalmente típico, aplica-se-lhe as normas gerais sobre contratos e direito das obrigações e as normas específicas que compõem a sua disciplina típica. Pode ocorrer, devido à elasticidade própria de cada tipo e nos limites dessa elasticidade, que um contrato em concreto se posicione mais ao largo do centro do tipo, na periferia do tipo, o que será denunciado pelo juízo primário, caso em que poderá ocorrer o afastamento da aplicação de algumas regras talhadas para contratos que se posicionem exatamente no centro do tipo.

Quando o contrato for apenas socialmente típico, aplica-se-lhe, igualmente e com maior intensidade as normas gerais sobre os contratos e direito das obrigações e o conjunto normativo específico daquele tipo informado pelos usos e costumes. Evidente que os usos e costumes não informam com a precisão do direito positivado a disciplina jurídica dos contratos apenas socialmente típicos, mas podem ser de importância decisiva na solução de controvérsias quando fixados alguns regramentos, ainda que mínimos, dessa espécie de contrato. Tem-se, aqui, os usos e costumes como fonte de direito.

## **2.2 O regime jurídico aplicável aos contratos atípicos**

Já no que tange à disciplina dos contratos atípicos, a situação é um pouco mais complexa e requer um estudo prévio da forma de criação de contratos atípicos. Tradicional na doutrina é a divisão entre os contratos *atípicos puros* e os contratos *atípicos mistos*. Os primeiros seriam aqueles criados pelos privados no exercício da autonomia que lhes é

---

<sup>80</sup> *Op. cit.*, p. 573.

reconhecida sem ter como referência um tipo já existente. Os segundos são criados a partir de adaptações a tipos jurídicos já existentes, o que é bem mais recorrente na prática social, uma vez que é natural que as partes procurem, na regulação de seus interesses, a utilização de tipos, por ser conhecida e testada a disciplina jurídica a eles aplicável.

PAIS DE VASCONCELOS divide os contratos mistos em *misto de tipo modificado* e *misto de tipo múltiplo*<sup>81</sup>. O primeiro abarca os casos em que as partes de valem de um contrato típico, como referência, e promovem as modificações necessárias para adaptá-lo às conveniências daquele novo contrato, que deixa de ser típico. No segundo figuram aqueles contratos atípicos que nascem a partir da junção da disciplina de mais de um contrato típico.

Consolidaram-se, na doutrina, três teorias para informar qual o regime jurídico aplicável aos contratos atípicos: a da absorção, a da combinação e a da analogia<sup>82</sup>. Pela primeira, diante de um contrato atípico misto, é possível identificar o tipo dominante com base no qual o novo contrato foi formatado, devendo-se, assim, aplicar o regime jurídico do tipo dominante. Pela teoria da combinação, identificados os tipos que formam o novo contrato, aplica-se a cada parcela do contrato regulada por um tipo, a disciplina jurídica própria desse tipo, numa justaposição de regimes jurídicos intercambiáveis. Com efeito, segundo explica PAIS DE VASCONCELOS, a teoria da combinação, proposta por HOENIGER<sup>83</sup> a partir da obra de RÜMELIN<sup>84</sup>, parte do pressuposto de que a disciplina legal de cada tipo não encerra um sistema fechado, mas naturalmente intercambiável com os demais tipos, na medida em que contém regulação própria pelo simples fato de ser o tipo em que mais freqüentemente algumas determinadas relações jurídicas ocorrem. Por fim, a aplicação analógica é a teoria que informa que, sempre que o contrato for qualificado como atípico, a aplicação de algumas regras estabelecidas para os tipos jurídicos que sejam mais semelhantes ao contrato em análise se dá necessariamente pela *técnica da analogia*, segundo

---

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 532 e ss.

<sup>82</sup> Assim em: GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 106 e ss.; MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, cit., p. 396; e PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 535 e ss.

<sup>83</sup> Refere-se à seguinte obra: HOENIGER, Heinrich. *Die gemischte Verträge in ihren Grundformen*. Mannheim und Leipzig: J. Bensheimer, 1910. *Apud* PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 535-536.

<sup>84</sup> Refere-se à seguinte obra: RÜMELIN, Gustav. *Dienstvertrag und Werkvertrag*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905. *Apud* PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 535-536.

a qual aplicam-se as regras de um determinado tipo quando compatíveis com a estrutura e funcionalidade do contrato em análise.

Endossamos as críticas de MESSINEO às teorias da absorção e da combinação. A teoria da absorção relega justamente os elementos secundários que formam o “rasgo característico” do contrato atípico criado a partir de um tipo referência dominante<sup>85</sup>. Além disso, nem sempre é possível identificar um tipo referência dominante, tal como ocorre com os contratos mistos de tipo múltiplo em que, na sua formação, concorrem mais de um tipo que podem assumir posição de relevo no contrato. Quanto à teoria da combinação, a crítica de MESSINEO recai justamente sobre as premissas em que se assenta a teoria, já que a criação de um novo contrato atípico não espelha a simples justaposição de elementos típicos de outros modelos contratuais, mas a sua interpenetração em uma síntese orgânica e que a normatividade própria dos contratos típicos incide sobre esses contratos de forma igualmente orgânica e coerente. Critica, pois, a transposição de regras que regulam alguns elementos de um contrato típico para que passem a regular esses mesmos elementos quando presentes em outros contratos típicos ou em outros contratos atípicos. Utiliza como exemplo justamente as regras que dispõem sobre o elemento preço, que é o objeto específico do presente estudo. Imprescindível, portanto, a citação da posição de MESSINEO:

“La premisa de la que se parte es gratuita: no es en modo alguno cierto que los elementos del contrato nominado estén como yuxtapuestos el uno *al lado* del otro; al contrario, están como *compenetrados y soldados* el uno *con* el otro en orgánica unidad: el contrato *no es una suma, sino una síntesis*. Lo mismo ocurre con las normas que regulan el contrato: *no son referibles a los elementos singulares, sino al contrato todo entero* y quedan modificadas precisamente por la circunstancia de formar parte de la disciplina de uno, más bien que de otro contrato. Así, por ejemplo, el elemento “precio” y las normas relativas al precio son de contenido distinto según se trate de compraventa, de contrato estimatorio, de suministro, de reporto, de sublocación, etc.; y, sin embargo, siguiendo la teoría de la combinación, al elemento “precio” debería corresponder siempre y en todo contrato una norma (o un grupo de normas) de contenido constante.”<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, cit., p. 397-398.

<sup>86</sup> *Op. cit.*, p. 399.

Conclui, assim, MESSINEO, no que estamos de acordo, que devam ser aplicadas as normas gerais aplicáveis aos contratos e, por *analogia*, as normas singulares dos contratos nominados “que se manifesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe disciplinar y, si hace falta, el de la *analogia iuris*”<sup>87</sup>.

No mesmo sentido, é a posição de LORENZETTI:

“La doctrina es coincidente en que en los contratos atípicos se aplican:

- En primer lugar, las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, teniendo prioridad las imperativas por sobre las supletorias.
- En segundo lugar, las normas imperativas correspondientes ao contrato tipo más afín.
- En tercer lugar, las normas supletorias correspondientes al contrato tipo más afín. En este último caso hay que tener en cuenta que en los contratos de consumo, el derecho supletorio tiene una importancia relevante porque una cláusula privada, que se aleje del derecho supletorio sin una causa económica justificante, puede ser declarada abusiva porque “desnaturaliza” los derechos y obligaciones de las partes.
- En cuarto lugar, cabe señalar que en el caso de la tipicidad social, cuya fuente es la costumbre, se debe aplicar el concepto de buenas costumbres, ya que aquellas prácticas contrarias a la axiología del ordenamiento jurídico pueden ser descalificadas.”<sup>88</sup>

Com efeito, conforme anota PAIS DE VASCONCELOS, que, contudo, aceita a aplicação das teorias anteriores, a aplicação de disciplinas jurídicas de contratos típicos a um contrato atípico sempre se dá pela técnica da analogia:

“A analogia é necessária sempre que o contrato seja efectivamente atípico. A atipicidade impede a aplicação directa do direito legal do tipo. A definição legal do tipo tem uma função de delimitação do âmbito de aplicação directa da disciplina legal. A aplicação dos preceitos legais pertencentes à disciplina do tipo legal para além dos limites da tipicidade legal só pode ser feita por analogia.”<sup>89</sup>

A técnica da analogia exige uma *análise de compatibilidade* das normas de um determinado tipo com o caso. Essa análise de compatibilidade, que será realizada no juízo

---

<sup>87</sup> *Idem*, p. 400.

<sup>88</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, Tomo I, *cit.*, p. 29-30.

<sup>89</sup> *Op. cit.*, p. 539.

primário de qualificação do contrato, deverá ter presente as *semelhanças estruturais* e as *semelhanças funcionais* entre o tipo e o caso. Vale aqui a comparação entre os elementos estruturais (circunstâncias negociais, objeto e forma) e o elemento funcional (causa) do tipo e do contrato em concreto, com a consideração do elemento funcional, que é o elemento ordenador dos demais elementos e é o elemento que vai informar os fins buscados pela disciplina jurídica do tipo (interpretação teleológica).

### **2.3 A existência de um *standard* civil e de um *standard* empresarial na interpretação e aplicação das normas jurídicas**

A unificação do direito privado operada pelo Código Civil de 2002 no campo do direito obrigacional, o que inclui, por certo, o direito contratual, importou verdadeira *unificação material* das normas aplicáveis às relações de direito privado, quer entre dois civis, dois empresários ou um civil e um empresário que não seja relação de consumo. É um único e igual conjunto de normas que será aplicado a cada espécie de relação. Inclui-se aí as normas gerais do direito das obrigações e do direito contratual e, bem assim, a disciplina jurídica dos contratos típicos quando aplicáveis diretamente ou quando aplicáveis por analogia aos contratos atípicos.

A questão que se coloca é a da existência de um *standard* de conduta próprio dos civis e um *standard* de conduta próprio dos empresários que possam fornecer (i) linhas argumentativas aprioristicamente desenvolvidas para a interpretação e aplicação diferenciadas das normas do direito privado unificado e das cláusulas contratuais e (ii) padrões comportamentais de referência para a concreção de princípios jurídicos e cláusulas gerais e, bem assim, o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados.

O conceito de empresário é informado pelo art. 966 do CC/02, que, dentro da teoria dos fatos jurídicos, introduz uma nova espécie de ato jurídico *lato sensu*, a atividade<sup>90</sup>. É a pessoa física ou jurídica que atua no exercício profissional de atos econômicos organizados para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Nas palavras de Miguel REALE, no Relatório final enviado ao Congresso, na empresa, “reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício dos negócios que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a

---

<sup>90</sup> Há quem critique a dissonância com a Parte Geral do CC/02 que não conceituou a atividade como uma nova espécie de ato jurídico *lato sensu*.

organização ou estrutura estável dessa atividade”<sup>91</sup>. O conceito de civil é residual: é a pessoa, física ou jurídica (como as sociedades civis, chamadas de simples pelo art. 982 do CC/02), que não está juridicamente qualificada como empresário ou como consumidor. O conceito de consumidor é dado pelo art. 2º da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, pelo qual “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”<sup>92</sup>.

Com efeito, o principal fator, segundo nos parece, que viabilizou a unificação do direito privado brasileiro, e mesmo a unificação do direito privado em escala mundial, foi a criação de uma lei para reger as relações de consumo, as relações geralmente travadas entre civis e empresários no fornecimento de produtos e prestação de serviços, no nosso caso, a referida Lei nº 8.078/90. Com efeito, a impactante crítica de Cesare VIVANTE à separação entre o direito comercial e o direito civil tinha como um dos pontos centrais o fato de ser o direito comercial aplicado nas operações de compra e venda de produtos a consumidores finais<sup>93</sup>. VIVANTE falou abertamente na falta da necessária proteção aos consumidores por uma legislação que é de origem corporativa e que atende, primacialmente, aos interesses dos grandes grupos econômicos organizados<sup>94</sup>. Segue a crítica pelo fato de os consumidores não

---

<sup>91</sup> *Apud* LUCCA, Newton de. [Et. Al.] *Comentários ao Código Civil: do direito de empresa*, v. IX (arts. 966 a 1.087). Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 71.

<sup>92</sup> Não há dúvida da existência de dois regimes jurídicos diferenciados quanto às relações de consumo e as relações entre empresários. Essa diferença, ao menos do ponto de vista da lei positiva, está consolidada para a generalidade dos casos, havendo, ainda, alguns poucos pontos de impasse quanto a algumas situações concretas de aquisição de produtos pelas empresas como destinatárias finais. De outra parte, efetivamente, ainda há a necessidade de se afirmar a diferença entre os dois regimes. Não que a jurisprudência venha acolhendo expressamente os temerários pedidos que ainda são feitos em muitas petições iniciais de aplicação expressa do CDC às relações interempresariais. A advertência é válida na medida em que, conquanto consigne não aplicável o CDC na espécie dos autos, ainda se verifica um forte viés protecionista da jurisprudência ao aplicar a lei civil em relações interempresariais, com notada inspiração nos princípios do direito consumerista. Daí a necessidade de vozes avalizadas da doutrina nacional denunciarem a prejudicialidade dessa aproximação, em artigos que resgatam a função do direito comercial no atual ordenamento e que servem de inspiração e norte ao presente estudo. São elas: FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw), p. 77-158, e MARTINS-COSTA, Judith. O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 96, março de 2008. p. 48-58.

<sup>93</sup> A tese foi publicada originalmente nos *Annales de droit comm*, em 1893, e, após, reproduzida na Introdução das sucessivas edições do seu Tratado de Direito Comercial. Consultou-se o texto publicado na Introdução da 5ª edição do *Trattato di Diritto Commerciale*, v. I – I Commercianti. 3ª reimpressão. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934. VIVANTE mantém a Introdução original de seu Tratado, em que reproduz a aula magna de 1892, e acresce uma Introdução em que apresenta a sua retratação, passando a defender a autonomia do direito comercial.

<sup>94</sup> Nas suas expressivas palavras: “O nosso legislador chamou para redigir o novo Código os industriais, os banqueiros, os seguradores, os representantes das grandes sociedades férreas, as Câmaras de comércio, todos, também esses, do grande comércio, homens que na sua profissão, no seu aprendizado, estavam habituados a

participarem da construção dos usos e costumes do comércio que, contudo, lhe são inteiramente aplicados, já que constituem fonte subsidiária no direito comercial. A unificação do direito privado, pois, seria necessária para que fossem insertas normas de tutela ao equilíbrio das relações contratuais. Após, tendo sido nomeado Presidente da Comissão encarregada da reforma do Código Comercial italiano de 1865, após anos de trabalho de análise da legislação presente e elaboração da legislação futura e, ainda, tendo se alterado a inserção da Itália no comércio mundial (passa a atuar ativamente nesse cenário), VIVANTE se “convenceu que aquela fusão dos dois códigos em um teria causado um grave prejuízo ao progresso do direito comercial”<sup>95</sup>. Aqui a sua famosa retratação, positivada na nova Introdução que elabora para a quinta edição de seu Tratado<sup>96</sup>.

O problema, contudo, vai contornado com a edição de uma lei consumerista. Com a derrogação do direito comercial como direito regulador das relações entre empresários e civis, nos papéis de fornecedor e consumidor, a lei comercial poderia se impor com toda a sua força, com toda a intensidade, uma vez que seu campo fático de incidência estaria restrito às relações entre os empresários e entre os civis em um campo muito mais homogêneo.

Mesmo nesse campo de maior homogeneidade social, contudo, persiste uma diferença econômica e social entre os dois primeiros sujeitos de direito privado (civis e empresários). Diferença não tão abissal ou evidente, mas bastante presente e sensível entre esses dois sujeitos de um direito unificado.

Com efeito, os empresários possuem *expertise* no ramo em que atuam, são conhecedores do mercado, acostumados com tratativas negociais, com os usos do tráfico, com os movimentos dos mercados, com o modo de execução dos contratos, com investimentos do capital e com a assunção de riscos. Há, pois, uma *diferença de fato* entre o modo de agir do empresário e o modo de agir do civil que nos parece insuperável.

Se tal diferença é insuperável do ponto de vista das relações sociais, que formam o substrato de que o direito se origina e o destino a que é vocacionado - regular com

---

defender os seus interesses, e depois disse aos consumidores: eis o Código que deve valer também para vocês”. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>95</sup> Tradução livre. *Trattato di Diritto Commerciale, cit.*, p. XVIII.

<sup>96</sup> Na sua posição, apresentar retratação é sinal de que esse grande comercialista gozava de um espírito científico livre e de um reto caráter.

justiça as relação da vida social -, entendemos que, do ponto de vista jurídico, o óbice é contornável por meio de *técnica jurídica de correção* hermenêutica e aplicativa da lei civil unificada. Quase um *juízo sinéptico* no momento da interpretação e da aplicação da lei civil unificada.

É possível visualizar diferenças de fato na atuação jurídico-obrigacional (i) dos civis em relação aos empresários e (ii) dos pequenos em relação aos médios e desses em relação aos grandes empresários. Essa diferença entre os pequenos e grandes empresários encontra expresso reconhecimento no art. 970 do CC/02<sup>(97)</sup>.

Tal diferença tem suas raízes no exercício mesmo de uma atividade econômica ou no distanciamento dela, ou seja, da prática social que gira em torno de uma atividade econômica, do que propriamente da possível identificação desses sujeitos como pertencentes a um mesmo estrato social (econômico e cultural). Trata-se de uma diferença que vem do “talho” da atuação objetiva dos sujeitos, do padrão de comportamento que se forja na atuação da vida empresarial.

A diferença de fato entre o padrão de comportamento, socialmente objetivo, de um civil e de um empresário no exercício da autonomia privada que lhes é conferida para a celebração de contratos e durante a execução do contrato, e mesmo antes da sua celebração e após a sua extinção, vai ter reflexo numa aplicação diferenciada de um mesmo direito positivo unificado.

A definição desse *standard empresarial* de conduta será buscada, de forma completa e acabada, na análise do caso concreto. Ocorre que essa incessante remissão ao caso concreto deixa a matéria sem um *mínimo de conteúdo*, podendo descambar para um puro decisionismo jurídico. Mostra-se, portanto, útil para a aplicação do direito buscar-se, desde logo, um perfil apriorístico e genérico do *standard* empresarial de conduta. Útil para orientar a atuação dos operadores do direito, para tornar mais clara a opção por uma linha de aplicação em vez de outra, para a fundamentação das causas de pedir e das sentenças correlatas. Ainda, como *standard* dotado de conteúdo, objetivo e apriorístico, pode ser posto à prova, ser criticado ou aceito.

---

<sup>97</sup> Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Para se buscar o desenho do *standard* empresarial, recorreremos ao que a doutrina comumente chama de princípios do direito comercial ou características do direito empresarial. Isso porque decorrem da especificidade própria do direito comercial enquanto ordenamento voltado à eficaz regulação do mercado, ou seja, refletem juridicamente a especificidade fática do direito comercial. Além disso, por se tratar de busca apriorística e genérica, cabe bem a consideração das presunções jurídicas incidentes sobre a relação interempresarial, pois serão de grande proveito para a orientação da leitura dos casos práticos selecionados no capítulo que segue.

Waldemar FERREIRA, com base em Blanco CONSTANS, comercialista espanhol, define como características do direito comercial: (i) ser progressivo, por estar ligado às constantes mutações da realidade econômica; (ii) consuetudinário, tanto pela sua origem, como pelo desenvolvimento de seus institutos; (iii) um direito mobiliário por excelência, que classifica os bens não pela natureza, mas pela sua função econômica, com legislação que prima pela circulação mais rápida e segura dos bens (títulos de crédito); (iv) menos formalista, em razão mesmo da proteção da confiança e da celeridade do tráfico; (v) presumivelmente oneroso<sup>98</sup>.

Citando VIDARI, Waldemar FERREIRA refere que caracterizam, ainda, o direito comercial a tendência para a universalidade, para a unidade, no sentido de uniformidade das soluções para situações semelhantes e para a equidade, que é o elemento que torna possível o atingimento da uniformidade. “Além de que, muito mais que o direito civil, elle carece de muita liberdade e rapidez de movimentos e de rigor de execução”<sup>99</sup>.

Para Fran MARTINS, os comerciantes atuam, economicamente, como intermediários entre os produtores e os consumidores, tendo como características: (i) a simplicidade; (ii) a internacionalidade; (iii) a rapidez; (iv) a elasticidade, que define como a capacidade de se ampliar a partir dos usos e costumes que vão se consolidando: “É esse, por tal razão, um direito capaz de se renovar constantemente.”<sup>100</sup>; e, por fim, (v) a onerosidade.

---

<sup>98</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. *Curso de Direito Commercial*, v. 1 – Parte Geral: Do Comerciante e seus Auxiliares. São Paulo: Salles Oliveira, Rocha & C., 1927. p. 64-65.

<sup>99</sup> *Apud* FERREIRA, Waldemar Martins, *op. cit.*, p. 61.

<sup>100</sup> MARTINS, Fran. *Curso de Direito Commercial*. 28ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 28.

Na nossa opinião, o melhor estudo sobre as características do direito comercial é feito por Paula FORGIONI, que elenca o que chama de vértices do direito comercial. Para a comercialista de São Paulo, seriam quatro: (i) a tutela do crédito; (ii) a segurança e a previsibilidade do ordenamento jurídico voltado à regulação das relações interempresariais; (iii) o reconhecimento do erro, que chama de jogada equivocada no jogo do mercado, pelo sistema jurídico e (iv) a autonomia privada, que vai exigir o *pacta sunt servanda*, não como uma regra jurídica de aplicação irrestrita, mas como condição de funcionamento do mercado, já que “um sistema que permitisse ao contraente liberar-se de seus compromissos porque, a seu entender, a operação não trouxe o lucro pretendido, implicaria a subversão completa da ordem e conduziria a um nível de insegurança e imprevisibilidade comprometedor”<sup>101</sup>.

Convém deter-se, pela importância dessa característica e pelo modo preciso e inovador que é trazido pelas mãos de FORGIONI, sobre a premissa do reconhecimento do erro. A atividade interpretativa e aplicativa do direito às relações interempresariais, e o sistema jurídico como um todo, precisa absorver que não é possível tutelar-se toda e qualquer situação de perda patrimonial; que o prejuízo em um negócio jurídico contratual pode e freqüentemente vai ocorrer, já que as empresas são movidas por decisões de pessoas e essas decisões podem estar erradas. O erro da jogada, inclusive, é refletido no mercado como o diferencial competitivo para a empresa que não errou. Há uma álea normal em todo o contrato, decorrente de um sistema econômico baseado na livre iniciativa (art. 170 da Constituição<sup>102</sup>), que deve ser reconhecida como tal. “Se não considerarmos que uma empresa

---

<sup>101</sup> FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw). p. 96.

<sup>102</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua “álea normal” (e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis)”<sup>103</sup>.

Cumprido, ainda, neste último capítulo, verificar os principais reflexos na aplicação do direito privado unificado em razão das diferenças de *standards* de comportamento entre os civis e os empresários, tendo como referencial a análise da jurisprudência.

Conforme dito, pode-se encontrar um campo operativo próprio, no sentido de reformulação da dogmática jurídica e de aplicação diferenciada do mesmo direito civil positivo unificado, decorrente da existência de um *standard empresarial de conduta* sensivelmente diferenciado do *standard civil de conduta*. Entendemos que esses *standards* de conduta formam *linhas argumentativas* próprias, uma espécie de *topoi* jurídico em que se congregam características de fato e valores e interesses jurídicos passíveis de serem definidos, ainda que de modo não definitivo, objetiva e aprioristicamente.

Essas linhas argumentativas contribuem, como instrumento jurídico, primacialmente para (i) a interpretação das normas jurídicas e das cláusulas contratuais, (ii) a construção de sentido dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais e o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados e (iii) a construção de presunções que facilitam a interpretação de cláusulas e a análise probatória no caso concreto. Dentro de um ordenamento jurídico em que as normas de direito obrigacional são unificadas, seria esse o campo normativo em que é válido o recurso aos princípios fundantes do velho direito comercial.

Na interpretação das normas jurídicas, há que ter presente que a construção de uma regra leva em conta dois elementos básicos: (a) uma finalidade a ser alcançada e (b) um padrão de conduta médio extraído da realidade social, com a identificação de centros de interesse bastante claros para esse padrão médio de comportamento. Por isso, é uma regra, que vem de *regola*, régua, uma medida certa para um padrão certo, o padrão normalmente verificado na realidade social. Aqui mais uma vez se nota a importância e a origem da *interpretação teleológica*.

---

<sup>103</sup> *Op. cit.*, p. 93.

Daí que, pelo exposto, há regras que (i) levam em consideração o *standard* empresarial de conduta, (ii) em que o *standard* de conduta considerado é o mesmo tanto para o civil quanto para o empresário e (iii) levam em consideração um *standard* civil de conduta. Haverá, pois, necessidade de uma atividade interpretativa que consiga visualizar esse cenário. A partir disso, o processo de aplicação da norma do caso (iii) para as relações interempresariais poderá resultar no afastamento da sua incidência no caso concreto ou na adaptação de seu sentido para a realidade empresarial.

O campo próprio para a aplicação dos *standards* civil e empresarial é a tipificação concreta de cláusulas gerais e de princípios jurídicos constantes especialmente na parte geral do direito das obrigações e do direito contratual. Com efeito, por serem normas de tipificação aberta<sup>104</sup>, que estabelecem imediatamente fins a serem alcançados e mediatamente condutas para tanto a serem construídas com o apoio da doutrina e da jurisprudência<sup>105</sup>, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos demandam mais fortemente para a sua concretização os padrões de conduta dos civis e dos empresários. Por vezes, a própria cláusula geral ou princípio torna vinculativo um determinado *standard* de conduta tendo como referência vetores valorativos, como a boa-fé objetiva, o que será trabalhado na segunda parte dessa dissertação<sup>106</sup>. Cumpre, agora, dizer que isso não torna menos importante os *standards* aqui trabalhados, na medida em que o *standard* mais genérico da boa-fé é filtrado para que se adequa a um padrão comportamental civil e a um padrão comportamental empresarial.

Tome-se como exemplo a limitação do exercício de direitos informada pelo brocardo do *non venire contra factum proprium*. Essa limitação não deve ser intensamente aplicada às relações entre civis, pois o *standard* civil é caracterizado por um maior formalismo em comparação com o *standard* empresarial. Agora, mesmo quando aplicado às relações interempresariais é preciso atentar para o fato de que o padrão empresário de conduta também se caracteriza pela dinamicidade na tomada de posições que variam rápida e sutilmente acompanhando *movimentos de mercado* e *justificativas econômicas* dentro do contexto do contrato, de modo que é censurável o seu uso quando tome com base uma

---

<sup>104</sup> Nesse sentido: Judith Martins-Costa: *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 332.

<sup>105</sup> Nesse sentido: ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

<sup>106</sup> Essa a posição de FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito-PPGDir/UFRGS*, Edição Especial, v. 1, nº 3, novembro 2003, p. 151-152.

primeira conduta da parte e tenha como pretensão cristalizá-la até o final da execução do contrato sem levar em consideração essas circunstâncias negociais.

Por fim, quanto à criação de presunções para a facilitação da aplicação do direito e da análise probatória do caso concreto, há um precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul bastante elucidativo. Trata-se do caso de um importador de equipamentos de informática que, não tendo pago o valor das mercadorias recebidas, assinou com a empresa do exterior um contrato de confissão de dívida, em que o valor original do débito recebera um bom desconto. Ainda assim, o importador ajuizou uma ação para lograr redução do valor devido, alegando que parte dos produtos vieram com defeito. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a sentença que, mesmo reconhecendo a existência do vício redibitório, julgou improcedente o pedido, ao argumento de que se presume que o desconto dado na confissão de dívida fora justamente em razão do reconhecimento do vício redibitório de parte dos produtos entregues. Competiria ao autor provar o contrário, ou seja, que o desconto ocorreu por mera liberalidade da empresa estrangeira. Essa prova negativa exigida pela sentença é praticamente impossível. O precedente foi firmado na Apelação Cível nº 70020432365, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, julgado em 08.11.2007.

No sistema civil, provado o vício redibitório, ônus de que o autor se desincumbira, o réu deveria responder. No caso, contudo, o julgador instituiu uma presunção para resolver o caso: de que o desconto dado no contrato de confissão de dívida equivale ao abatimento de preço pela redibição. Conquanto não expressa, o fundamento da presunção criada pelo julgador no caso concreto encontra-se na *onerosidade dos contratos entre empresários*. Por serem presumivelmente onerosos, entendeu o julgado que o desconto não foi dado por mera liberalidade, mas em razão dos vícios do produto entregue.

Além disso, nota-se que os Tribunais procuram afastar os pedidos de revisão de confissões de dívida quando celebradas entre empresários, devendo prevalecer os seus termos e ser-lhe dado cumprimento (*pacta sunt servanda*).

Passa-se à análise de mais um ferramental dogmático para o desenvolvimento específico do tema, qual seja, o fenômeno dos grupos contratuais, já que os contratos de distribuição normalmente são firmados em conexão a outros contratos e o problema da

fixação do preço pelo fornecedor se impõe quando se está diante do fenômeno das redes contratuais. Esses conceitos, seus fundamentos e efeitos jurídicos serão trabalhados no capítulo que segue.

### 3. Os grupos contratuais

A concatenação de contratos para o atingimento de uma operação econômica global é fenômeno originariamente econômico reconhecido pelo direito e, pois, dotado de repercussão jurídica, cujo estudo tem atraído a atenção dos contratualistas estrangeiros que passaram a escrever mais fortemente sobre o tema a partir da segunda metade do século XX e da doutrina nacional nesses últimos anos do século XXI. Os contratos de distribuição, em geral, não são pactuados de forma isolada e, num certo sentido, sempre formam uma cadeia contratual, como será visto.

Esse capítulo objetiva, pois, estudar as linhas gerais necessária para o entendimento jurídico desse fenômeno econômico, tratando-se de conceituá-lo, com a indicação dos dados jurídicos a partir dos quais a interligação contratual é reconhecida como tal (como jurídica), de propor uma classificação que distinga as espécies de agrupamento contratual e, em específico, vai importar o estudo dos efeitos típicos, digamos assim, das redes contratuais, que é a espécie de agrupamento contratual em que vão surgir os conflitos jurídicos no que toca à fixação de preço nos contratos de distribuição.

#### 3.1 Conceito e classificação

A crescente complexidade das atividades econômicas, notadamente no campo da distribuição, vem denunciando a insuficiência da celebração de um contrato individual, isolado, com apenas um sujeito, para a obtenção dos fins e garantias a que a operação se propõe a atingir. Faz-se necessário estabelecer uma *ordenação funcional* entre os diversos contratos individuais para que possa executar, de modo bem sucedido, essa *operação econômica global*. É essa a realidade econômica que propicia o surgimento do fenômeno que vem sendo estudado pelo direito sob os nomes de coligação contratual<sup>107</sup>, grupos de contratos<sup>108</sup>, supracontratualidade<sup>109</sup>, contratos conexos<sup>110</sup> e cadeias ou redes contratuais<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> A doutrina italiana utiliza o termo “collegamento contrattuale”. Ver: MESSINEO, Francesco. Contratto collegato (verbete). *Enciclopedia del diritto*. Tomo X. Milano: Giuffrè, 1962. p. 48-54. Na doutrina nacional, o

São diversas, pois, as propostas doutrinárias de estudo do tema, que variam desde o *nomen iuris* utilizado aos critérios de classificação e catalogação dos principais efeitos jurídicos extraídos desse novo fenômeno contratual. O objetivo aqui não é estudar cada uma das teorias, mas esboçar uma linha coerente de teoria geral sobre o tema a partir do entendimento que dele temos a partir desses trabalhos, valendo-nos do estudo dos elementos contratuais já desenvolvido (cap. 1).

De traço comum às diversas teorias, é a consideração da existência de grupos contratuais como fenômeno jurídico quando houver a *repercussão de efeitos jurídicos* entre os contratos de um mesmo grupo<sup>112</sup>. A questão está em saber quais os critérios necessários para a existência jurídica de um grupo contratual e que efeitos próprios são produzidos no grupo. Com efeito, não basta a mera identificação econômica da existência de uma operação econômica global que envolva, para a sua consecução, diversos contratos. Nem sempre a concatenação de contratos no plano econômico terá efeitos no plano jurídico; poderá ser uma concatenação econômica juridicamente irrelevante em relação aos contratos individuais, que não sofrerão qualquer efeito jurídico com origem em outro contrato individual ou em razão desse segundo contrato individual que a ele poderá estar ligado unicamente sob a ótica econômica. É preciso um passo além, um passo jurídico, de filtro dessa concatenação econômica para o seu reconhecimento como agrupamento contratual juridicamente relevante. Por certo, a *interligação ordenada de contratos no plano econômico*, que é o suporte fático da

---

termo coligação contratual é utilizado nos trabalhos, ambos resultados de teses de doutoramento, de: KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008; e MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>108</sup> A doutrina francesa utiliza o termo “groupes de contrats”. Ver: TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Coleção Bibliothèque de Droit Privé, tomo CXXXIX. Paris: L.G.D.J., 1975.

<sup>109</sup> O termo é utilizado por MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 7, v. 26, abril-junho 2006, p. 213-249.

<sup>110</sup> É um termo corrente na doutrina nacional. Ver importante estudo de: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>111</sup> Um importante trabalho sobre o fenômeno das redes e cadeias contratuais é de LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. Na doutrina nacional: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Apresenta proposta de classificação dos grupos contratuais: MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 33, ano 9, janeiro-março de 2000.

<sup>112</sup> Nesse sentido, Eduardo KATAOKA assinala que “o fenômeno econômico da pluralidade de contratos não implica necessariamente a produção de eficácia jurídica entre eles – que nesta sede denominamos de coligação contratual”. *A Coligação Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 78.

norma, é *condição necessária*, porém não suficiente, para o reconhecimento da existência jurídica de um grupo contratual<sup>113</sup>.

É ainda traço comum às diversas teorias que o contrato individual mantém a sua estrutura (objeto e forma) e a função que lhe é própria (causa), mas *partilha*, ou seja, é parte, compõe, se integra em, a finalidade ulterior a ser obtida pela operação econômica vista na sua totalidade. O *modo de partilhamento* dessa finalidade ulterior é que pode variar, além da *intensidade de partilhamento* entre os contratos de acordo com o arranjo negocial concretamente analisado, o que vai dar origem a diferentes classificações e a efeitos jurídicos diversos. Pode ocorrer que a influência da *finalidade negocial supracontratual* seja de tal forma elevada sobre os contratos individuais, que acabe alterando a própria causa do contrato, que passa, pois, a desempenhar função econômica diversa em razão dessa finalidade supracontratual que particulariza cada grupo de contratos<sup>114</sup>.

Seguimos, com algumas ressalvas, nesse passo, no passo jurídico da identificação da existência de um grupo contratual, a doutrina de Ricardo LORENZETTI, que dedica estudo destacado das redes contratuais - termo que utiliza - no primeiro tomo de seu *Tratado de los Contratos*. Segundo o Professor argentino e Juiz da Suprema Corte do seu país, deve-se partir “de la estrategia general del negocio, que da origen al sistema y que se traslada al contrato individual, en diversos elementos: la causa fin, la causa objetiva, las circunstancias, el objeto o el consentimiento. Es diferente el sistema de los contratos que lo integran, la causa del contrato de la del sistema, y sin embargo, hay nexos entre unos y

---

<sup>113</sup> Na lição de Francesco MESSINEO: “Senza dubbio, al collegamento in senso giuridico, fa riscontro connessione e, qualche volta, *unità di interesse economico*. È certamente possibile che l’interesse economico unitario sia appagato da un contratto único (e sarà la regola); ma è possibile che – se tale *interesse* sia *complesso*, o non-suscettibile di essere realizzato *uno actu*, o se più interessi siano fra loro *conessi* – le parti facciano ricorso a più (di regola, due) contratti; i quali, naturalmente, restano collegati, in vista appunto dell’unità dell’interesse, o della connessione fra gli interessi e, quindi, della finalità definitiva da conseguire”. E mais adiante, remata o insigne civilista italiano: “Da ultimo, va avvertito che il *mero* collegamento *economico* fra contratti, il quale non si prospetti, anche, come collegamento giuridico, non há rilevanza per il giurista”. Contratto collegato (verbete). *Enciclopedia del diritto*. Tomo X. Milano: Giuffrè, 1962. p. 49 e 51.

<sup>114</sup> O termo finalidade supracontratual é utilizado por LORENZETTI, sendo que quando se fala em finalidade “negocial” supracontratual, o termo negócio é utilizado em sentido vulgar, de operação econômica, e não em sentido técnico-jurídico de negócio jurídico dentro da classificação dos atos jurídicos. A sua explicação, como de regra, é objetiva e precisa: “Necesitamos de um concepto para tratar estos fenómenos. Así como hay una finalidad perseguida a través de un contrato, y ello motivó una categorización muy útil para el Derecho, hay una finalidad supracontractual. En ella, las finalidades económico-sociales son distintas o más amplias de las que existen en los contratos social o legalmente típicos, de modo tal que estos últimos son usados instrumentalmente para lograr aquéllas.” *Tratado de los contratos*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 40.

otros”<sup>115</sup>. Entende, assim, o jurista argentino que a existência de uma rede contratual é, de algum modo, refletida nos elementos que compõem os contratos individuais. Os elementos dos contratos individuais denunciariam, por assim dizer, a existência de uma rede contratual, na medida em que revelariam estar o contrato ligado a outros de modo funcional, numa ordenação que atenda a uma finalidade econômica supracontratual. LORENZETTI introduz o conceito de *causa sistêmica*, a causa que seria própria do sistema formado pelos contratos em ligação, a causa da rede contratual, que se identifica, quanto ao conteúdo, à finalidade econômica supracontratual buscada pela rede, assim identificada de forma objetiva.

Entendemos que, de fato, para o reconhecimento jurídico de um grupo contratual, é necessário que a finalidade supracontratual repercuta sobre os elementos dos contratos individuais, que passam a refleti-la no plano interno de cada contrato. Como via de mão dupla que é essa relação entre o grupo e os contratos individuais, os contratos individuais espelhariam a existência do grupo contratual. Assim, a partir do estudo feito dos elementos essenciais dos contratos, tem-se que a finalidade supracontratual deve se fazer presente em um ou mais dos seguintes elementos dos contratos: (i) circunstâncias negociais, (ii) objeto; (iii) causa; (iv) motivo determinante comum ou (v) condição do contrato.

A existência de um grupo contratual deverá, necessariamente, ser apontada pelas circunstâncias negociais como decorrência, no plano jurídico, do que constatado no plano econômico: a ordenação funcional, do ponto de vista econômico, é condição necessária para o reconhecimento de um grupo contratual. Assim, como primeiro e necessário elemento jurídico para o reconhecimento de qualquer união contratual, é preciso que essa união possa ser identificável como circunstância negocial do contrato individual. Para que seja circunstância negocial, deve atender aos requisitos de ser do conhecimento comum das partes contratantes ou fato social notório e de ter relação de pertinência direta com o contrato individual, já que não é qualquer outro contrato que seja do conhecimento das partes, numa sociedade extremamente complexa como a que vivemos, que vai ter alguma relevância jurídica.

Essa primeira constatação, que constitui o primeiro requisito para que se reconheça a existência de um grupo contratual, não é de todo óbvia, ainda mais nessa etapa

---

<sup>115</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 56.

inicial de aplicação de efeitos jurídicos a pseudos grupos contratuais pelo Judiciário, empolgado com as novidades introduzidas por esse “novo” fenômeno jurídico, sem que se tenha uma doutrina mais acabada e precisa a respeito dos requisitos, que forçosamente são fluidos, para o reconhecimento de existência e, assim, relevância jurídica de um agrupamento originariamente econômico de contratos. Como exemplo, cite-se o alargamento indevido do reconhecimento da existência de coligação contratual entre um contrato de compra e venda e o de empréstimo de dinheiro (mútuo) para a sua aquisição.

A doutrina vem desenvolvendo o que chama de *trasladação de efeitos* de invalidade ou ineficácia de um contrato para o outro. Assim, o eventual defeito (vício do produto no CDC ou vício redibitório no CC/02) do produto adquirido com o financiamento a ensejar a resolução do contrato de compra e venda teria repercussão no contrato de mútuo, que seria igualmente extinto sem conduta culposa imputável ao mutuário adquirente do produto, com a restituição das partes ao *statu quo ante*; o mesmo no sentido inverso: acaso a financeira, por culpa sua, descumpra o contrato de mútuo, deixando de liberar o dinheiro nos seus vencimentos mensais (contrato a prazo, de execução diferida), estaria justificado o inadimplemento do mutuário comprador para com a pessoa vendedora, extinguindo-se o contrato de mútuo, com a restituição das partes à condição anterior, sem aplicação de multa contratual.

Trata-se de grave rasgo ao *princípio da relatividade dos efeitos do contrato*, pelo qual o contrato produz efeitos entre as partes contratantes. A relatividade dos contratos serve ao *princípio da segurança jurídica*, na medida em que, em uma visão econômica do fenômeno, informa aos contratantes o limite da análise de risco que cada parte fará uma da outra para celebrar o contrato. Assim, via de regra, quem empresta dinheiro analisa o crédito do mutuário (no que se inclui as garantias prestadas ao contrato) e não o risco decorrente dos infortúnios que possam ocorrer com o uso desse dinheiro na aquisição de mercadorias. Além da extrema dificuldade fático-econômico dessa mensuração, a assunção desse risco pela financeira implicaria a sua conversão em custo operacional que seria fatalmente repassada ao mutuário, encarecendo ainda mais e sobremaneira o custo do empréstimo de dinheiro. Nesse quadro é que se põe a necessidade de construção de requisitos, pela doutrina e jurisprudência, para o reconhecimento jurídico da união contratual e dos efeitos daí decorrentes.

Em uma primeira situação, é possível esse reconhecimento quando se tratar de uma mesma pessoa (física ou jurídica), em geral uma empresa, que celebra os contratos de compra e venda e mútuo com o comprador mutuário. Do mesmo modo quando, ainda se pessoas jurídicas distintas, fizerem parte de um mesmo grupo econômico, podendo-se pegar de empréstimo o conceito da legislação trabalhista, segundo a qual haverá grupo econômico “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica” (art. 2º, § 2º, CLT). Nessa hipótese, tem-se que a finalidade supracontratual (viabilizar a compra e venda por meio da concessão de empréstimo) aparece como indubitosa circunstância negocial em ambos os contratos e como motivo determinante comum do contrato de mútuo. Além disso, não se pode dizer que a trasladação de efeitos fere a segurança jurídica veiculada pelo princípio da relatividade dos efeitos do contrato na análise econômica antes delineada, uma vez que é a mesma empresa ou empresas de um mesmo grupo responsável juridicamente pelo correto adimplemento de ambos os contratos, de modo que a trasladação de efeitos de invalidade ou ineficácia tem apenas o condão de abreviar o caminho de um segundo pedido reparatório que teria de ser feito pelo adquirente do produto e do empréstimo. No exemplo, acaso o produto entregue esteja com defeito, numa consideração jurídica apartada dos contratos, o mutuário continuaria a pagar o mútuo, mas teria de ingressar com demanda reparatória em razão dos vícios redibitórios no contrato de compra e venda. Além disso, o *centro de lucro* de quem pactua os contratos de forma conexa é o mesmo; o financiamento e a compra e venda serão rentáveis a uma mesma empresa ou a empresas de um mesmo grupo, de forma que, no desenvolvimento de sua atividade, deve assumir os riscos advindos tanto do contrato de compra e venda, quanto do contrato de mútuo.

Em uma segunda situação, mais difícil do ponto de vista da justificativa jurídica do reconhecimento da trasladação de efeitos entre os contratos (como consequência de serem considerados contratos conexos), a celebração desses dois contratos se dá com pessoas diversas (uma é a financeira mutuante, outra a empresa vendedora), sendo comum a pessoa do adquirente mutuário, obviamente. Assim, o conhecimento do uso que o mutuário irá fazer do dinheiro e a relação de pertinência entre as operações (aquele dinheiro mutuado ser utilizado para a aquisição de um determinado produto), ou seja, a inserção do segundo contrato nas circunstâncias negociais do primeiro, é condição mínima, necessária, mas não suficiente, para o reconhecimento de efeitos jurídicos entre os contratos, tendo-se em conta a

necessidade de preservação do princípio da relatividade, o seu fundamento e os seus corolários. Ocorre que esse primeiro requisito pode mesmo vir a ser desconsiderado pelo Judiciário<sup>116</sup>. Com efeito, o uso a ser feito do dinheiro mutuado constitui, a princípio, o motivo particular do mutuário, razão pela qual é *juridicamente irrelevante para o fim de fundamentar uma coligação contratual*. Apenas o motivo determinante comum às partes, na forma como trabalhado o conceito (cap. 1.2, supra), é que poderia justificar juridicamente a existência de uma união contratual. Ou seja, é preciso que o agente financeiro aufera uma considerável vantagem - comparativamente aos demais agentes financeiros -, o que forma o mote próprio do conceito de motivo determinante comum, no sentido de oferecer o empréstimo dentro do local de venda do produto, podendo participar dos atos de celebração do contrato de compra e venda, para se poder falar em conexão contratual que tenha como efeito jurídico justamente a repercussão eficaz negativa (seja por invalidade, seja por ineficácia) de um contrato em relação ao outro. Assim, correta e precisa a intervenção do legislador germânico, na recente reforma do direito obrigacional alemão, que alterou a redação do § 358, 3, do BGB, que recebeu a seguinte redação:

“Um contrato de fornecimento de bens ou de realização de outra espécie de prestação e um contrato de financiamento para consumo são conexos quando o empréstimo serve, total ou parcialmente, para o financiamento de outro contrato e ambos constituem uma unidade econômica. É pressuposta uma unidade econômica especialmente quando o mesmo empresário financia a contraprestação do consumidor, ou *em caso de financiamento por meio de um terceiro, quando o financiador contribua com o fornecedor do*

---

<sup>116</sup> Assim, com a devida vênia ao douto Relator, o então Desembargador da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não concordamos com o entendimento esposado no julgamento da Apelação Cível nº 70001462845, julgado em 07.02.2001, em que o contrato de mútuo e o de compra e venda foram celebrados com pessoas diversas (S. J. Informática e Losango, respectivamente) para a compra de um computador. Um dos argumentos da financeira era justamente não haver nenhuma relação entre ela e a empresa fornecedora, de lhe ser absolutamente alheio o uso a ser dado aos dinheiro mutuado pelo tomador. O acórdão considerou como prova suficiente da relação entre a empresa vendedora e a financeira o fato de o valor mutuado ser exatamente o mesmo do necessário para adquirir o computador, presumindo-se haver associação entre elas. Ocorre que essa identidade de valores é comum na prática social, uma vez que, tanto quanto possível, as pessoas vão buscar mútuos no exato valor de cobertura do bem a ser adquirido para não assumirem ônus financeiros desnecessariamente.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

“RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. FINANCIAMENTO. NÃO REALIZADA A ENTREGA DA MERCADORIA ADQUIRIDA, CABÍVEL A RESCISÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA, BEM ASSIM O CANCELAMENTO DO FINANCIAMENTO, DADA A VINCULAÇÃO ENTRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS. CONTRATOS COLIGADOS. HIPÓTESE EM QUE UM NEGÓCIO JURÍDICO NÃO SOBREVIVE DIANTE DA RESCISÃO DO OUTRO, POR ESTAREM VINCULADOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

*bem durante a preparação ou durante a celebração do contrato de empréstimo com consumidores.”*<sup>117</sup> (Grifou-se).

Em seguindo essa linha, pode-se ainda ter a presença da finalidade supracontratual no próprio objeto, em especial nas obrigações principais ou acessórias de cada contrato, na causa de cada contrato individual, quando o influxo do interesse econômico global acaba por modificar a função econômica do contrato individual, ou a repercussão eficaz entre os contratos pode ser pactuada voluntariamente pelas partes no exercício da autonomia privada na criação de condição do contrato individual, ou seja, a sorte de um contrato é pactuada como condição da produção ou cessação de efeitos de outro<sup>118</sup>.

A partir da análise de casos concretos de grupos contratuais, dos modos típicos de partilhamento da finalidade supracontratual e também dos efeitos mais comuns que podem ser ligados a tais espécies de agrupamento contratual, adotamos uma classificação bipartite entre (i) o fenômeno da *conexão contratual* ou *coligação contratual*, de um lado, e (ii) o das *redes* ou *cadeias contratuais*, de outro. O termo *grupo contratual* e *união de contratos*, pela sua neutralidade, é por nós utilizado como gênero.

### 3.1.1 A conexão contratual

Na *conexão contratual*, verifica-se a existência de dois ou mais contratos ligados funcionalmente em relações que são classificadas na tradicional doutrina de MESSINEO como de (i) *dependência unilateral* e (ii) *dependência bilateral*<sup>119</sup>. A dependência unilateral corresponde a uma relação (i) de acessório e principal entre os contratos, em que o contrato acessório segue a sorte do principal; aqui estariam os contratos de garantia real e pessoal em relação aos contratos garantidos, ditos principais. No segundo caso, de dependência bilateral, há uma interdependência entre os contratos, de tal modo que, em concreto, para viabilizar (no sentido de não ser possível atingir o objetivo sem a conexão)

---

<sup>117</sup> *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 832. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro de 2005. p. 107.

<sup>118</sup> A consideração da existência de coligação contratual tendo como explicação o fato dos efeitos de um contrato repercutirem em um segundo contrato a partir da sua inclusão como condição desse segundo contrato é dada por KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 86 e ss.

<sup>119</sup> O Autor chega a essa divisão após análise das diversas relações entre os contratos conexos em: *Contratto collegato* (verbeta). *Enciclopedia del diritto*. Tomo X. Milano: Giuffrè, 1962. p. 50.

ou apenas facilitar (no sentido de ser a conexão o modo economicamente mais eficiente de se atingir o objetivo) a consecução da finalidade econômica global a que as partes se propuseram é necessária a concorrência dos contratos em conexão. Nesse caso, em geral, a dependência bilateral corresponde a uma relação (ii) de meio e fim. Pode corresponder a outras relações que definam, pelo gênero, e de forma fática, qual o modo de interação desses contratos, sendo a relação de meio e fim a mais comumente verificada. Na relação meio e fim, enquadram-se, por exemplo, os contratos de empréstimo e de compra e venda de um determinado produto, antes visto, e os contratos pactuados em conjunto com o contrato de distribuição, como o contrato de comodato de equipamentos, licença de uso de marca, de cessão de *know-how*, entre outros.

Todas as dificuldades dogmáticas no sentido de identificar os efeitos jurídicos decorrentes da conexão contratual em cada contrato, como a definição do regime jurídico aplicável e a trasladação de efeitos entre os contratos incidem nessa segunda espécie de conexão – de dependência bilateral –, uma vez que, na primeira – de dependência unilateral –, não há dúvida quanto à separabilidade de regimes jurídicos e à total dependência do contrato acessório em relação aos efeitos do principal (seja que origem tiver a invalidade/ineficácia: nulidade, anulabilidade, rescisão, resolução, exceção ou prescrição).

Nota característica dessa espécie de grupo contratual é uma ligação de *alta intensidade*, de forma que a finalidade econômica global vai repercutir no motivo comum determinante, no objeto ou na causa dos contratos individuais. A repercussão no objeto ou na causa do contrato significa uma relação de interdependência ainda mais intensa dentro dessa espécie de grupo contratual. Poderá, ainda, a conexão ser pactuada, no exercício da autonomia privada, por meio da criação de uma condição ligando os dois contratos. O termo conexão denota melhor essa relação mais intensa entre os contratos, de dependência unilateral ou bilateral entre eles. Do mesmo modo, o termo coligação contratual, que é comumente tratado desse modo, ou seja, como representativo de um grupo contratual com essa intensa relação de interdependência, pela doutrina italiana.

### 3.1.2 As redes contratuais

De outra parte, as *redes* ou *cadeias contratuais* se caracterizam pela existência de um *organizador* no vértice da série de contratos necessários para se alcançar a

concretização da operação econômica global. Aqui se verifica a ligação de contratos ao redor de uma *causa associativa comum*<sup>120</sup> ou em função da *divisão de atividades produtivas e comerciais* destinadas a produzir um produto ou colocá-lo em seu mercado de destino. Esses dois fundamentos genericamente mencionados é que vão constituir a finalidade supracontratual nessa espécie de ligação contratual. Quanto ao primeiro fundamento, a existência de uma causa associativa comum, tem-se como exemplo os contratos de plano de saúde (medicina pré-paga), de previdência privada, de *time-sharing* e de consórcio de crédito, em que as prestações devidas a cada contratante individual pelo organizador do grupo somente são possíveis em razão da quantidade de pessoas que participa dessa operação econômica sistematizada. Quanto ao segundo, em função da divisão de tarefas econômicas, tem-se como exemplo os contratos de franquia, de comissão mercantil, de agência, de distribuição e dos diversos contratos de fornecimento de insumos para a atividade produtiva que se concentra na montagem do produto final. Por certo, fala-se em contrato de franquia, de comissão mercantil e de agência que não sejam pactuados de forma isolada e única entre um fornecedor (franqueador ou comitente) e um franqueado, comissário ou agente comercial. Trata-se desses contratos em rede, ou seja, quando são pactuados por um mesmo fornecedor com diversos agentes da distribuição (termo genérico a englobar as espécies de atuantes nesse mercado), formando, assim, o que se chama de rede de contratos para atingir um determinado mercado (em âmbito local, regional, nacional e mesmo global). O fornecedor é, assim, o organizador da rede, coordenando áreas de atuação, com ou sem exclusividade, de cada um dos agentes contratados de forma individual, mas que estão inseridos nessa rede formada com os demais contratados pelo mesmo fornecedor.

Caso peculiar é o do contrato de distribuição que, como será visto, supõe, necessariamente, a formação de uma cadeia na medida em que é um contrato de venda feito com a finalidade de revenda do produto. Assim, o fornecedor vende ao distribuidor tendo como função do contrato que esse produto adquirido seja revendido no mercado, formando assim uma cadeia de contratos (do fornecedor com o distribuidora e desse com o adquirente). Pode ou não estar em rede contratual, sendo bastante comum que esteja.

A diferença entre rede e cadeia, para nós, reside no fato de a *cadeia* ser uma ordenação de contratos sucessivos, ou seja, o contrato posterior depende do contrato anterior

---

<sup>120</sup> Utiliza-se causa em seu sentido vulgar, como equivalente a razão, fundamento, e não no sentido técnico-jurídico de causa contratual.

em uma estrutura de *concatenação verticalizada*, como ocorre com o contrato de distribuição, por exemplo. Já a rede supõe uma *concatenação horizontalizada* de contratos, em que, em um mesmo plano de contratação (entre fornecedor e agentes da distribuição), aparecem diversos contratos laterais, como os contratos firmados entre o franqueador com diversos franqueados. O contrato de distribuição, em alguns de seus planos, poderá figurar como rede contratual, o que é bastante comum, na medida em que um fornecedor contrate diversos distribuidores para escoar a sua produção ou, num segundo plano da cadeia, o distribuidor exclusivo do fornecedor contrate diversos subdistribuidores para comercializar as mercadorias em um âmbito de atuação maior, capilarizando assim as vendas por meio de sua rede própria de subdistribuidores.

Nota característica dessa espécie de grupo contratual é uma ligação de *baixa intensidade*, de forma que a finalidade econômica global vai repercutir como circunstância negocial, como único ponto de conexão, ou no motivo comum determinante do contrato, num segundo e mais forte ponto de conexão dentro dessa espécie de grupo contratual. Do mesmo modo que na conexão contratual, é possível que a existência da rede seja revelada pela criação de uma condição em um dos contratos, fazendo depender a sua eficácia ou cessar os efeitos que vinha normalmente produzindo em razão de um outro contrato, o que pode ocorrer com mais frequência nas redes de terceirização da produção.

O fundamento jurídico, pois, da existência dos grupos contratuais e, assim, da repercussão de efeitos jurídicos entre os contratos que compõem um mesmo grupo reside na alteração que o grupo contratual promove nos elementos dos contratos individuais. As normas jurídicas que regulam os institutos de direito obrigacional, em geral, e contratual, em particular, passam a incidir sobre esse novo suporte fático, que é um suporte fático composto por um fenômeno jurídico, qual seja, o grupo contratual. Vai se ter, quanto a alguns efeitos, como será adiante trabalhado, um tratamento normativo diferenciado para um mesmo contrato quando celebrado isoladamente ou quando celebrado dentro de um grupo de contratual pela própria circunstância de alteração do suporte fático de incidência das normas jurídicas. Não escapa à regulação jurídica, que é diferente para cada instituto jurídico, a existência do fenômeno da ligação contratual apontado por modificações introduzidas nos elementos dos contratos individuais (circunstâncias negociais, objeto, causa, motivo comum determinante e condição, como os elementos geralmente afetados por tal fenômeno). Assim, um desvio da própria causa do contrato vai justificar a adoção de um regime jurídico diferenciado para o

contrato inserido em grupo e mesmo a trasladação de efeitos de invalidade ou ineficácia por ausência de causa, por exemplo.

Além disso, num segundo plano de fundamentação, e como fundamento jurídico a justificar a existência de grupos contratuais quando tal não parta do exame da vontade das partes no exercício da autonomia privada que lhes é reconhecida, está o princípio da *função social* dos contratos positivado no art. 421 do CC/02 (<sup>121</sup>). O reconhecimento da existência de grupos contratuais e, portanto, da repercussão de efeitos entre contratos individuais distintos, pode ser enquadrado como sendo uma das decorrências do efeito típico que se reconhece à função social dos contratos de mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato<sup>122</sup>. A função social dos contratos impõe que as partes tenham dever de zelo e observância pelo contexto social e econômico em que o contrato esteja estabelecido, desde que haja uma relação de pertinência direta com esse mesmo contrato. Assim, a partir da interação com as demais normas do sistema, como será trabalhado, esse princípio expressamente positivado em nosso ordenamento, legitima a que se reconheça a existência de um grupo contratual.

Em síntese, tem-se o fenômeno dos grupos contratuais, como o reconhecimento jurídico da união de contratos que se dá no plano econômico, mas que é filtrada pelo direito. Dentro dos grupos contratuais, propomos a divisão em duas espécies, a dos contratos ditos conexos ou coligados e a das redes ou cadeias contratuais em razão da forma em que mais comumente se dá, do ponto de vista jurídico, a união entre os contratos. Essas formas características de união dão origem a efeitos jurídicos igualmente mais peculiares a cada espécie de grupo contratual, o que se passa a estudar.

### **3.2 Efeitos jurídicos próprios dos grupos contratuais**

De uma forma genérica, podem ser arrolados como efeitos jurídicos mais comuns decorrentes dos grupos contratuais, os seguintes: (i) a alteração do regime jurídico

---

<sup>121</sup> Nesse sentido: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 832, fevereiro de 2005, p. 100-111; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220-228.

<sup>122</sup> Quanto a este efeito típico da função social dos contratos: LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Wanderley Fernandes (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw), p. 3-74.

originariamente aplicável para regular o contrato individual, (ii) a alteração da relação de equilíbrio do contrato individual, que passa a considerar as obrigações a que as partes estejam adstritas no plano do grupo contratual, com a conseqüente alteração dos institutos ligados à nações de equilíbrio contratual, como o sinalagma contratual, a lesão, a abusividade, a onerosidade excessiva superveniente e a invocação da exceção do contrato não cumprido, (iii) a trasladação de efeitos entre os contratos, o que se entende pela repercussão dos efeitos da invalidade (por uma das diversas causas de anulabilidade ou nulidade) ou ineficácia (resolução pelo inadimplemento ou por onerosidade excessiva superveniente, resilição unilateral), de um contrato para o outro contrato conexo, (iv) a ampliação dos deveres laterais do espectro obrigacional de cada contrato em razão das condições fáticas postas pelo grupo contratual, e, (v) de um modo geral, dos institutos jurídicos do direito das obrigações, que passam a sofrer uma releitura aplicativa que leve em consideração essa mudança de suporte fático, do contrato individual para o contrato inserido em um grupo, como o instituto da mora, por exemplo.

Nesse ponto, é preciso observar que os efeitos jurídicos gerados a partir do reconhecimento dos grupos contratuais não são automáticos, nem regulares. Os efeitos jurídicos são dados pelas normas incidentes sobre o suporte fático do agrupamento contratual. Pode ser que, para a aplicação de determinadas conseqüências jurídicas, sejam necessários requisitos mais ou menos rigorosos em cada espécie de agrupamento contratual (que formam o suporte fático da hipótese de incidência da norma). Por certo, as diversas intensidades de ligação entre os contratos, seja pela diferenciação de espécies aqui proposta, seja pelas diferentes formas de ligação em concreto dentro de uma mesma espécie, serão recepcionadas pelo direito de forma diversa, o que será filtrado pelas normas incidentes sobre esse fenômeno fático. Aqui a função social do art. 421 vai interagir com as demais normas (princípios ou regras) do ordenamento para extrair efeitos jurídicos próprios aos grupos contratuais. Essa interação pode ser de cunho *interpretativo*, com a adaptação da norma para a nova realidade contratual, ou mesmo *requalificador*, com a alteração do significado normativo original da norma para incidir sobre essa nova realidade contratual. A interação vai se dar mais freqüentemente com as regras gerais ou princípios existentes para cada instituto jurídico, cabendo citar como exemplo: no caso das invalidades, o princípio da preservação dos negócios jurídicos<sup>123</sup> (art. 184, CC/02); no caso da mora e do inadimplemento absoluto, a

---

<sup>123</sup> É a aplicação que faz KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 219.

regra da utilidade da prestação (art. 395, parágrafo único, CC/02) nesse novo contexto contratual e a que exige conduta imputável ao devedor (art. 396).

Vamos estudar separadamente os efeitos jurídicos mais comuns aos contratos conexos e os efeitos jurídicos mais comuns às redes contratuais.

### 3.2.1 Os efeitos jurídicos mais comuns aos contratos conexos

Em um estudo de casos, parte-se da análise jurisprudencial pioneira estabelecida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à época em que a sua competência não se restringia ao julgamento de questões constitucionais, ao enfrentar a relação e os efeitos entre o contrato de distribuição de combustível e o de comodato de equipamentos entre a distribuidora e o posto revendedor. Vai-se analisar, pois, primeiramente, a espécie da *conexão contratual*. O precedente é especialmente importante para os limites do presente estudo por envolver um contrato de distribuição em uma configuração bastante comum, qual seja, a de estar em conexão com outros contratos para a consecução de uma operação econômica mais ampla em que a distribuição forma a relação central. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.162/PR, julgado em 21/05/1976, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Min. Olavo Bilac Pinto.

Preliminarmente, é preciso pontuar que, enquanto contrato firmado de forma isolada, o comodato é um contrato típico, regulado pelos arts. 579 a 585 do CC/02 (correspondente aos arts. 1.248 a 1.255 do CC/16). Tem como função econômica típica o empréstimo gratuito de um bem fungível. É classificado como um contrato real, unilateral e benéfico. Por ser contrato benéfico, interpreta-se do modo mais favorável à parte que dele não se beneficia: no caso, o comodato seria sempre interpretado favoravelmente à distribuidora. Nos contratos benéficos, o contratante a quem aproveite o contrato responde por simples culpa, enquanto que a outra parte, somente com dolo, de acordo com o art. 392 do CC/02: no caso, o posto revendedor responderia perante a distribuidora por simples culpa pela inexecução de quaisquer cláusulas do contrato ou pelo inadimplemento do contrato, ao passo que seria exigido da distribuidora dolo em seu agir. Por ser unilateral, não é possível ao comodatário invocar a exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC/02): nenhuma violação contratual por parte da distribuidora poderia ser invocada pelo posto para justificar o descumprimento do contrato de comodato, com a utilização, por exemplo, dos equipamentos

para a comercialização de combustível adquirido de outra distribuidora. Por ser contrato real, a entrega dos equipamentos pela distribuidora não é considerado prestação ou início de execução do contrato, mas requisito para a formação do contrato, de modo que a entrega dos equipamentos não poderia integrar o conteúdo jurídico do conceito de equilíbrio contratual na espécie. De outra parte, quanto ao regime jurídico no que seja favorável ao comodatário, tem-se que, por ser um contrato feito em seu benefício, pode denunciá-lo, se for firmado com prazo, a qualquer tempo, sem que fique sujeito à aplicação de qualquer penalidade contratual, bastando que disponibilize o bem ao comodante no estado que o recebeu, salvo a deterioração pelo uso normal do bem (arts. 581 e 582 do CC/02 e arts. 1.250 e 1.251 do CC/16).

O caso posto *sub judice* foi o seguinte: a existência entre a distribuidora ESSO e um posto revendedor de um contrato de distribuição de combustível com exclusividade de compra pelo posto e um contrato de comodato de equipamentos (tanques, bombas e elementos de imagem) em que a distribuidora cede e instala os equipamentos para viabilizar o funcionamento do posto e, assim, a atividade de revenda de combustível ao mercado consumidor. Ambos os contratos são firmados para vigor, conjuntamente, num mesmo tempo determinado. Ocorre que o posto, tendo interesse em passar a adquirir combustível de distribuidora concorrente, o que representa inadimplemento da obrigação principal do contrato de distribuição, para se eximir da responsabilidade pelas multas fixadas nos contratos, simplesmente denuncia, por meio de notificação, o contrato de comodato a ESSO, disponibilizando-lhe os equipamentos comodatados, ao argumento de que, pelo regime próprio dos contratos de comodato, tem direito de denúncia do contrato a qualquer tempo, não incidindo em multa contratual. Após, invoca a existência de coligação ou conexão entre os contratos para sustentar que a extinção do contrato de comodato torna insubsistente o contrato de distribuição, já que carece de meios para a sua implementação, de modo que deve ser extinto, por força da trasladação de efeitos de ineficácia entre os contratos, sem que haja qualquer responsabilização de nenhuma das partes pelo ocorrido. A ESSO, então, ingressa com ação para ver reconhecida a resolução dos dois contratos e pede a condenação do posto e fiadores na soma das multas fixadas em cada contrato. A sentença reconheceu a existência de contratos conexos<sup>124</sup>, que um contrato depende do outro para lograr-se atingir o objetivo comum às partes. Mas interpretou a coligação da forma como apresentada pelo posto

---

<sup>124</sup> Impressionantemente a sentença utiliza o moderno termo “contratos conexos”, quando o corrente, à época, era se utilizar do conceito de contratos mistos ou do termo coligação contratual, que decorre da influência da doutrina italiana (tradução de “contratto collegato”) e fora bastante utilizado na manualística pátria, em especial na obra de GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 104 e ss.

revendedor: o comodato tem primado sobre a compra e venda de combustível, já que sem ele não pode haver comercialização do produto e, no caso, o comodato fora extinto em primeiro lugar. Dessa forma, de acordo com as disposições do Código Civil sobre o comodato, o comodatário pode denunciar a qualquer tempo o contrato e devolver os equipamentos, constituindo sua única obrigação a de restituir a coisa em estado de conservação adequado. Com efeito, conquanto o comodato firmado entre o posto e a distribuidora tenha tempo determinado, pela interpretação mais adequada do art. 1.250 do CC/16 (equivalente ao art. 581 do CC/02), que o magistrado julgou inteiramente aplicável à espécie, o prazo contratual é estipulado em favor do comodatário, já que é um contrato benéfico, de modo que o comodatário pode a ele renunciar, denunciando o comodato a qualquer tempo. Assim, uma vez que a extinção do comodato tenha se dado na forma da lei, sem qualquer infração por parte do posto revendedor, é imperativa, ante a conexão dos contratos, a extinção (“pericimto”) do contrato de compra e venda sem que nada seja devido a título de indenização. O Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara deu provimento ao recurso de apelação da ESSO, considerou a existência de um contrato misto e determinou, portanto, a aplicação cumulativa das duas multas. O caso foi objeto de recurso extraordinário, ante a competência do STF à época.

O Min. Bilac Pinto, relator, entendeu tratar-se, com base no pioneiro estudo sobre o contrato de concessão de venda (chamado hoje de distribuição) realizado por Rubens REQUIÃO<sup>125</sup>, de um contrato atípico misto. Entendeu haver equivalência de importância entre os contratos típicos (equivalente ao contrato coligado por dependência bilateral) que, reunidos para a consecução de uma única operação econômica, formam um contrato misto, de modo que a extinção de um torna impossível a continuidade do outro. Ou seja, não definiu um contrato preponderante. Mas demonstrou que a denúncia do contrato de comodato frustrara a obtenção da finalidade contratual comum objetivada pelos contratantes. Por não ter identificado um contrato preponderante, dirimiu a questão da cumulatividade ou não das multas, afirmando que, por se tratar de contrato por adesão e a sua fixação cumulativa ser “excessivamente pesada”, deve-se aplicar apenas uma das multas, àquela que o juiz considerar a mais razoável no caso concreto. Aplicou, então, a multa do comodato.

---

<sup>125</sup> É o artigo intitulado “O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade”. O voto faz referência à sua publicação na Revista Forense, v. 239. Consultamos o publicado na Revista de Direito Mercantil, 1972, nova série, nº 7, p. 17-45.

Interessa registrar que o Min. Cunha Peixoto abriu divergência e entendeu correto o julgamento da sentença, tendo sido voto vencido. Valeu-se de amplo arrazoado totalmente adstrito ao regime legal típico do contrato de comodato para identificá-lo como um contrato gratuito (citando Aubry e Windscheid, buscando a origem do comodato nas Ordenações Filipinas), em que o prazo certo do contrato de comodato aproveita apenas ao comodatário (citando Carvalho de Mendonça e Orlando Gomes), de modo a ser possível ao comodatário denunciá-lo a qualquer momento, sem que tenha possa ser considerado infração contratual, pois possui guarida legal<sup>126</sup>.

Após, em Embargos de Divergência interpostos pela ESSO, julgados em 20/10/1977 pelo Pleno do Supremo, restou vencedor o entendimento do Min. Cordeiro Guerra no sentido de (i) se tratar de dois contratos coligados, e não de um contrato misto, (ii) se reconhecer a preponderância do contrato de compra e venda mercantil, contrato-fim em relação ao qual o de comodato serve de meio, e (iii) aplicar, assim, apenas a multa do contrato principal de compra e venda mercantil. A relatoria do acórdão do julgamento dos Embargos de Divergência, ao final, ficou a cargo do Min. Xavier de Albuquerque, tendo recebido a seguinte ementa:

“Contratos coligados de promessa de compra e venda mercantil e de comodato, celebrados por empresas distribuidoras de derivados de petróleo e seus revendedores. Ocorrência inadimplemento de ambos, cabe a imposição, tão-somente, da multa convencionada no contrato principal, o de promessa de compra e venda, e não daquela prevista no de comodato. Embargos conhecidos e recebidos.”

Essa sucessão de julgados demonstra o reconhecimento quase unânime no sentido de que os dois contratos estão em relação de dependência bilateral, de modo que um depende do outro para a consecução da operação econômica global, que é a distribuição de combustível. Em razão dessa dependência, foi reconhecida a trasladação de efeitos de

---

<sup>126</sup> Reproduz-se parte do seu voto:

“Desta maneira, data vênia, não seria nunca possível mandar o comodatário pagar uma indenização fixada em um contrato de comodato, isto porque a rescisão unilateral do contrato realizada pela comodatária não constitui infração capaz de justificar o pagamento da multa, e, durante o tempo em que o equipamento esteve em seu poder, não violou ela o disposto no artigo 1.251 do Código Civil. Daí ser inadmissível, com relação a este contrato, o pagamento de perdas e danos.

Não se pode dizer tratar de contratos mistos, pois ambos são feitos separadamente, com multas independentes, como a demonstrar a existência de dois contratos. Há, na espécie, contratos coligados e não indiretos.

Ora, extinto o comodato, sem qualquer infração contratual, em face da coligação existente, extingue-se, também, o de compra e venda mercantil, que dependia, para subsistir, da vigência daquele.”

ineficácia, diante da extinção de um contrato, em relação ao outro. As divergências ficaram por conta do reconhecimento de um único contrato atípico misto ou da conexão ou coligação de dois contratos e da manutenção ou derrogação do regime jurídico aplicável aos contratos individuais típicos.

Realmente saber se se trata de um só contrato, que venha a ser um atípico misto, ou de um grupo contratual é questão bastante delicada e crucial na teoria dos grupos contratuais e, como sói acontecer, de não fácil solução. A dificuldade se dá na espécie da conexão contratual em que se nota a alteração da causa de um dos contratos partícipes do grupo. Tal não ocorre na espécie das redes contratuais. O caso tratado é emblemático, pois não há dúvida de que o contrato de comodato quando pactuado em conexão com o de distribuição altera a sua função econômica. Com efeito, o empréstimo dos equipamentos pela distribuidora ao posto está inexoravelmente ligado à aquisição, com exclusividade, de combustível pelo posto revendedor, de modo que não se pode considerá-lo como um contrato simplesmente benéfico, afastando-se, assim, o regime jurídico próprio dos contratos benéficos favoráveis à distribuidora (interpretação a seu favor, responder por dolo, acima listados). Da mesma forma, afasta-se o regime jurídico no que seja favorável ao posto comodatário, como a possibilidade de denunciar o contrato a qualquer tempo, pelo fato de a fixação de prazo ter sido feita em seu favor. A fixação de prazo acompanha o contrato de distribuição e deve ser observada como imperativa para as partes. A distribuidora calcula o retorno do investimento que faz por meio do empréstimo e instalação (que possui um custo elevado) dos equipamentos ao posto pelo tempo em que o contrato de distribuição irá vigor, tendo em conta o potencial de aquisição do posto ou a imposição de cotas mínimas mensais de compra. Ainda, o empréstimo passa a compor, assim, *a relação de equilíbrio de obrigações entre as partes no contexto do grupo contratual*, que ultrapassa os limites de cada contrato. Na análise das obrigações do posto, especialmente a de aquisição com exclusividade de combustível pelo preço fixado pela distribuidora, deve-se levar em consideração que, no contexto do grupo contratual, o posto é favorecido pelo implemento de obrigações a cargo da distribuidora, ainda que deslocadas em outro contrato, como a cessão dos equipamentos, além da autorização do uso de sua marca, como é comum nesses casos. Então, não poderá ser catalogado como um típico contrato unilateral. Dessa forma, e por fim, será possível ao posto invocar a exceção do contrato não cumprido nesse contexto do grupo contratual para, por exemplo, escusar-se de adquirir

combustível da distribuidora enquanto não instalados os equipamentos prometidos, desde que não ostente a bandeira da distribuidora<sup>127</sup>.

Daí a questão: o contrato de comodato não se desnatura ao ponto de não poder mais ser considerado como tal? E mais: poderá ser considerado como uma dentre o conjunto de obrigações das partes em um único contrato atípico misto ou ainda forma um contrato destacado? A resposta à primeira questão é positiva. O contrato de comodato, quando conexo ao contrato de distribuição, perde a causa que lhe identificava como tal e assume a feição de um empréstimo indiretamente oneroso de um bem infungível. Trata-se da mais forte interação da finalidade econômica supracontratual e o elemento causa do contrato individual, a ponto de transmutar a causa originária do contrato quando celebrado de forma individual. Em razão dessa alteração da causa, o efeito jurídico igualmente forte é o da derrogação do regime jurídico a princípio aplicável ao contrato individual. Não se pode manter um regime jurídico plasmado para uma determinada causa típica quando ela não se apresenta no contrato em tela, independentemente do seu *nomen iuris*. Nesse ponto é que houve a divergência de entendimento do Min. Cunha Peixoto e do quanto julgado na sentença: esses íncritos julgadores, apesar de terem conseguido identificar o fenômeno da conexão contratual, não conseguiram ultrapassar as amarras da dogmática tradicional no sentido de se aplicar o regime jurídico próprio do contrato típico de comodato. Ou seja, não conceberam, ainda na presença de um grupo contratual, que um dos efeitos jurídicos daí advindos pudesse ser a alteração do regime jurídico originariamente aplicável aos contratos individuais.

O interessante aqui é notar que a alteração do contrato originário de comodato somente é denunciada pelo elemento causa. O elemento objeto do contrato não é suficiente para distingui-lo dos demais contratos de comodato típicos pactuados de forma individual. Com efeito, dentro dos limites internos do contrato de comodato, de fato, o objeto é o mesmo de qualquer outro típico contrato de comodato: o empréstimo dos equipamentos não possui uma contra-prestação direta pelo posto revendedor à distribuidora. A onerosidade do empréstimo, que é indireta e verificável no plano do grupo contratual, somente é denunciada

---

<sup>127</sup> Hipótese em que o próprio posto já possua os equipamentos. Se o posto ostentar a bandeira da distribuidora, está obrigado a somente comercializar produto daquela distribuidora, não em razão de obrigação de natureza contratual, que estaria suspensa ante o descumprimento da obrigação que competia à distribuidora, mas em razão de obrigação que tem como fonte a lei: o dever de prestar a informação correta ao consumidor sobre a qualidade/origem do produto comercializado e não se valer de publicidade enganosa na prática comercial (art. 6º, III e IV, do CDC). Aqui, o posto poderia invocar indenização pelos prejuízos ou mesmo pedir a resolução dos contratos conexos por culpa da distribuidora, caso em que deixaria, portanto, de usar a marca da distribuidora em seu estabelecimento.

pela causa, que vai indicar que o empréstimo foi dado para que se pudesse viabilizar a operação de distribuição. Lembremos que a causa recolhe o exercício da autonomia privada no seu meio social. Mostra-se, assim, a imprescindibilidade do elemento causa para a definição dos contratos.

Quanto à segunda pergunta, valemo-nos dos critérios postos por Francisco Paulo De Crescenzo MARINO, em obra dedicada ao estudo da coligação contratual, para distinguir a existência de um só contrato da existência de mais de um contrato em coligação. Entende o Autor que haveria três critérios para a distinção: “(i) os limites dos tipos contratuais de referência, sejam eles legislativos ou sócio-jurisprudenciais; (ii) a participação de diversos centros de interesse na relação jurídica ou nas relações jurídicas envolvidas; e (iii) unidade ou diversidade instrumental, temporal e de contraprestação”<sup>128</sup>. Quando fala em diversidade instrumental se refere “não à mera existência de mais de um instrumento contratual, mas à segregação de porções do conteúdo do negócio, de modo que cada uma delas tenha um sentido e uma dinâmica própria, isto é, *autonomia estrutural*”<sup>129</sup>. No caso, o primeiro critério é saber se o contrato de distribuição é elástico o suficiente para abarcar a regulação de um empréstimo de equipamentos. A princípio, sim, o empréstimo de equipamentos poderia figurar como pacto adjeto, como constante do rol de obrigações das partes ao lado das demais obrigações que caracterizam o contrato de distribuição. Mas, levando-se em conta que comumente nessa relação jurídica de distribuição, as partes pactuam outros contratos conexos, como o contrato de licença de uso de marca e mesmo de franquia, tem-se que o contrato de distribuição não suportaria a regulação de todos esses feixes obrigacionais pertencentes a cada contrato individual.

Quanto ao segundo critério, refere-se a participação das mesmas partes, que amplia para centros de interesse, ou de terceiros firmando contratos conexos: no caso, são as mesmas partes. O que nos parece determinante no caso é a diversidade instrumental, como acima colocada, aliada a existência de demais contratos conexos que tornariam o contrato de referência insuficiente para regular a operação econômica global. Com efeito, há obrigações específicas ao contrato de comodato, notadamente as que dizem respeito à conservação da coisa, aos métodos de controle a serem empregados pelo posto e às faculdades de fiscalização

---

<sup>128</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, p. 125.

da distribuidora, que levam as partes a voluntariamente regularem de forma estruturalmente apartada o negócio jurídico de empréstimo dos equipamentos. Mantém-se o mesmo objeto de um contrato de comodato e o interesse de regular esse empréstimo de forma apartada. O que ocorre, contudo, é que se retira a sua natureza originária de contrato de comodato em razão da conexão contratual em que se encontra, revelada pela causa do contrato. Mas é mantido um contrato de empréstimo de bem fungível que interessa seja regulado separadamente dos demais dadas as especificidades das obrigações ali constantes. Nos julgados analisados, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário, concluiu tratar-se de contrato único, de contrato atípico misto, com o cúmulo de obrigações do contrato típico de comodato e do atípico de concessão de venda com exclusividade (distribuição com exclusividade). Somente no julgamento dos embargos de divergência, é o que o Supremo Tribunal Federal corrigiu a sua orientação para considerar dois contratos distintos formando uma união contratual por coligação.

O segundo ponto de divergência constatado nos julgados recaiu sobre a própria interpretação da conexão contratual e o sentido da trasladação de efeitos. Nesse ponto, o problema pode ser identificado na *interpretação da economicidade própria dos contratos em coligação*. Como adverte LORENZETTI, é preciso que a interpretação, que cumpre papel fundamental na identificação jurídica dos grupos contratuais, parta do negócio globalmente considerado, da estratégia geral adotada pelas partes por meio de uma série de contratos individuais sistematicamente organizados para o atingimento desse escopo maior. É preciso, assim, identificar o contrato principal, o contrato preponderante, o contrato referência, ou a operação econômica preponderante e os contratos afetos mais ou menos diretamente a ela. É preciso que, por meio da interpretação do negócio global, que se pontue, em se tratando de uma relação de meio e fim, quais sejam os contratos-meio e quais sejam os contratos-fim. Com isso, vai-se poder identificar (i) o inadimplemento mais grave, (ii) o responsável pelo inadimplemento, ou seja, quem deu causa ao inadimplemento e (iii) o sentido da trasladação de efeitos.

No caso, os votos divergentes entenderam que, tendo havido a correta denúncia do contrato de comodato, partindo erroneamente da aplicação integral do regime jurídico típico do contrato de comodato, e tendo essa denúncia ocorrido temporalmente em primeiro lugar, o contrato de distribuição ficaria sem meios para sua implementação de modo que seria extinto por força da automática trasladação de efeitos entre os contratos. Ou seja, a

trasladação de efeitos, ainda quando reconhecida, pode sofrer grave distorção na sua aplicação quando resultado de uma interpretação errônea do arranjo negocial. De fato, a orientação do Supremo no julgamento dos embargos de divergência fixou que o contrato-fim é o contrato de distribuição, que o contrato de comodato é o contrato-meio. Que a irregular denúncia do contrato de comodato teve como resultado o inadimplemento do contrato de distribuição, na medida em que o posto passou a adquirir combustível de outra distribuidora. Assim, foi identificado que o posto deu causa ao inadimplemento dos dois contratos, e, tendo em conta que o contrato principal era o de distribuição, foi-lhe aplicada a multa apenas desse contrato, corrigindo-se, assim, a distorção ocorrida no julgamento da sentença e o julgamento anterior no recurso extraordinário no sentido da aplicação da multa do comodato por ser menos gravosa.

Em síntese, tem-se que, nos contratos conexos, os efeitos mais comumente verificados são (i) a derrogação, em parte, do regime jurídico aplicável ao contrato típico quando individualmente considerado, (ii) a trasladação de efeitos entre os contratos, cabendo verificar se se trata de relação de dependência unilateral ou bilateral e (iii) a modificação dos institutos ligados ao equilíbrio contratual, que passa a assumir um significado jurídico diferente no contexto do grupo contratual.

### 3.2.2 Os efeitos jurídicos mais comuns às redes contratuais

No que tange aos efeitos próprios das redes contratuais, que interessa mais de perto ao presente estudo, tendo como pressuposto os fundamentos e o raciocínio jurídicos traçados na análise da conexão contratual, percebe-se que os mais comumente verificados são (i) a ampliação dos deveres laterais de conduta em razão da existência da rede contratual e (ii) a responsabilização solidária do organizador da rede em caso de dano provocado pelos agentes por ele eleitos e que figurem nos contratos subseqüentes que formam a rede.

Tal como ocorre com o fenômeno dos contratos conexos, a interpretação da operação econômica global, a identificação da finalidade supracontratual a ser alcançada e a repercussão dela nos elementos dos contratos individuais são decisivos para que se construa com o maior acerto possível os efeitos jurídicos próprios das redes contratuais. É preciso, a partir de uma adequada interpretação, entender os interesses das partes nos contratos individuais e os interesses e as legítimas expectativas geradas em razão da inserção desses

contratos em redes. Na jurisprudência, colhe-se importante precedente firmado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 187.940/SP, Quarta Turma, julgado em 18/02/1999, tendo como Relator o insigne Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., no caso de instituição financeira que financia a atividade de construção de um prédio residencial valendo-se da instituição de garantia hipotecária sobre o terreno e todas as unidades habitacionais (contrato A) que serão comercializadas pela construtora com terceiros adquirentes que lhe pagam diretamente o valor das unidades adquiridas (contrato B). O problema se dá quando a construtora deixa de pagar o financiamento e entra em estado falimentar. A instituição bancária, então, executa a hipoteca. A solução do caso pela doutrina tradicional em que os contratos seriam analisados separadamente, cada qual produzindo os efeitos que lhe sejam próprios entre as partes contratantes (princípio da relatividade dos efeitos dos contratos), conduziria à tutela do direito real de garantia que grava o imóvel em favor da instituição financeira, restando ao adquirente do imóvel ingressar com uma inócua ação para buscar o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da evicção contra a construtora. O Relator do caso, o Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., contudo, com a invulgar habilidade que lhe é própria, ainda que sem utilizar os *nomen iuris* aqui trabalhados, visualizou os contratos como em rede, concatenados, destinados à operação final de venda de imóvel para terceiros adquirentes, e analisou a posição de cada parte quanto aos deveres que lhe competiam diante da existência dessa conhecida rede contratual, ou seja, em relação à parte contrária (no contrato A) e em relação à parte que figura no segundo contrato em rede (contrato B), de que se destaca<sup>130</sup>:

(i) A constatação da existência da rede a partir de análise da *circunstância negocial* - por saber a instituição bancária que o financiamento se destina à construção de unidades habitacionais a serem comercializadas com terceiros – e do *motivo comum determinante* do negócio de financiamento. Extrai-se do voto:

“A causa deve ser examinada e julgada nas *circunstâncias do negócio realizado*, tratando-se de aquisição de casa própria com financiamento concedido por instituição financeira à construtora ou incorporadora do prédio, com ou sem financiamento por agente financeiro aos adquirentes finais.”

---

<sup>130</sup> Esse e outros precedents no mesmo sentido no âmbito do STJ redundaram na elaboração da súmula de jurisprudência nº 308, a cujo teor: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

“As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, *porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros*, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora.” Grifou-se.

Por fim, quanto ao motivo comum determinante do negócio, assevera: “Faço esse registro inicial porque é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado a venda.”

(ii) A análise dos interesses, legítimas expectativas e riscos assumidos por cada parte em cada um dos contratos que interagem na rede para se redefinir, nesse contexto de rede, o equilíbrio contratual:

“O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, *pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador*. Isso seria *contra a natureza da coisa*, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em *situação absolutamente desfavorável*, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar.”

“Dos três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes – o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiro, o segundo por não pagar o financiamento recebido -, somente correu o risco o terceiro que adquiriu e pagou.” Grifou-se.

(iii) A análise da boa-fé como limitadora do exercício abusivo do direito de crédito vista de forma sistêmica, ou seja, na proteção do terceiro adquirente com quem o banco credor não possui relação contratual individualizada. A limitação do exercício do direito ou a exigência de um dever de agir para resguardo do seu crédito é imputada ao agente que financia a construção em razão da boa-fé objetiva incidente sobre o suporte fático da rede contratual e não da relação interna a cada contrato até porque entre o agente financeiro e o terceiro adquirente não há contrato algum, apenas um relação de direito real que foi considerada ineficaz na espécie:

“Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva *impõe ao financiador de edificações de unidades destinadas à venda* apreciar-se

para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, *sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros*, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos *e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel.*”

“Além disso, *consagraria abuso de direito em favor do financiador* que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, - uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, *mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.*” Grifou-se.

Destaca-se, então, como importante efeito próprio das redes contratuais, a ampliação do espectro obrigacional que compete a cada parte no contrato individual em razão da sua inserção em uma rede de contratos. LORENZETTI nomina esses novos deveres como *deveres laterais sistêmicos*<sup>131</sup>. Assim, quando no contexto de um grupo contratual, os deveres que compõem o que a doutrina chama de obrigação contratual complexa são acrescidos dos deveres laterais sistêmicos, que podem ser reconduzidos à espécie dos deveres laterais, que figuram ao lado dos deveres principais e acessórios (conforme cap. 1.1, *supra*). Veja-se que a denominação utilizada por LORENZETTI se adequa perfeitamente aos nomes utilizados na definição dos deveres que compõem a obrigação complexa, mas importa registrar que o Autor não apresenta essa vinculação com a teoria geral da obrigação complexa, nem possui preocupação em limitar com rigor a fonte normativa de que decorreriam esses deveres. Entendemos que essa adequação de nomenclatura corresponde a uma adequação igualmente dogmática que permite reconduzir os deveres laterais sistêmicos à espécie de deveres laterais na classificação antes exposta ao tratarmos da obrigação complexa, sujeita, contudo, a algumas modificações dogmáticas que não lhe alteram a substância, no sentido de permitir que possam ser reconduzidas à espécie dos deveres laterais.

Com efeito, a fonte fática dos deveres laterais sistêmicos, tal como nos deveres laterais internos, vai ser encontrada nas circunstâncias negociais e no comportamento das partes e não propriamente na declaração de vontade. No caso dos deveres laterais sistêmicos, especifica-se que as circunstâncias negociais são aquelas que denotam a existência de um grupo contratual, mais propriamente de uma rede contratual, espécie de grupo mais propícia

---

<sup>131</sup> *Tratado de los contratos*, p. 70 e ss. Utiliza também o termo deveres secundários de conduta ligados ao funcionamento do sistema.

ao desenvolvimento de deveres laterais. Quanto ao comportamento das partes, altera-se o foco da análise do comportamento da parte em relação ao seu comportamento anterior no contrato *para a análise do comportamento da parte em relação ao comportamento que adota para com os outros contratantes na rede contratual.*

Relativamente à fonte normativa, tem-se a boa-fé objetiva como a principal fonte de deveres a incidir nesse novo contexto contratual, construindo-se deveres a partir dos vetores valorativos a que a boa-fé faz referência, quais sejam, a correção, a lealdade, a cooperação e a transparência. No caso dos deveres laterais sistêmicos, a diferença está na interação da boa-fé objetiva com o princípio da função social dos contratos e também no fato de o princípio da função social dos contratos poder atuar como fonte normativa autônoma desses deveres. É que será o princípio da função social, na sua *função qualificadora* das demais normas do sistema, que vai direcionar a boa-fé objetiva para uma dimensão externa ao contrato individual, sendo formulada em termos de deveres de correção que se imponham por força da existência de situações jurídicas ocorrentes em contratos que estejam concatenados em forma de rede<sup>132</sup>. A boa-fé objetiva, qualificada pela função social, age não só na criação de deveres laterais (sistêmicos), mas também, por certo, na limitação do exercício de direitos. Assim, na jurisprudência analisada, a boa-fé objetiva foi aplicada na limitação do exercício de um direito (direito real de garantia do agente financeiro) em razão de uma postura de correção que não tinha como destinatária a outra parte (a construtora mutuária) dentro da relação contratual que mantinham, mas um terceiro partícipe de um segundo contrato (o de compra e venda de unidade habitacional). Parece-nos que essa aplicação da boa-fé, quando tenha como referencial uma terceira parte num outro contrato, diferentemente das situações de boa-fé que vão ser exigidas em relação a parte no mesmo contrato mas por força de um contexto negocial em rede, somente pode ser juridicamente justificada pela incidência qualificadora do princípio da função social do contrato presente no art. 421 do CC/02 (<sup>133</sup>). A boa-fé deixa o seu *locus originário*, o contrato visto numa perspectiva eficaz interna, para adquirir uma *dimensão eficaz externa*.

---

<sup>132</sup> Nesse sentido, a doutrina de: MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 197 e 207.

<sup>133</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Entendemos que a função social dos contratos terá atuação como *fonte normativa autônoma* de deveres laterais sistêmicos ou de limitação ao exercício de direitos quando se tratar de casos ligados diretamente à necessidade de *manutenção e estabilidade do sistema contratual formado*. Assim, tanto o organizador da rede quanto as partes contratantes dos contratos que formam a rede possuem deveres e, portanto, responsabilidades pela manutenção e estabilidade do sistema. Na doutrina da obrigação complexa, os deveres laterais de conduta têm como escopo originário a proteção das partes e dos seus patrimônios na relação contratual. Esses novos deveres laterais, os deveres laterais sistêmicos, tem como escopo a *proteção do próprio sistema*, no sentido do seu equilibrado funcionamento e da sua duração estável no tempo.

LORENZETTI separa os efeitos jurídicos decorrentes das redes em internos ao grupo e externos às partes que a compõem. Fundamenta os efeitos jurídicos decorrentes da rede no que chama de dois princípios fundamentais: o *princípio democrático* e o *princípio da coordenação*. Pelo primeiro, entende ser necessário para a adequada convivência entre os contratos que se importem princípios de direito público, que se exija do organizador da rede que se comporte como um bom legislador ao impor condições contratuais gerais aos membros do grupo. Entende que deva haver comunicação entre os princípios de direito privado e os princípios de direito concorrencial, que entende aplicáveis para as redes contratuais<sup>134</sup>. Pelo segundo, as partes integrantes da rede, todas elas, têm o dever de concorrer, por força do comportamento adotado em cada contrato individual, para a manutenção e a estabilidade do sistema. Assim, o organizador da rede não pode adotar condutas que conduzam ao perecimento da rede, o que se reflete em deveres laterais sistêmicos de conduta e na limitação do exercício de direitos. O princípio da coordenação tem como referência ainda a atuação sempre harmônica, coordenada, entre os contratos com vistas à consecução da finalidade econômica supracontratual, de modo a que se afaste sobreposições ou vácuos de atuação na rede, identificando-se os responsáveis e imputando-lhes deveres laterais sistêmicos de conduta. Valendo-se do exemplo da rede de distribuição, assinala que: “Quien integra una red de distribución, supone lo mismo, de modo tal que ningún integrante de la red interferirá en su zona, o quien la constituyó no tomará medidas que conduzcan al exterminio de la red.”

---

<sup>134</sup> Nas palavras do Autor: “Recurrimos aquí a la comunicabilidad de los principios de Derecho Público y Privado para señalar que los principios de la organización de la competencia son aplicables para estos casos”. *Op. cit.*, p. 65.

Então, com base nos dois princípios acima expostos, LORENZETTI extrai, de modo sistematizado, os seguintes deveres laterais sistêmicos, utilizando ora o termo dever, ora o termo obrigação (ver observação a respeito no cap. 1.1, supra):

- (i) O dever de manutenção do grupo, nos termos já tratados.
- (ii) O dever de asseguramento do êxito do grupo: coloca em dúvida a existência do que seria uma obrigação do organizador em garantir o êxito do grupo para concluir que, em alguns casos, como o das empresas administradoras de *shopping centers*, a comparação entre os dados estimados nos estudos de implantação do empreendimento e o real volume de vendas e a circulação de pessoas após a sua implantação podem servir de medida objetiva de culpa do organizador na prestação das obrigações que assume com os lojistas.
- (iii) O direito à estabilidade: entende que “Las redes tienen como característica su duración y de ello se sigue una vocación de estabilidad en la relación”<sup>135</sup>. Expõe que a esse direito dos membros da rede se contrapõe o dever do organizador de agir com boa-fé (objetiva) na execução e na extinção dos contratos.
- (iv) O dever de trato igualitário: aqui expõe o *standard* de atuar como um bom legislador na elaboração das cláusulas comuns a todos os contratos e no que podemos enquadrar juridicamente como o preenchimento do conteúdo das cláusulas contratuais abertas a cargo do organizador, que terão validade para todos os contratos do grupo. Essencial, contudo, nesse dever está a vedação de dispensar tratamento discriminatório a alguns membros da rede na execução dos contratos. Coloca-se, assim, como dever lateral de conduta passível de originário conhecimento das partes. Coloca-se, ainda, como limitador do exercício de direitos a partir da ampliação do local de verificação do agir anterior da parte para fins de aplicação da norma extraída da boa-fé que veda o agir contraditório das partes (*non venire contra factum proprium*) que sai do contrato individual e passa a ser verificado no âmbito da atuação na rede, do agir do organizador em relação aos demais membros da rede. Utiliza como exemplo o contrato de distribuição: “(...) con relación al contrato de concesión se ha dicho que es una obligación del concedente el trato igualitario para todos los concesionarios. Ello no significa que todos sean iguales sino que tengan igualdad de oportunidades, las que luego podrán ser aprovechadas desigualmente por cada uno de ellos”<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 84.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 86.

Por fim, quanto aos efeitos externos das redes contratuais, tem-se que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo que o uso de ações diretas do prejudicado em um contrato diretamente contra o organizador da rede mesmo quando não tenha com ele relação contratual direta e, quando não há ação direta para o cumprimento de uma obrigação contratual, a responsabilidade do organizador da rede. É o caso da responsabilidade solidária dos planos de saúde nos contratos de medicina pré-paga quando se verifica erro médico na relação de prestação de serviço médico entre o médico credenciado ao plano e o segurado paciente: assim o julgado na Apelação Cível nº 460.666.4/9-00, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, julgado em 24/04/2008. No mesmo sentido a responsabilização da instituição hospitalar por atos dos médicos que ali atuam quando o paciente procura atendimento pelo hospital e é o hospital que o encaminha para tratamento com determinado médico, independentemente da existência de vínculo empregatício ou relação de preposição entre o médico e o hospital, afastando-se, assim, a exigência do art. 932, inciso II, do CC/02, pelo fato de o hospital assumir um dirigismo de natureza organizacional e econômica, ainda que não haja vínculo de subordinação técnica com o médico: assim o julgado na Apelação Cível nº 381.229.4/0-00, Tribunal de Justiça de São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 24/05/2007. Vale aqui a regra de ouro de quanto maior dirigismo, maior responsabilidade.

Encerrada essa abordagem dos fundamentos dogmáticos necessários para o adequado entendimento da classificação de um contrato como típico ou atípico, dos requisitos para a constatação de um grupo contratual e dos seus efeitos jurídicos típicos, passa-se ao estudo do contrato de distribuição em si.

## II – O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

A proposta deste título é adentrar no estudo do contrato de distribuição a partir dos pressupostos metodológicos trabalhados no título anterior. Assim, vai-se proceder à qualificação jurídica do contrato de distribuição a partir da análise dos seus elementos estruturais (partes, objeto, forma e circunstâncias negociais) e do seu elemento funcional, ou seja, a identificação da causa. A identificação da causa dessa espécie contratual está intimamente ligada ao objeto do contrato, que admite uma ampla variação diante das diversas cláusulas que podem ser adotadas para a formação de variados conjuntos de obrigações para cada parte contratual, pendendo de um polo mais ligado ao intercâmbio de prestação a um polo mais ligado à cooperação contratual. Essa variação bastante significativa dos possíveis arranjos negociais dos contratos de distribuição enseja a diferenciação entre o *contrato de distribuição integrada* e o *contrato de distribuição não integrada*. Antes de um conceito mais definido de contrato de distribuição e da sua classificação como um contrato típico ou atípico, valemo-nos da proposta metodológica de PAIS DE VASCONCELOS de identificar os contratos mais próximos aos contratos de distribuição, estremando diferenças e apontando semelhanças, o que vai facilitar a distinção entre a distribuição integrada e a não integrada e o próximo passo que é a identificação do regime jurídico aplicável.

### 4. A justificativa econômica

Distribuição é um conceito originariamente econômico que denota a atividade pela qual um produto sai de sua fonte produtora e atinge o seu mercado de destino. É a ligação entre o produtor e o mercado de destino, o mercado final próprio de cada produto<sup>137</sup>. A distribuição pode ser *direta* ou *indireta*. É direta quando é o próprio produtor que, por meios próprios, atuando por uma só empresa ou pela criação de filiais e valendo-se de colaboradores dependentes (como os empregados) ou independentes (como os agentes mercantis e os corretores), atua no escoamento da produção até o seu mercado de destino. É indireta quando

---

<sup>137</sup> Utiliza-se a expressão mercado de destino por ser mais precisa que mercado de consumo, já que essa última expressão é rapidamente ligada ao conceito de consumidor dado pela Lei nº 8.078/90, não sendo correto afirmar que, necessariamente, o distribuidor atue na venda dos produtos ao consumidor final tal como legalmente definido. Com efeito, há distribuidores que fornecem os produtos para fabricantes, sendo esse o mercado de destino do produto, sem que sejam os destinatários consumidores finais.

o produtor se vale de pessoas (físicas ou jurídicas, mas sempre empresárias, como será visto) externas à sua empresa que assumem o risco da atividade de colocação do produto em seu mercado final<sup>138</sup>.

O campo jurídico, dos contratos, segue um caminho paralelo ao conceito econômico para nominar como contratos *em matéria de distribuição* todos os contratos que viabilizem, como instrumento jurídico, a atividade de distribuição, enquanto fenômeno econômico, quando exercida por pessoas diversas do produtor, abarcando, portanto, não só a distribuição indireta, como a distribuição direta com o auxílio de colaboradores independentes, enquadrando-se nessa segunda hipótese, com destaque, os importantes contratos de agência. Pode-se discutir o enquadramento da distribuição realizada por agentes mercantis como direta, uma vez que seriam terceiros mediadores do negócio, mas essa classificação e essa discussão são de pouca utilidade, se entendida a extensão pela qual a doutrina classifica os contratos como em matéria de distribuição, também chamados de contratos *da* distribuição<sup>139</sup>. Importa, para a classificação jurídica, que a distribuição seja viabilizada contratualmente e só se contrata com terceiras pessoas, de forma que os contratos da distribuição são aqueles firmados com terceiros que atuam como intermediadores da atividade de venda para o mercado de destino. Assim, incluem-se entre os contratos em matéria de distribuição, dentre outros, o contrato de agência, o contrato de comissão, o contrato de corretagem, o contrato de franquia e o contrato *de* distribuição propriamente dito, que formaria uma espécie dentro do gênero dos contratos em matéria de distribuição ou simplesmente da distribuição.

A distribuição indireta pode ocorrer em uma etapa apenas, com a presença de um só distribuidor que irá colocar o produto em seu mercado de destino, que pode ser o mercado do consumidor (final) ou de um outro adquirente que o utilize em sua cadeia de produção. Há, assim, uma relação entre o produtor, o distribuidor e o adquirente final (consumidor ou não). Ou a distribuição poderá ocorrer em mais de uma etapa, tantas quanto forem as necessárias para que o produto atinja o seu mercado de destino. O mais comum é

---

<sup>138</sup> Nesse sentido é a doutrina espanhola e italiana, de são exemplo: HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 119 e ss.; CASSANO, Giuseppe. “Introduzione”. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 7-8.

<sup>139</sup> Chama a atenção para a nomenclatura contratos da distribuição: FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50, nota de rodapé 13.

que essa cadeia de distribuição tenha até uma segunda etapa, em que entraria a figura do subdistribuidor, que adquire o produto do distribuidor e o revende ao adquirente final. Na linguagem comum do mercado, o distribuidor corresponde ao atacadista e o subdistribuidor ao vendedor varejista<sup>140</sup>.

O contrato de distribuição, separado como espécie, o que será objeto de investigação mais profunda, é um acordo com eficácia jurídica que veicula uma operação de distribuição indireta em que o distribuidor atua em nome próprio e a sua própria conta na atividade de revenda ao mercado de destino dos produtos adquiridos do fornecedor. Essas as linhas essenciais desse contrato, postas aqui provisoriamente para que se possa analisar, com mais concretude, a sua justificativa econômica.

A pactuação de um contrato de distribuição retira da linha de atuação do produtor os custos com a atividade de distribuição e os riscos dessa atividade, permitindo-o que se concentre na atividade produtiva. Parte de uma análise racional de atuação no mercado em que se apresenta mais vantajoso para o produtor delegar a um terceiro a atividade de distribuição. De fato, a atividade de distribuição possui uma complexidade própria, que pode ser sintetizada nos seguintes pontos<sup>141</sup>:

(i) assunção dos custos operacionais de instalação de unidades ou centros de distribuição, o que importa a manutenção de um local de armazenagem de produtos, um *staff* de colaboradores, entre empregados e contratados, e de lojas ou pontos de venda próprios para receber, de forma atrativa e satisfatória, o adquirente final, em especial o consumidor. Se se tratar de uma distribuição com duas etapas, ao invés da manutenção de pontos de venda, o distribuidor deverá dispor de uma estrutura de transporte própria para fazer chegar o produto com rapidez e segurança aos subdistribuidores.

(ii) assunção das responsabilidades jurídicas exigíveis de quem atua em nome e por conta próprios, destacando a responsabilidade no plano do direito privado, em especial pelo atendimento das normas da Lei nº 8.078/90, que são extremamente exigentes em sua missão protetiva do consumidor, no plano do direito trabalhista e no plano do direito tributário.

---

<sup>140</sup> Em espanhol, chama-se de “mayorista” e “minorista”; em italiano, “grossista” e “dettagliante”.

<sup>141</sup> Conferir o estudo de FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, p. 44-49.

(iii) utilização dos mecanismos necessários para a inserção o mais eficaz possível do produto no seu mercado de destino, o que implica conhecimento do funcionamento do mercado a que se destina o produto e promoção de vendas (*marketing*). O conhecimento do funcionamento do mercado é tão mais importante, quanto mais distante for o mercado, sendo bastante comum aos produtores contratarem distribuidores locais quando queiram adentrar em um mercado estrangeiro. A promoção de vendas de um produto é tão mais facilitada ao distribuidor quanto mais conhecida e consagrada for a marca do produto, sendo comum, como será visto, a coordenação da atividade de *marketing* entre o produtor e sua rede de distribuidores quando a marca for consagrada, podendo haver assunção desses custos pelo próprio produtor ou divisão com a sua rede.

(iv) atuação no mercado pós-venda, com a prestação de assistência técnica pelo distribuidor aos adquirentes do produto, o que pode ser objeto de pactuação específica no contrato de distribuição.

A justificativa econômica do contrato de distribuição, pois, recai sobre um cálculo racional que aponte o quão vantajoso seja para o produtor delegar a terceiros a atividade de distribuição, tendo em conta as variáveis antes agrupadas.

O contrato de distribuição admite, a sua vez, diversos arranjos negociais que lhe deem uma configuração mais ligada a uma *função de troca*, quando o contrato se limite a regular a operação de venda com a finalidade de revenda entre produtor e distribuidor, ou uma configuração mais ligada a uma *função de cooperação*, quando o contrato passa a regular situações de controle do produtor sobre a atividade do distribuidor e concessões do produtor ao distribuidor, especialmente no que tange ao uso da marca do produto. O estudo do objeto e da causa do contrato de distribuição vai revelar essas diferentes configurações, com base nas quais será possível extrair consequências jurídicas diversas.

## **5. A qualificação jurídica do contrato de distribuição**

### **5.1 Os elementos estruturais**

Como visto na primeira parte do estudo, são considerados elementos essenciais dos contratos, sob o critério da estrutura, as circunstâncias negociais, as partes que manifestam vontade acorde em relação a um determinado objeto e a forma, que é o meio pelo qual o acordo se exterioriza. A qualificação jurídica do contrato de distribuição terá como base a identificação desses seus elementos.

### 5.1.1 As circunstâncias negociais

Por certo que as circunstâncias negociais são altamente mutáveis e, via de regra, admitem identificação somente em relação a cada contrato em concreto. Isso não afasta, contudo, a possibilidade de, mesmo em tese, apontar as circunstâncias negociais que sejam recorrentes e tenham direta relação com o contrato de distribuição, as variáveis possíveis dentro dessas condições recorrentes e mesmo as circunstâncias que se apresentem necessárias para que se tenha um contrato de distribuição.

A principal circunstância negocial do contrato de distribuição e que se posta como necessária para a sua existência como espécie contratual própria é a *habitualidade* ou *estabilidade* da relação de venda do produtor para o distribuidor com a finalidade de revenda ao mercado de destino. Com efeito, essa relação não é definida em termos absolutos, mas em termos relativos, levando-se em conta o normal volume de vendas de um determinado produto, sendo certo que produtos mais caros e as linhas destinadas ao chamado consumo de luxo possuem um volume de vendas normalmente reduzido, e o normal volume de vendas de cada distribuidor no mercado em que atue. Assim, *são vendas habituais as que supram as necessidades de aquisição para revenda em relação a um dado produto e a um dado distribuidor.*

O que se pretende esclarecer é que a habitualidade das vendas do produtor ao distribuidor pode ser igualmente revelada pelo objeto do contrato. Isso ocorre quando contiver cláusula expressa de tempo de duração do vínculo. De outra parte, quando ausente essa cláusula ou mesmo ausente qualquer instrumento contratual, ou quando existente cláusula de duração por tempo indeterminado, a habitualidade das vendas será revelada unicamente pelas circunstâncias negociais.

Além dessa circunstância necessária à tipificação do contrato de distribuição, há uma série de outras circunstâncias recorrentes a esse contrato, ligadas a aspectos mercadológicos que possuem repercussão direta no vínculo, quer na sua interpretação, quer na consideração do equilíbrio das prestações contratuais, quer na relação de dependência das partes, quer ainda na atração de normas mais ou menos protetivas. São as principais circunstâncias negociais mercadológicas: (i) a situação do produto no mercado; (ii) a situação do mercado concorrencial em que atue o produtor e o distribuidor; (iii) o poder do produto e (iv) o poder da marca.

A situação do produto está relacionada a sua *exclusividade* ou *fungibilidade* dentro de um mercado relevante. Importam-se, aqui, provisoriamente, o conceito de fungibilidade e de mercado relevante do direito concorrencial (retomados no cap. 11). O Anexo V da Resolução nº 15/1998 do CADE, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica brasileiro, fornece um conceito de fungibilidade que nos é útil:

“Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado do produto relevante pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos e/ou serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.”

Veja-se que a fungibilidade, ou seja a potencial intercambialidade ou substituíbilidade entre os produtos, possui três critérios básicos: as características do produto, os preços praticados e a sua normal utilização. Interessa, contudo, que a fungibilidade seja analisada dentro de um determinado mercado a que os consumidores tenham acesso e não em termos absolutos. O mercado relevante geográfico, ainda segundo a Resolução nº 15/1998, “(...) compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços”. Assim, o produto objeto do contrato de distribuição pode ser um produto com a marca da exclusividade, quando não localizados outros produtos com ele fungíveis dentro de um dado mercado relevante geográfico. Trata-se de produto raro, único, escasso, não em termos absolutos, mas em termos de inserção em um mercado relevante, como dito, em que vai se ponderar o custo da aquisição desse mesmo produto de um outro produtor, por exemplo. A escassez de um produto pode se dar por ser raro na natureza ou por não ser atrativa a sua produção. A consequência é estar o produtor em

situação de privilégio no mercado e o distribuidor em situação de maior dependência do produtor.

Extremamente importante é a situação do mercado concorrencial. Há aqui duas situações nos polos: um mercado em que é alta a *concorrência entremarcas (interbrand competition)* e um mercado em que é alta a *concorrência intramarca (intradbrand competition)*. Fala-se sempre em concorrência de produtos fungíveis que disputem num mesmo mercado relevante, como visto.

Um mercado de alta concorrência entremarcas é um mercado em que há acirrada disputa entre os produtores, pois é alta a fungibilidade entre os seus produtos, de forma que os produtores se encontram em uma situação de pressão no mercado. A racionalidade econômica da atuação dos produtores, nessas condições, irá apontar para uma maior redução de seus lucros e um maior empenho para que a sua rede de distribuição tenha sucesso. Aqui, a situação dos distribuidores é mais confortável, já que presumivelmente devam contar com maior apoio dos produtores, reduzindo, assim, a sua dependência do ponto de vista econômico, o que será objeto de análise mais detida adiante. A situação de alta concorrência intramarca é quando a disputa se desloca para a rede de distribuidores de um mesmo produtor (organizador da rede), ou a rede de subdistribuidores de um mesmo distribuidor (organizador da sua própria rede). Nessa hipótese, o produto goza de um dado prestígio no mercado que coloca o produtor em situação de privilégio ao passo que o distribuidor é que se encontra pressionado, não tanto pela concorrência dos distribuidores que trabalham com um outro produto, mas pela concorrência existente entre os seus pares distribuidores de uma mesma rede de distribuição. Aqui, tem-se uma situação de maior dependência econômica do distribuidor em relação ao produtor e a necessidade de maior observância do agir contratual do produtor em relação aos membros de sua rede, pois estão postas as condições favoráveis a que presumivelmente haja um maior abuso das posições jurídico-contratuais titularizadas pelo distribuidor, destacadamente o seu poder de fixação do preço de venda aos membros da sua rede de distribuição.

O poder do produto diz respeito ao *diferencial* do produto em relação aos demais produtos com ele fungíveis ou potencialmente fungíveis. Há dois diferenciais que se destacam: a *qualidade* e o *preço*. O distribuidor terá tanto mais facilidade na sua atividade de distribuição quanto maior for o diferencial do produto que adquira. A qualidade é uma

característica que vai além da mera expectativa de o produto funcionar: de qualquer produto, mesmo os mais simples, se espera que funcionem, que cumpram basicamente a função para a qual foram adquiridos. A qualidade é o algo que se agrega à funcionalidade, que faz com o que o produto funcione melhor que os demais. A exigência de qualidade independente do preço é bastante reduzida, limitando-se aos produtos de alto desempenho, especialmente na indústria, ou que cumpram funções específicas em que pouco se tolere falhas, como os aparelhos utilizados na prestação de serviços médicos. Em geral, alcançado um padrão médio de qualidade, que torne os produtos fungíveis entre si, o diferencial passa a ser o preço. Trata-se da conhecida *relação custo x benefício*, que é a regra de ouro para a escolha racional feita pelos consumidores. O preço, então, é o que vai definir a compra e, portanto, o êxito da atividade de distribuição, residindo aí, pois, a sua importância. Por vezes, quando o produto for de menor complexidade e que cumpra o requisito da funcionalidade, o preço será o único diferencial, pois pouco importará, dada a simplicidade da função do produto, que seja ela cumprida de forma qualitativamente vantajosa, como é o caso de materiais de uso de escritório (clips, grampos, lápis, canetas comuns, cadernos, folhas de papel) ou materiais de uso doméstico (corda, prendedor, prego, água sanitária), por exemplo. O preço será ainda o único diferencial ou o diferencial preponderante dependendo da classe econômica que vai consumir, em que nem sempre será possível uma escolha que envolva a consideração da qualidade, dadas as restrições orçamentárias.

Deixamos separados o poder da marca, seja pela sua especial importância, seja por não guardar relação necessária com os diferenciais qualidade e preço. Por certo, nenhuma grande marca permanece consagrada no mercado se não tiver por trás um produto de grande qualidade, porém pode ocorrer que mesmo entre produtos de qualidade díspares, desde que não sejam assaz significativas, o apelo de uma marca bem posicionada no mercado seja decisivo para a escolha do produto de menor qualidade. De outra parte, a relação com o preço é em sentido oposto: pesquisas de mercado apontam de forma consensual que as pessoas estão dispostas a pagar mais (aqui existe uma gradação dependendo da classe econômica que consome) por um produto de marca em relação ao seu similar sem marca ou de marca com menor prestígio no mercado. Assim, distribuidores que ingressam em redes em que há o compartilhamento de marcas de prestígio possuem larga vantagem sobre os seus concorrentes, sendo esse elemento – o uso da marca e o seu prestígio – de fundamental importância para a aferição do equilíbrio contratual em sua dimensão econômica.

### 5.1.2 As partes

Trata-se de típico contrato comercial, se considerados os requisitos a tanto postos pelo revogado CCom 1850, pois celebrado entre dois comerciantes, de acordo com o requisito subjetivo do art. 4º desse diploma (ser comerciante)<sup>142</sup>, e tendo como objeto a compra de móveis com o objetivo de revenda, de acordo com a previsão objetiva do art. 191, parte final<sup>143</sup>. Interessante notar que a chamada compra e venda mercantil regulada pelo art. 191 a 220 (Título VIII – Da compra e venda mercantil) do CCom 1850, na verdade, abarca o hoje denominado contrato de distribuição, pois só era considerada mercantil a compra e venda de móveis com a finalidade de revenda “por grosso” (mercado atacadista - distribuidor) ou “a retalho” (mercado varejista – subdistribuidor), na mesma espécie ou quando utilizado como insumo para a produção (manufaturado) para posterior revenda. Não corresponde totalmente ao contrato de distribuição porque também era considerado de compra e venda mercantil os contratos de compra e venda, mesmo sem finalidade de revenda, de “moeda metálica e o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais”, desde que o vendedor ou o comprador fossem comerciantes.

Com a unificação do direito privado brasileiro operada pelo Código Civil de 2002, o contrato de distribuição migra como um *contrato interempresarial*, já que ambas as partes, que podem ser pessoa física ou jurídica, são qualificadas como empresários, na forma do art. 966 desse diploma<sup>144</sup>. De um lado, tem-se o empresário que produz, o produtor, termo que reputamos mais adequado para nominar a parte no contrato de distribuição que fornecedor, em razão da vinculação desse termo à parte que cumpre papel próprio nos contratos socialmente típicos de fornecimento (conforme esclarecido na Introdução). A

---

<sup>142</sup> Art. 4º. Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9).

<sup>143</sup> Art. 191. O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo nº. 127).

É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante.

<sup>144</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

distribuição pode possuir mais de uma etapa no plano vertical, tantas quantas forem as etapas necessárias para que o produto chegue ao seu mercado de destino. Na hipótese de haver mais de uma etapa, identificam-se o distribuidor e os subdistribuidores, empresários que atuam na atividade de circulação do produto, sendo esses os termos técnicos mais adequados. De forma corrente, utiliza-se, quando a distribuição é realizada em duas etapas, como já dito, o termo atacadista para o distribuidor e varejista ou retalhista para o subdistribuidor, último elo ligado diretamente ao mercado de consumo.

Incide, portanto, o *standard empresarial* no contrato de distribuição, como técnica jurídica de correção da interpretação e da aplicação da lei civil unificada, tendo em conta as exigências e características próprias do *standard empresarial* tal como aprioristicamente identificadas na primeira parte.

Defendemos posição contrária à tendência da doutrina em buscar a aplicação analógica, ou mesmo em falar na ausência de motivos para a separação dos regimes jurídicos (direito consumidor e direito civil unificado), das leis protetivas dos códigos de consumo ao distribuidor, pelo fato de este ostentar uma posição de dependência em relação ao produtor ou fornecedor<sup>145</sup>. Primeiro porque há entre o direito civil unificado e o direito do consumidor âmbitos de aplicação expressa e indubitavelmente distintos, que impedem mesmo o recurso à analogia. Segundo, em razão das peculiaridades do *standard* empresarial de conduta que, segundo defendemos, pode gerar uma aplicação normativa diferente inclusive da que se dá a uma relação entre civis, conforme já exposto (cap. 2.3, supra). Terceiro porque a assim chamada dependência do distribuidor em relação ao produtor possui diversos temperamentos e ressalvas que serão analisadas adiante, ao se tratar do equilíbrio no contrato de distribuição.

### 5.1.3 O objeto

No campo do objeto, cumpre analisar o conjunto de obrigações que compete a cada parte a partir da análise das principais cláusulas contratuais presentes no contrato de distribuição. O estudo da cláusula contratual permite inferir um feixe de obrigações para uma das partes do contrato e um feixe de pretensões para a outra parte, ou a cláusula exprime situações jurídicas outras como de sujeição, exceção ou atribuição de poderes jurídicos.

---

<sup>145</sup> Expõe a posição da doutrina italiana nesse sentido: CASSANO, Giuseppe. Introduzione, *op. cit.*, p. 20.

A obrigação principal é definida pela cláusula de venda com a obrigação de revenda da parte do distribuidor. As demais cláusulas que formam o conteúdo de cada contrato de distribuição em particular, não propriamente individualizando o objeto do contrato de distribuição em tese, o que é feito pela obrigação principal, são consideradas acessórias, adjetas, porque a sua pactuação não é necessária para que se tenha um contrato de distribuição. São cláusulas importantes que vão definir os múltiplos arranjos negociais admitidos nesse contrato. A cláusula principal é a que segue:

(i) *A cláusula de venda com a obrigação de revenda*: este é o núcleo duro do contrato de distribuição, que forma o mínimo sem o qual não resta configurada essa espécie de contrato. Essa cláusula impõe ao produtor a obrigatoriedade de vender, dentro das demais condições pactuadas, para o distribuidor um determinado produto. O distribuidor, por ela, se obriga duplamente: a pagar o preço, que pode ser determinado de diversas formas, e a revender o produto no seu mercado de destino. Deve, pois, o distribuidor promover a revenda do produto com toda a diligência a tanto exigida, que é informada por *standards* de conduta dos demais empresários distribuidores que atuem com o mesmo produto ou com produto fungível (na definição importada do direito concorrencial) e no mesmo mercado relevante.

*A obrigação de revenda* a cargo do distribuidor revela que o contrato atende a uma função de escoamento da produção, tem como causa a finalidade de revenda, o que será analisado adiante.

Dada a habitualidade das vendas, outro elemento mínimo do contrato, não há determinação do preço no contrato, tal como ocorre no contrato de compra e venda. As vendas se multiplicam em todo o tempo de duração do contrato, sendo absolutamente inviável, dada a mutação do preço no tempo, pelos mais variados fatores<sup>146</sup>, o que pode levar não só ao seu aumento, como a sua diminuição, o seu congelamento no contrato de distribuição.

A cláusula de preço é uma cláusula aberta que pode assumir três configurações básicas. Pela primeira, a fixação do preço é atribuída ao produtor, que então disporá do poder

---

<sup>146</sup> Os fatores estão ligados ao mercado e à moeda. No mercado, tem-se o custo de produção, a lei da oferta e da procura e a atividade especulativa. Quanto à moeda, tem-se a inflação.

jurídico, cuja natureza será analisada mais à frente (cap. 8.1), de fixação unilateral de preço a cada venda feita ao distribuidor. Pela segunda, as partes estipulam que o preço será o de mercado normalmente praticado pelo produtor, em que ainda cabe ao produtor o poder de fixação de preço, limitado expressamente pela sua própria prática de preços em relação aos demais distribuidores. Pela terceira, a fixação do preço pode ser o resultado do consenso entre as partes a cada fornecimento, tal como ocorreria se de compra e venda se tratasse. Essa última cláusula é pouco comum enquanto previsão jurídico-contratual, *já que pode provocar o impasse*, quando não houver aceitação do preço proposto pelo produtor ao distribuidor. O impasse não interessa ao produtor, motivo maior de seu pouco usual a cláusula, como também conflita com a própria função econômico-social do contrato de distribuição, que, adiantando o seu tratamento, repousa sobre a habitualidade das vendas com a finalidade de revenda ao mercado de destino.

De outra parte, importa notar, é usual, sim, que, na prática, ainda quando haja cláusula que confira ao produtor o poder de fixação unilateral do preço, ocorra alguma negociação de preço entre produtor e distribuidor na ocasião de cada “pedido”. A diferença, nessa prática social, é que a negociação se dá de forma limitada, com parâmetros controlados pelo produtor e que, em havendo um impasse no plano fático da negociação, prevalece o preço determinado pelo fornecedor, já que não depende do acordo, da concordância do distribuidor para que produza efeitos jurídicos.

Por fim, uma quarta hipótese é que o contrato de distribuição seja pactuado sem a existência de qualquer cláusula que disponha sobre o modo de fixação do preço. Ter-se-ia, assim, um preço não apenas indeterminado, mas também indeterminável. Mesmo nos contratos de distribuição, no que se identifica com o contrato de compra e venda, não é admissível que o preço de venda, elemento essencial do negócio, seja indeterminável. Trata-se de lacuna contratual que deverá ser preenchida por norma legal, como será visto.

São as seguintes as cláusulas acessórias:

(ii) *A cláusula de determinação do preço de revenda pelo produtor*: confere ao produtor o poder jurídico de determinar o exato preço de revenda, ou o preço mínimo de revenda ou, ainda, o preço máximo de revenda a ser praticado pelo distribuidor. Essa cláusula denota forte relação de controle contratual pelo produtor. Há evidente desequilíbrio jurídico

entre as partes. Tem como efeito econômico a redução da competição intramarca, estabelecendo-se prática concertada de preço final de revenda entre os membros da rede por força de determinação contratual do produtor, o organizador da rede.

(iii) *A cláusula de exclusividade em favor do distribuidor*: por meio dessa cláusula, o produtor se obriga a vender o produto com exclusividade a um dado distribuidor em uma determinada área geográfica. Ou seja, o distribuidor atua como o único revendedor de um determinado produto nos limites de uma determinada região em que fixado o seu estabelecimento empresarial. Trata-se de cláusula que confere ao distribuidor uma situação jurídica e econômica de privilégio. Desfruta o distribuidor de uma vantagem competitiva única em relação aos demais agentes mercantis que atuem naquela região. A expectativa é de um grande volume de vendas e de percepção de maior lucro, já que atua em uma situação de ausência de concorrência intramarca, de forma monopolista em uma certa região geográfica. Em geral vem acompanhada da estipulação da obrigação acessória de licença de uso de marca.

(iv) *A cláusula de exclusividade em favor do produtor*: é a cláusula que obriga o distribuidor a adquirir produtos de apenas um produtor. Essa cláusula pode ou não vir combinada com a cláusula anterior. Analisada isoladamente, trata-se de cláusula que confere ao produtor uma situação jurídica de controle sobre o distribuidor, que traduz desequilíbrio jurídico entre as partes, a ser analisado conjuntamente com a situação de vantajosidade econômica (equilíbrio em termos econômicos) que pode existir em razão das circunstâncias negociais acima apresentadas (cap. 5.1.1) e com a presença das demais cláusulas contratuais, em especial a que estabeleça a obrigação acessória de licença de uso de marca.

(v) *A cláusula de aquisição de uma quantidade mínima de produto*: estabelece a obrigação do distribuidor de adquirir, em um determinado intervalo de tempo, em geral mensal, uma quantidade mínima de produto. Trata-se, igualmente, de cláusula que aponta a existência de um desequilíbrio jurídico em favor do produtor, a ser analisado conjuntamente com as demais cláusulas do contrato, e mesmo de contratos conexos ao contrato de distribuição, e com as possíveis compensações econômicas existentes no negócio, de acordo com as circunstâncias negociais subjacentes. Tem como justificativa econômica um cálculo de retorno de investimento que é feito pelo produtor, supondo, assim, que ele tenha feito investimentos para viabilizar a atuação do distribuidor ou tenha custos fixos altos que precise

partilhar com o distribuidor em razão da promoção de um elemento comum a ambos, do qual o distribuidor igualmente tire vantagem, notadamente a promoção da marca licenciada ao distribuidor.

(vi) *A cláusula que imponha obrigação de assistência técnica no pós-venda:* quando o produtor delega ao distribuidor não apenas a revenda do produto, mas o atendimento do adquirente final do produto no pós-venda, tanto no que pertine à reposição de peças, quanto na prestação de assistência técnica. Essa cláusula é bastante comum nos contratos de distribuição de veículos automotores, que possuem regulação legal própria na Lei nº 6.729/79, que os nomina de contrato de concessão comercial, conceito equivalente, com pontuações a serem feitas, ao contrato de distribuição, esse mais usual na doutrina mais moderna.

(vii) *A cláusula de licença do uso da marca:* quando o produtor cede ao distribuidor o direito de uso da sua marca. Permite, assim, ao distribuidor partilhar do prestígio que envolve a marca do produtor, estreitando a relação jurídica e econômica entre ambos, na medida em que a cooperação entre as partes passa a ser visível pelo mercado de destino, especialmente o consumidor. A marca, sinal distintivo de um determinado produtor ou de um dado produto, sua propriedade imaterial, tem um valor em si, cuja importância fora exposta enquanto circunstância negocial relevante para fins de aferição de vantagem econômica pelo distribuidor. Refere-se aqui ao estabelecimento jurídico-contratual da permissão do uso da marca pelo distribuidor. Retomando o quanto dito, o uso da marca exterioriza ao mercado consumidor a existência de uma relação de cooperação entre as partes, informando, igualmente, pela teoria da aparência, que o produtor cedeu o uso de sua marca a um distribuidor que fora por ele previamente selecionado como apto a bem gerir a distribuição de seu produto. Daí que, ao lado do direito de uso de marca que confere ao distribuidor, importa em deveres a seu cargo, deveres expressos em outras cláusulas contratuais ou implícitos à relação de autorização de uso de marca pelos *standards* informados pela boa-fé objetiva. Assim, o distribuidor assume deveres de zelar pela marca do fornecedor e atender às determinações do fornecedor quanto ao modo de uso da marca.

(viii) *A cláusula que disponha sobre orientações de ordem técnica:* cláusula que obriga o distribuidor a observar as orientações de ordem técnica emanadas do produtor. Com efeito, o produtor pode estabelecer não apenas as condições de uso da marca, como também (i) a observância de um padrão mínimo de atendimento a ser prestado pelo

distribuidor, em geral com o oferecimento de cursos de qualificação dos colaboradores do distribuidor, (ii) a forma de exposição da marca e do produto no estabelecimento do distribuidor, (iii) instruções técnicas de acondicionamento, manuseio e entrega do produto ao destinatário, entre tantas outras nesse sentido.

Essas cláusulas que formam, quanto às obrigações principais, o objeto do contrato, e quanto às obrigações acessórias, o conteúdo do contrato, são as comumente verificadas na prática comercial. Admite-se, pois, arranjos negociais distintos em razão da diversidade de cláusulas que oscilam de polo mais ligado ao intercâmbio de prestação a um polo mais ligado à cooperação contratual. Essa uma variação que admite graus no sentido de estar mais afeta à cooperação ou mais afeta a uma relação de troca. Em razão disso, é bastante comum na doutrina estrangeira a inserção da divisão entre *distribuição integrada* e *distribuição não integrada*<sup>147</sup>. A distribuição integrada é distribuição indireta, porque contratada a distribuição (venda com finalidade de revenda) com terceira pessoa, física ou jurídica, que assume, em nome e por conta próprios, o risco da atividade, porém remanesce ao produtor o *poder de controle* de parte da atuação do distribuidor. O produtor retém, por força de pactuação contratual, poder de ingerência sobre decisões e modos de atuação que competiriam originariamente ao distribuidor. Daí dizer a doutrina, sob a ótica da justificativa econômica<sup>148</sup>, que a distribuição integrada está situada entre a distribuição direta e a distribuição indireta. É meio contratual a permitir maior atuação do produtor que, à partida, delega à atividade distributiva ao agir autônomo do distribuidor.

Esse poder de controle sobre o distribuidor é comumente verificado na organização de *redes contratuais* de distribuição, em que há uma série de distribuidores (ou subdistribuidores) vinculados a um produtor (ou distribuidor) que atuem na atividade de distribuição de um determinado produto. Ou seja, além da verticalização de contratos, há, em cada etapa da distribuição, o estabelecimento de contratos uniformes com diversos agentes (horizontalização) que *atuem de forma integrada a partir de um centro de decisão personificado pelo organizador da rede*, o fornecedor ou o distribuidor, acaso haja rede de subdistribuição. Pode, também, existir poder de controle em uma *cadeia contratual* apenas,

---

<sup>147</sup> HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*, p. 143. VILLANACCI, Gerardo. Parte introduttiva, p. 3 e ss. CASSANO, Giuseppe. Introduzione, p. 8 e ss., que utiliza o termo distribuição coordenada.

<sup>148</sup> Já que não há dúvida que a distribuição integrada é espécie da distribuição indireta.

em que há um único distribuidor e um único subdistribuidor vinculados em cadeia vertical de contratos integrados de distribuição.

A justificativa geral para a existência desse poder de controle nas mãos do organizador da rede reside no ganho de eficiência do sistema de distribuição implementado e no objetivo de se alcançar uniformidade na atuação dos membros da rede. O ganho de eficiência do sistema de distribuição é mais um conceito do direito concorrencial de que ora nos valem; serve como justificativa, chamada tecnicamente no direito concorrencial de isenção (à aplicação das normas antitruste), para a existência de acordos verticais que, no direito concorrencial, são os acordos (em sentido amplo<sup>149</sup>) restritivos à livre concorrência existentes entre os membros de etapas distintas da cadeia econômica. Trata-se de conceito aberto pelo qual os acordos verticais respondem pela redução dos custos de transação com a operação econômica que compõe o seu objeto, o que terá como consequência presumível a redução do preço ao consumidor final, de modo a admitir tais restrições competitivas entre os agentes econômicos. O objetivo de uniformidade está relacionado ao diferencial do produto e à marca do produtor, como meio para que tais elementos não se vulgarizem no comércio em razão de atuações díspares e sem um padrão mínimo de qualidade da parte dos membros da rede de distribuição.

A doutrina conceitua a distribuição integrada de forma aberta, como o contrato em que se verifica a existência de cooperação entre o produtor e os seus distribuidores ou de vinculação mais forte entre as partes. Entendemos necessário delimitar de forma mais precisa essa espécie. Entendemos haver distribuição integrada nos contratos em que presente, além da cláusula de venda com a finalidade de revenda, que compõe a obrigação principal mínima de qualquer contrato de distribuição, as demais cláusulas, que contenham obrigações principais ou acessórias para as partes, no sentido de conferir ao produtor ou ao organizador da rede um poder de controle sobre os contratados<sup>150</sup>.

Assim, a presença de uma das cláusulas antes elencadas permite o enquadramento do contrato como de distribuição integrada: a cláusula de determinação do

---

<sup>149</sup> Não necessariamente contratos, mas simples práticas limitativas da concorrência são objeto de sanção pelo direito concorrencial.

<sup>150</sup> Nesse sentido é a doutrina de Alicia García HERRERA (*La duración del contrato de distribución exclusiva*, p. 142 e ss.), para quem a distribuição integrada é aquela em que se verifica coordenação e integração entre os elos da cadeia distributiva visualizada por meio de cláusulas contratuais específicas.

preço de revenda pelo fornecedor, de exclusividade em favor do distribuidor, de exclusividade em favor do fornecedor, de aquisição de uma quantidade mínima de produto e a que imponha obrigação de assistência técnica no pós-venda, licença de uso de marca ou de observância de orientações técnicas emanadas do produtor. Como dito, trata-se de enquadramento que admite *graus de integração*, tanto mais fortes, quanto maior a presenças dessas cláusulas que reflitam poder de controle pelo fornecedor ou organizador da rede. Admitimos, pois, essa importante divisão entre contratos de *distribuição integrada* e contratos de *distribuição não integrada*, essa última hipótese no caso de estar presente apenas a cláusula de obrigação principal mínima de venda com a finalidade de revenda.

#### 5.1.4 A forma

Trata-se de contrato *solo consensus*, ou seja, não se exige uma forma vinculada como requisito de existência, nem como requisito de validade do contrato. Em geral, os contratos de distribuição são veiculados pela forma escrita.

## 5.2 O elemento funcional

Na identificação da causa do contrato de distribuição, discute-se se tal espécie contratual porta uma função, definida em termos gerais, de troca ou de colaboração. Com efeito, essa discussão toma corpo, segundo entendemos, justamente pelo fato de o contrato de distribuição admitir arranjos negociais díspares, dando ensejo, como visto, a divisão entre distribuição integrada e não integrada. A distribuição não integrada, portanto, pode estar mais próxima a uma função de troca, tal como o contrato de compra e venda, ao passo que a distribuição integrada, indiscutivelmente, assume uma função de colaboração ou cooperação entre as partes.

Defendemos que a causa deva ser definida em termos os mais concretos possíveis a denotar a função exercida por cada espécie de contrato (cap. 1.2). Assim, de modo mais preciso que os conceitos de função de troca e função de cooperação, *a função econômico-social desempenhada pelo contrato de distribuição pode ser identificada na venda com a finalidade de revenda do produto para o seu mercado de destino*, ou ainda, no escoamento da produção, na integração entre o mercado produtor e o mercado consumidor.

A finalidade de revenda vem revelada, logo de início, no próprio objeto do contrato, em razão da obrigação principal de revenda que assume o distribuidor perante o produtor. De fato, em sendo a causa a síntese integrativa dos elementos estruturais do contrato, nada mais natural que seja inferida do seu objeto. O que se destacou na primeira parte foi a imprescindibilidade da causa como elemento definidor de um contrato, elemento esse que não se identifica com o objeto e nem sempre possa ser por ele revelado com tal clareza e de forma direta.

Importa asseverar que a finalidade de revenda não pode ser enquadrada, quanto ao contrato de distribuição, como o motivo determinante comum às partes. O motivo determinante é a finalidade a ser alcançada com o objeto contratual, ou seja, satisfeito o objeto contratual, com ele as partes podem atingir uma dada finalidade (conceito trabalhado no cap. 1.2). No caso do contrato de distribuição, é o objeto do contrato que exige o atingimento da finalidade de revenda. *A finalidade, aqui, compõe obrigação constante no próprio objeto do contrato e não algo a ser alcançado para além do objeto do contrato.* É o seu rasgo característico e definidor. Essa a diferença para uma compra e venda que tenha a revenda do produto como motivo determinante comum. Nessa compra e venda o adquirente pretende deixar claro que está comprando o bem para posterior revenda, como motivo determinante do negócio. Como motivo determinante comum, a repercussão jurídica se limita à interpretação das demais cláusulas contratuais e à criação de deveres laterais e mesmo secundários pela incidência da boa-fé, relacionados que estejam com o cumprimento dos deveres principais à luz da finalidade de revenda externada pelo adquirente a que o vendedor aderiu. Essa repercussão jurídica vem a ser favorável ao adquirente, sendo que, de modo algum, pode ser tida como obrigação a seu cargo, podendo não ser exercida por ele sem que nenhuma consequência jurídica daí decorra. No caso do contrato de distribuição, a finalidade de revenda é a funcionalidade própria do contrato, *sendo espelhada em uma obrigação principal que o distribuidor assume perante o fornecedor*, da qual, portanto, não pode se furtar. Trata-se, pois, de previsão jurídica favorável ao produtor. Por último, o motivo determinante é episódico, singular, circunstancial, na compra e venda, podendo servir ela a outro motivo determinante qualquer, ao passo que a finalidade de revenda constitui a razão de ser do contrato de distribuição, figurando tipicamente como a sua causa. Não há confundir, portanto, as duas figuras.

A função de venda com a finalidade de revenda supõe uma *relação de cooperação* entre produtor e distribuidor para que a produção possa ser eficazmente escoada ao seu mercado final. Essa função, portanto, não é alcançada com a só relação de troca. De fato, o desmembramento da relação de troca (a primeira venda) não é indiferente ao fornecedor. Assiste-lhe *interesse jurídico* (tanto que a revenda é prevista como obrigação do distribuidor) e *interesse econômico* (na expansão da distribuição de seu produto) no que se passa após a venda, quer dizer, no modo de condução da atividade de revenda, que é o caracteriza a atividade distributiva. Assim, *mesmo em um contrato de distribuição não integrada a função preponderante é a cooperativa*.

Admite-se a existência, em concreto, de contratos de distribuição não integrada em que, em razão de circunstâncias negociais particulares, possa ser, de fato, bastante limitada a função de cooperação, mas tal não infirma a sua identificação, em tese, a partir da verificação do que comumente ocorre nos contratos de distribuição, com a *função que lhes caracteriza como espécie contratual*. São os casos em que o produtor comercialize produtos sem marca, em que o mercado absorva totalmente a produção de produtos raros ou de qualidade bastante superior, ou quando o poder do distribuidor seja maior que o do produtor. Para ficarmos em um exemplo, os contratos de distribuição não integrada de gêneros alimentícios entre os produtores rurais e as grandes redes de supermercados. Pouco ou praticamente nada há de cooperação entre as partes, mas ainda assim não se pode dizer que o produtor seja absolutamente indiferente quanto ao sucesso de vendas do supermercado, já que tal repercute diretamente nas suas vendas ao distribuidor. Pode-se dizer, nesses casos, que a função de cooperação cede espaço, sem sair de cena, à função de troca.

Assiste, pois, razão à doutrina que classifica os contratos de distribuição dentre aqueles que desempenham uma função de cooperação. LORENZETTI os classifica o contrato de distribuição ao lado do contrato de agência, de franquia, de concessão mercantil e dos que formam os hipercentros de consumo (*shopping center*), como contratos que desempenham uma *função de colaboração associativa em rede*, denotando, assim, a celebração do contrato em rede, que é um dos modos de posicionamento do contrato de distribuição, modo esse que, mesmo comum, não é essencial ao contrato, o que convém ressaltar. Segundo LORENZETTI, nos contratos em matéria de distribuição “(...) hay una relación de colaboración interempresarial, operada por sujetos jurídicamente autónomos, vinculados en una actividad mercantil integrada en la que el productor derivó la comercialización de sus

productos hacia distintas bocas de ventas, regulando su penetración en el mercado para potenciar el mutuo beneficio”<sup>151</sup>. Giuseppe CASSANO entende que a troca é necessária, porém não suficiente para o escoamento segmentado da produção por meio de um agente econômico autônomo, o que demanda uma relação de colaboração entre as partes que admite graus (“più o meno stretta”):

“In questo senso, infatti, il fenomeno della segmentazione del processo produttivo, altrimenti detto “*outsourcing*”, attuato mediante la cooperazione fra imprese diverse, non è assicurato necessariamente da un contratto di scambio, ma può costituirsi anche sulla base di contratti di collaborazione più o meno stretta, senza che sia pregiudicata la reciproca autonomia dei soggetti.”<sup>152</sup>

A função de cooperação pressupõe a *duração no tempo do contrato de distribuição*, a habitualidade das vendas necessárias para o escoamento da produção e o atendimento da demanda do mercado consumidor em que atua o distribuidor. Nisso também se afasta da função de troca, que espelha uma operação isolada, esporádica.

Assim, em termos gerais, *o contrato de distribuição desempenha uma função de cooperação*. Em termos específicos, *a causa do contrato de distribuição está na venda, de forma habitual, com a finalidade de revenda ao mercado de destino do produto*.

Traçados os elementos estruturais e o elemento funcional que caracterizam o contrato de distribuição, é possível compará-lo com outras espécies contratuais para verificar se pode ou não ser a elas reconduzido e em que medida e de maneira se assemelham e se diferenciam.

### **5.3 As diferenças em relação aos contratos afins: compra e venda e contratos em matéria de distribuição**

Os mais representativos contratos em matéria de distribuição, também chamados de distribuição, sem prejuízo da existência de outros, são o contrato de agência, o contrato de comissão, o contrato de corretagem e o contrato de franquia. São os quatro contratos legalmente típicos no nosso sistema jurídico, de forma a importar a verificação das

---

<sup>151</sup> *Tratado de los Contratos*, p. 520-521.

<sup>152</sup> CASSANO, Giuseppe. Introduzione. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*, cit., p. 8.

semelhanças e dessemelhanças para fins de fundamentar a eventual aplicação analógica do regime típico desses contratos ao contrato de distribuição. O chamado contrato de concessão comercial corresponde ao contrato de distribuição, especificamente dá nome a um modo específico de arranjo negocial de distribuição integrada.

Antes, contudo, é preciso pontuar as diferenças com o contrato de compra e venda, cuja importância sobrepõe, seja porque é o contrato matriz da função de troca, a partir da qual se desenvolvem os contratos da distribuição, seja porque é densamente regulado pelos ordenamentos jurídicos em geral e pelo nosso em particular, servindo, pois, suas normas de fonte para a aplicação, cogente ou dispositiva, aos demais contratos pelo recurso da analogia. Assim, para se evitar uma errônea aplicação analógica das normas que regem a compra e venda, imprescindível que seja cotejada com o contrato de distribuição, tarefa que vem sendo desenvolvida pontualmente ao longo desse Título.

### 5.3.1 A diferença em relação ao contrato de compra e venda

O contrato de compra e venda se diferencia do contrato de distribuição quanto à estrutura, quanto à função e quanto ao modo de execução.

A estrutura de ambos é diferente, fundamentalmente pela diferença do objeto. Enquanto o objeto da compra e venda é a entrega do bem mediante o pagamento do preço, o objeto do contrato de distribuição engloba a obrigação do distribuidor, adquirente do bem, de revenda do bem no seu mercado de destino. A função que daí decorre, como visto, é diferente entre ambos, já que o contrato de compra e venda encerra uma função de troca, ao passo que o contrato de distribuição é essencialmente cooperativo, tendo como causa a venda com a finalidade de revenda a ser exercida com habitualidade entre as partes.

Quanto ao modo de execução, admite-se a seguinte classificação: (i) instantânea, em que o adimplemento do contrato se dá no momento de sua celebração; (ii) diferida, em que uma das prestações ou ambas as prestações ocorrem em momento futuro diverso do momento da celebração do contrato; e (iii) continuada, em que as prestações e contraprestações se renovam no tempo. Explicação precisa da diferença entre a execução diferida e a execução continuada, que o Autor chama de “larga duración”, é dada por LORENZETTI:

“A diferencia del supuesto anterior, en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento y no accesorio, como ocurre en la ejecución diferida. En estos últimos, la temporalidad se incorpora a través de modalidades accidentales de la obligación, como el plazo o el cargo, o bien a través de la falta de presupuestos que tienen entidad como para separar la celebración del cumplimiento.

En cambio, en la duración, el interés del acreedor no es satisfecho sino a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo. Por ello se dice que el tiempo se vincula con el objeto del contrato, ya que el mismo no puede cumplirse sino a través de una prolongación temporal.”<sup>153</sup>

Veja-se a beleza da construção teórica desenvolvida pelo jurista argentino: o tempo é elemento que se vincula ao objeto do contrato, de forma que o interesse do credor somente é satisfeito com a reiteração (que vai chamar de cumprimento periódico) ou com a continuidade (que vai chamar de cumprimento contínuo, em que o credor se mantém em uma situação de fruição contínua de um bem ou serviço, como a locação, por exemplo) das obrigações principais assumidas por ambas as partes (a formar o objeto). O contrato de compra e venda admite execução instantânea e diferida, porém não continuada. O contrato de distribuição é um contrato de execução continuada de cumprimento periódico, na classificação de LORENZETTI.

A doutrina é uníssona em identificar a habitualidade ou a estabilidade como traço essencial do contrato de distribuição, traço que o distingue do contrato de compra e venda, cuja marca é a singularidade, o caráter eventual da pactuação<sup>154</sup>. Alicia García HERRERA dedica tese de doutoramento ao *fator tempo* como sendo elemento essencial do contrato de distribuição com cláusula de exclusividade (dentro da classificação que adota), na medida em que tal contrato depende de uma larga duração para o atingimento dos objetivos buscados pelas partes, sendo este o elemento que condiciona toda a estrutura do contrato<sup>155</sup>.

É necessário lançar um segundo olhar sobre o contrato de compra e venda no que toca ao elemento preço. A tradição jurídica considera os três elementos essenciais da compra e venda: a coisa, o preço e o consenso (“res, pretium et consensus”). De modo que,

---

<sup>153</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I, p. 119.

<sup>154</sup> Na doutrina brasileira: FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63 e ss. Na doutrina italiana: CASSANO, Giuseppe. *Introduzione*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>155</sup> HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 353-359 e 411-412.

“sine pretio nula venditio”, segundo brocardo de ULPIANO<sup>156</sup>. É preciso atentar, contudo, que essa situação jurídica não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro desde o advento do CC/02, que passou a admitir a existência de um contrato de compra e venda sem a pactuação de preço, ou seja, sem que o preço seja sequer determinável. Isso porque, na ausência de pactuação das partes, incide, como “ius dispositivum”<sup>157</sup>, o art. 488 do CC/02, para considerar que as “partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor”<sup>158</sup>. O Código Civil, nesse ponto, importou solução do Código Comercial de 1850, presente no seu art. 193, na regulação do contrato de compra e venda mercantil que, como visto, correspondia, em parte, ao que hoje se denomina de contrato de distribuição<sup>159</sup>. Trata-se de típica solução voltada à realidade do mercado, ao senso prático mercantil, à dinâmica das relações negociais entre comerciantes, tendo em conta a funcionalidade própria do contrato de distribuição. Na distribuição, em que há habitualidade de vendas do produtor ao distribuidor, a forjar uma relação de dependência recíproca e laços mais fortes de confiança, não raro são os casos em que não há contrato escrito entre as partes e a venda se dá mediante o pedido do distribuidor ao produtor em que se determina o produto e a quantidade, relegando o preço a um momento posterior, o do pagamento. Tem-se o contrato como existente e válido com o acordo entre as partes sobre a coisa, ainda que não haja determinação do preço. O preço passa a ser *elemento da execução* do contrato e não da sua formação. Incide a lei, na falta de declaração de vontade das partes quanto ao preço, para determinar que seja o preço corrente praticado pelo produtor no mercado, adotando, inclusive, solução em caso de impasse entre as partes: prevalece o preço médio.

O segundo ponto a destacar é que, na regulação do contrato de compra e venda existe uma vedação genérica a que a definição do preço fique a cargo de uma das partes, consoante art. 489 do CC/02 (<sup>160</sup>). No contrato de distribuição, é bastante comum que a definição do preço esteja dentro da esfera de poder jurídico do produtor. Esse é um assunto

---

<sup>156</sup> *Apud* GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 229.

<sup>157</sup> Termo utilizado por PONTES DE MIRANDA em contraposição ao “ius cogens”, em que a aplicação da norma é imperativa, da qual as partes não podem dispor. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXXIX. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 37 e ss.

<sup>158</sup> Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio.

<sup>159</sup> Art. 193 - Quando se faz entrega da coisa vendida sem que pelo instrumento do contrato conste preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e lugar da entrega; na falta de acordo por ter havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, prevalecerá o termo médio.

<sup>160</sup> Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

central no presente estudo, que será abordado detidamente em capítulo próprio (cap. 8). Cumpre, por ora, apenas apresentar esse importante, ao menos aparente, conflito em uma pretensa recondução do contrato de distribuição ao de compra e venda, que foi afastada pelas essenciais diferenças entre ambos antes apontadas, ou em uma pretensa regulação do contrato de distribuição pelas normas que regulam tipicamente o contrato de compra e venda por meio do recurso à analogia.

Assim, em conclusão, não consideramos tecnicamente correto conceituar o contrato de distribuição como o contrato-quadro que enfeixe contratos de compra e venda celebrados habitualmente e com ligação funcional<sup>161</sup>. Com efeito, adotar essa definição implica aceitar a incidência das regras do contrato de compra e venda para a regulação do contrato de distribuição, o que é um equívoco. Além disso, sob um ponto de vista atécnico, corrente, essa definição atrai para si a força da tradição jurídica - não ressalvada pelas modificações legislativas ocorridas por força de importação de regras do direito comercial quanto à determinação do preço e pelos temperamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à possibilidade de que sua determinação fique à disposição jurídica de uma das partes - a indicar que, num contrato de distribuição, a cada pedido do distribuidor ao fornecedor, seja definido o preço por meio de negociação, o que, *como regra*, também é um equívoco.

### 5.3.2 A diferença em relação aos contratos em matéria de distribuição

O contrato de comissão é um contrato legalmente típico regulado pelos artigos 693 a 709 do CC/02. O contrato de distribuição, contudo, não é reconduzível ao contrato de comissão. Conquanto em ambos, o distribuidor e o comissário ajam em nome próprio, o segundo age à conta do comitente, ou seja, é administrador do negócio do comitente, recebendo, pela prestação desse serviço, uma comissão sobre o resultado das vendas (art. 693 e ss. do CC/02). O distribuidor, por sua vez, age em nome e por conta próprios, sendo que a sua remuneração advém da diferença de preço de aquisição da mercadoria e da revenda dela no mercado, sendo este um dos traços característicos do contrato de distribuição.

Diferencia-se do contrato de agência, que corresponde ao contrato de representação comercial, ora regulado nos artigos 710 a 721 do CC/02, porque nesse o agente

---

<sup>161</sup> Nesse sentido: FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*, p. 79: “Melhor dizendo, o acordo que estabelece as bases do relacionamento entre as partes tem conteúdo naturalmente impreciso e gera várias compras e vendas posteriores”.

atua apenas na aproximação do proponente (termo utilizado pela lei), que é o empresário fornecedor ou produtor, e o adquirente do produto; ou seja, o agente atua na captação de clientes para o proponente, agindo, pois, em nome e à conta do proponente. O contrato de venda do produto é celebrado entre o proponente e o adquirente, de modo que o proponente assume toda a responsabilidade contratual e o risco do negócio. A remuneração do agente admite variações, sendo o mais comum que tenha uma remuneração fixa a que se acresça uma remuneração variável, consistente num percentual sobre o valor de venda do produto ou que seja unicamente remunerado apenas pela forma variável.

O CC/02 criou a figura do distribuidor dentro da regulação do contrato de agência, denominando o Capítulo XII do Título VI do Livro do Direito das Obrigações de “Da agência e distribuição”. A questão que se pôs foi a de ter ou não o novo Código tipificado o contrato de distribuição no referido Capítulo XII. A doutrina majoritária entende que não; que, na verdade, o Código regula duas espécies de contrato de agência: o contrato de agência tradicional e o contrato de agência distribuição, em que o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada, nos termos da parte final do art. 710 do CC/02. Ou seja, ele não adquire o produto a ser negociado, que lhe é disponibilizado pelo produtor/proponente de acordo com previsão contratual específica para facilitar a conclusão de negócios e a entrega do produto comercializado, o que não se identifica com o contrato de distribuição (concessão comercial) ora tratado, em que o distribuidor efetivamente adquire o produto para revendê-lo por sua conta e risco<sup>162</sup>. Assim, na agência distribuição, o agente assume a obrigação de armazenar o produto. Pode, ainda, ser firmado pacto adjeto em que assume a obrigação de entregar o produto ao cliente. Nessas condições, o agente distribuidor partilha com o produtor o risco do negócio (quanto ao armazenamento) e assume, em parte, a responsabilidade pelo contrato (quanto à entrega do produto), mas isso está longe de representar a assunção inteira do risco do negócio e a responsabilidade contratual que possui um distribuidor.

O contrato de corretagem segue, em grande medida, o contrato de agência, na mesma medida, pois, em que se afasta do contrato de distribuição. É regulado pelos artigos 722 a 729 do CC/02. Diferencia-se da agência pelo fato de a relação entre corretor e cliente ter a marca da singularidade, da eventualidade da relação negocial, ao passo que o agente

---

<sup>162</sup> Ver por todos: FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 111-116 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 92, volume 812, junho de 2003, p. 22-40.

mantém com o proponente uma relação não eventual, uma relação estável, o que vai expresso no art. 710 do CC/02. Além disso, o regime legal (“ius dispositivum”) determina que o agente goze de exclusividade de atuação em uma determinada área geográfica e que preste serviço de forma exclusiva ao proponente, conforme dispõe o art. 711, regime esse não previsto para o contrato de corretagem. Em ambos os contratos devem agir diligentemente segundo as instruções recebidas do proponente ou do cliente, no que se aproximam do contrato de distribuição integrada, sendo descabida uma recondução típica desse contrato para aqueles.

Por fim, o contrato de distribuição aproxima-se bastante do contrato de franquia, que recebeu tratamento positivado na Lei nº 8.955/94. Trata-se de tipificação bastante tímida, o que não é uma crítica, que se limitou a elencar as informações que o franqueador deve prestar ao franqueado no momento anterior à celebração do contrato, daí porque continua importante o recurso aos usos nesse contrato de larga aceitação e incidência no meio social. O contrato de franquia é, dentre os contratos da distribuição, aquele em que a integração entre as partes se dá no grau máximo. Assumem ambos função de cooperação por meio da qual a atividade de distribuição indireta toma corpo. Ou seja, há semelhança da função econômico-social desempenhada por ambos<sup>163</sup>. A diferença está na prestação objeto da distribuição em cada contrato e nas obrigações principais assumidas pelas partes.

O contrato de distribuição tem vocação para o escoamento de *produtos* por meio da revenda a cargo do distribuidor. Pode eventualmente ter como objeto a prestação de serviço, mas tal estará ligada, como acessória, à revenda do produto. É o que ocorre com os contratos de distribuição de combustíveis, a que se agrega o serviço de troca de óleo. Na verdade, o contrato de distribuição não admite em seu objeto a prestação de serviços isolada, já que o serviço não é suscetível, por não ser um bem corpóreo móvel, de venda com a finalidade de revenda. A franquia tem por vocação a disseminação de um *serviço*, ou seja, a prestação de um serviço pelo franqueado tal como lhe fora rigorosamente transmitido pelo franqueador, de modo que a transferência de “know-how” constitui obrigação principal nesse contrato. Em geral, na franquia, o produto é comercializado como um acessório a que se agrega ao serviço, tanto que pode ser dispensável qualquer aquisição de produto pelo franqueado, como na franquia de serviços de hotelaria e mesmo o mesmo na franquia de

---

<sup>163</sup> Nesse sentido, apontando a dificuldade na diferenciação desses contratos: SPINOZZI, Michele. La concessione di vendita. In: VILLANACCI, Gerardo (org.). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 277-279.

restaurantes *fast-food*, em que o franqueador pode se limitar a exigir do franqueado que adquira de terceiros que indique os insumos necessários à preparação da comida<sup>164</sup>. Admite-se contudo que a franquia tenha como objeto a distribuição de produtos, aproximando-se, assim, ainda mais da distribuição integrada, mas o produto é vendido dentro de um *modelo de negócio* a ser fielmente observado pelo franqueado, como pode se dar com a franquia de uma grande livraria.

A franquia, na verdade, tem com objeto principal a cessão de um modelo de negócio bem sucedido, experimentado, de comprovado sucesso e aceitação no mercado. Assim, são obrigações principais no contrato de franquia a transferência de “know-how”, a licença de uso de marca e o controle da estrita observância, pelo franqueado, do modelo de negócio que lhe é transmitido<sup>165</sup>. COMPARATO observa que o objeto do contrato de franquia pode se resumir em três aspectos: *engineering, management e marketing*<sup>166</sup>. Já no contrato de distribuição, como assentado, a obrigação principal é a de venda com a obrigatoriedade de revenda pelo distribuidor, sendo a licença de uso de marca e a obrigação de observância de orientações técnico-operacionais obrigações acessórias. Quando presentes essas obrigações acessórias, os contratos voltam a se aproximar. A aplicação das regras típicas do contrato de franquia ao contrato de distribuição, pelo recurso à analogia, tem como bitola justamente esses pontos de aproximação entre os dois contratos que, contudo, não se identificam.

Quanto ao contrato de concessão comercial, o importante é tentar afastar certas imprecisões terminológicas. Na doutrina brasileira, tem-se que o termo contrato de concessão de venda ou concessão comercial foi introduzido pelo estudo pioneiro realizado por Rubens REQUIÃO no artigo “O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial)”, publicado em 1972 (<sup>167</sup>). REQUIÃO se vale grandemente de dois artigos franceses, nos quais o nome utilizado é “*concession commerciale*”: o escrito por Claude

---

<sup>164</sup> Assim observa Fábio Konder COMPARATO, trazendo como exemplo a hotelaria: “Releva notar, aliás, que a aquisição de produtos ou mercadorias do franqueador pelo franqueado não é elemento indispensável na estrutura do negócio.” Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, ano XIV, nova série, n.18, 1975, p. 56.

<sup>165</sup> De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.955/94: “Art. 2º. 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.”

<sup>166</sup> *Op. cit.*, p. 54.

<sup>167</sup> REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil*, ano XI, nova série, n. 7, 1972, p. 17-45.

CHAMPAUD (“La concession commerciale”, *Reveu Trimestrielle de Droit Commercial*, n. 3, Paris, 1963) e o escrito por Jean HÉMARD, que tratou do contrato de “concession commerciale” ao distingui-lo do contrato de agência, sendo esse último o objeto específico do artigo (“Les agents commerciaux”, *Reveu Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, 1959). Da leitura do profícuo artigo de Rubens REQUIÃO se extrai que as características ali postas quanto ao contrato de concessão de venda ou concessão comercial são inteiramente aplicáveis ao hoje nominado contrato de distribuição. Ou seja, houve apenas mudança terminológica com a doutrina mais recente tendo encampado o termo contrato de distribuição no lugar de concessão de venda, tendo sido aquele termo igualmente consagrado na prática comercial. Assim é que se pontua, na doutrina brasileira, que são dois nomes diferentes para uma mesma espécie contratual<sup>168</sup>.

Interessante notar que, na doutrina italiana, isso não resta claro. Com efeito, para o gênero de contratos pelos quais a distribuição direta ou indireta toma forma, a doutrina italiana utiliza, tal como a nossa, o termo “contratti della distribuzione commerciale”. Com efeito, no livro “I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy”, organizado por Giuseppe CASSANO<sup>169</sup>, destina-se um capítulo para o tratamento de “I contratti di distribuzione” (“capitolo primo”), ao que se supõe tratar de espécie contratual própria, e um outro capítulo apenas para “La concessione di vendita” (“capitolo quinto”), não havendo qualquer diferença digna de nota entre ambos, sendo que sobre tal assunto não se manifestam nem os Autores do primeiro (Mariangela CISTARO, Pasquale FAVA, Serena PANNICELLI, Roberto RELLA), nem o Autor do quinto capítulo (Guido SCORZA), que não apresentam, na comparação com os demais contratos da distribuição, eventual diferença que exista em relação ao contrato de distribuição. Também fora infrutífera a busca pela existência de alguma diferença ou do modo de tratamento – como espécies distintas ou como gênero/espécie - entre o “contratto di distribuzione” e o “contratto di concessione di vendita” no capítulo introdutório do livro, assinado pelo organizador Giuseppe CASSANO, que não explica os critérios metodológicos de que se utiliza ao elencar os contratos em espécie que serão trabalhados nos capítulos do livro. A mesma dificuldade se encontra no livro, também

---

<sup>168</sup> Nesse sentido a obra de: FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, p. 50-51, nota de rodapé nº 13.

<sup>169</sup> CASSANO, Giuseppe et alii. *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006.

obra coletiva, “I contratti della distribuzione commerciale”, a cargo de Gerardo VILLANACCI<sup>170</sup>.

A doutrina espanhola, tendo em conta o anteprojeto de Lei de Contratos de Distribuição apresentado pelo Ministério da Justiça daquele país no ano de 2006 (<sup>171</sup>), segue a classificação legal para considerar os contratos de distribuição como um gênero ou uma categoria contratual que contempla as seguintes espécies: compra com exclusividade, venda com exclusividade, a distribuição autorizada, a distribuição seletiva, a concessão comercial e a franquia<sup>172</sup>. Parece-nos que, a toda evidência, essa classificação não resiste a uma análise científica que defina um tipo contratual, uma vez que toma como base distintas obrigações acessórias que podem formar arranjos negociais diferentes dentro do tipo do contrato de distribuição para alçá-las a espécies contratuais próprias, ou seja, tipos contratuais distintos. Assim é que, indevidamente, segundo entendemos, o contrato de concessão comercial é tido pela doutrina espanhola como espécie contratual autônoma. Alicia García HERRERA, seguindo a enumeração de arranjos negociais das diretivas europeias sobre o direito antitruste, adota a seguinte classificação, que, da mesma forma, não resiste a um critério científico de análise do tipo: o contrato de fornecimento com exclusividade, distribuição seletiva, distribuição exclusiva e franquia. A concessão comercial corresponde à distribuição exclusiva, havendo apenas diferença de nomes, em que a marca distintiva é a existência de exclusividade em favor do distribuidor e em favor do produtor (exclusividade bilateral)<sup>173</sup>.

Analisados os elementos que caracterizam o contrato de distribuição e concluído que não é reconduzível a outras figuras típicas, a partir do exercício de análise de diferenças e semelhanças, encerra-se o *juízo primário* no processo de qualificação de um contrato (cap. 2.1).

#### **5.4 Uma primeira síntese: o juízo secundário de qualificação**

---

<sup>170</sup> VILLANACCI, Gerardo *et alii*. *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010.

<sup>171</sup> O referido anteprojeto virou a Lei nº 1/2010, de 1º de março de 2010, de modo que, em Espanha, o contrato de distribuição passou a ser legalmente típico.

<sup>172</sup> SOTO, Ricardo Alonso. Tipología de los contratos de distribución comercial. *In*: UREBA, Alberto Alonso *et alii* (org.). *Los contratos de distribución*. Madrid: La Ley, 2010.

<sup>173</sup> HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 166-175.

O contrato de distribuição é o contrato firmado entre dois empresários juridicamente independentes pelo qual o distribuidor adquire do produtor, com habitualidade, produtos para que sejam revendidos, em seu nome e a sua conta, no mercado de destino, dando corpo, pois, a uma função cooperativa de escoamento da produção. Essa a definição que adotamos a partir da análise dos elementos estruturais e do elemento funcional do contrato de distribuição.

O juízo secundário é um juízo de certeza sobre a qualificação do contrato (cap. 2.1). Visto tratar-se de contrato não reconduzível a outros contratos típicos, é qualificado, com segurança, como um contrato atípico do ponto de vista do direito legal. Diante da sua aceitação social e da sua larga utilização na vida econômica, pode ser qualificado como um contrato socialmente típico<sup>174</sup>. A partir dessa qualificação, é que vai ser definido o regime jurídico aplicável a tais contratos.

Pode-se enquadrá-lo como um contrato atípico misto de tipo múltiplo, na classificação de PAIS DE VASCONCELOS, já que formatado sobre as bases (i) da compra e venda, no que toca ao pacto de venda de produtos, (ii) da agência, da comissão e da corretagem, quanto às obrigações acessórias a cargo do distribuidor de observância das orientações técnico-operacionais passadas pelo distribuidor em seu controle sobre a condução da atividade de revenda, e da (iii) franquia, no que tange à função cooperativa de revenda e na licença de uso de marca.

Há, contudo, uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro. É típico o contrato de distribuição de veículos automotores de via terrestre, regulado pela Lei nº 6.729/79, que utiliza o termo concessão de vendas. Ou seja, dada a importância do mercado de revenda de veículos, a sua dimensão e o impacto na economia, o legislador houve por bem tipificar um contrato de distribuição em razão de uma determinada prestação, o automóvel.

## 5.5 Uma segunda síntese: existe um só contrato de distribuição?

---

<sup>174</sup> A qualificação como um contrato legalmente atípico e socialmente típico é endossada pela doutrina consultada, mesmo a estrangeira, com a ressalva de que recebera tipificação legal em Espanha. Ver por todos: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I, p. 520.

Dado que o contrato de distribuição é um contrato que admite diversos arranjos negociais, como visto, pendendo de uma distribuição dita integrada a uma distribuição dita não integrada, a questão que se coloca e que chama uma segunda síntese é saber se existe uma só espécie contratual ou mais de uma espécie contratual corresponde a esses distintos arranjos negociais.

A resposta para essa questão depende, na expressão de PAIS DE VASCONCELOS, da análise da *elasticidade* própria do tipo. Como visto, o juízo de tipificação não é subsuntivo, no sentido da total correspondência dos elementos em tese do tipo ao contrato em concreto, mas um juízo polar, graduável, de maior ou menor correspondência com os índices do tipo, de modo a se poder encontrar o cerne do tipo e a sua periferia, enquadrando-se os arranjos negociais em concreto mais ao centro ou mais às laterais do tipo (cap. 2.1).

Entendemos que o limite da elasticidade é dado pelos elementos estruturais e funcional mínimos (essenciais) caracterizadores de um determinado tipo. Nos contratos de distribuição são os constantes na definição antes apresentada: a venda e a obrigatoriedade de revenda, a habitualidade, a atuação em nome e por conta própria do distribuidor, que é um empresário autônomo, e a função cooperativa de escoamento da produção. Ambos os arranjos negociais, de distribuição integrada e não integrada, se valem desses elementos caracterizadores mínimos, razão pela qual se enquadram em só tipo, não configurando duas espécies contratuais, mas propriamente dois arranjos negociais comuns em um mesmo tipo contratual. Daí a crítica à doutrina espanhola, que qualifica diversos arranjos negociais como espécies contratuais distintas.

De fato, é preciso indicar que o cerne do tipo do contrato de distribuição é informado pelo arranjo negocial de distribuição integrada. A distribuição integrada, assim, fica no centro do tipo, sendo a periferia formada, de um lado, pela distribuição não integrada, que faz fronteira com o contrato de compra e venda e, de outro, pela distribuição integrada em grau máximo (com a junção do maior número de cláusulas acessórias de controle sobre a atividade do distribuidor), arranjo negocial que faz fronteira com o contrato de franquia.

## **5.6 O regime jurídico**

Apesar de ainda não estar consolidada na doutrina jurídica nacional o estudo dos contratos sob uma dupla fonte normativa, a de direito privado e a de direito concorrencial, é preciso avançar nesse sentido e reconhecer uma realidade jurídica evidente, qual seja, a de que os contratos encerram *acordos*, verticais ou horizontais, ou mesmo *atos de concentração* (como o contrato de aquisição de lote acionário que confira ao seu titular o poder de controle da sociedade, por exemplo), que, em tese, estão sujeitos ao controle do direito concorrencial, que, no Brasil, é informado pela Lei nº 8.884/94 <sup>(175)</sup>. Os termos acordos verticais e horizontais são utilizados pelo direito concorrencial para designar atos de concordância sobre um determinado objeto que provoquem ou possam provocar efeitos anticoncorreciais celebrados entre pessoas que estejam em níveis distintos da cadeia produtiva (acordo vertical) ou no mesmo nível da cadeia produtiva (acordo horizontal). Maior controle haverá diante das chamadas *restrições verticais*, outro termo do direito concorrencial, que, sob a perspectiva do direito contratual, não passam de cláusulas contratuais pelas quais uma das partes exerce controle sobre o agir da outra parte no seu relacionamento com terceiros ou quanto a sua posição no mercado (como a exclusividade em favor do distribuidor). No nosso estudo, são as cláusulas que vão caracterizar a existência de um contrato de distribuição no arranjo integrado (cap. 5.1.3).

É ainda preciso avançar no sentido de que a co-incidência dos dois diplomas normativos sobre um mesmo suporte fático não produz apenas efeitos jurídicos distintos e separáveis, no sentido da existência de um ilícito contratual e um ilícito concorrencial que não comuniquem os seus efeitos. Na verdade, o ilícito contratual é indiferente ao direito concorrencial, o que não ocorre no sentido oposto: o ilícito concorrencial gera efeitos no plano contratual.

#### 5.6.1 O regime de direito privado

Por ser um contrato atípico, o contrato de distribuição é regulado pelas normas gerais do direito obrigacional, em geral, e do direito contratual, em específico, notadamente pelo princípio da boa-fé objetiva inserto no art. 422 do CC/02; pelas normas específicas reguladoras dos contratos típicos que lhe sejam mais próximos, por meio do recurso à

---

<sup>175</sup> O trato desse tema e o avanço da doutrina nesse sentido quanto ao estudo do contrato de distribuição e mesmo em termos de teoria geral do direito é atribuído a FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, p. 49-55, e no curso de todo o livro ao tratar das restrições verticais mais comuns no contrato de distribuição.

analogia, a partir da identificação das semelhanças e diferenças entre os elementos estruturais e funcional do tipo dos contratos em matéria de distribuição em relação aos elementos que caracterizam o contrato de distribuição; ainda, por ser um contrato socialmente típico, aplicam-se as normas que podem ser extraídas dos usos e costumes do comércio.

Quanto aos usos e costumes do comércio, dada a sua fluidez, não é tarefa fácil a sua identificação com uma boa margem de segurança. É preciso verificar que a prática seja reiterada e socialmente aceita pelos empresários que atuem no ramo como *necessárias* à eficiência do funcionamento do contrato, ou seja, do desempenho da sua função econômico-social, e *justas* do ponto de vista objetivo do equilíbrio contratual especialmente assim reconhecidas pelos empresários em posição de inferioridade de poder, em geral os distribuidores aderentes a redes contratuais de distribuição. Não basta que seja uma prática, deve haver uma “opinio comunis” no sentido da *vinculatividade dessa prática*. Nesse passo, importa conhecer a realidade do mercado de distribuição, as compensações econômicas existentes, as expectativas das partes e, assim, analisar a juridicidade das práticas comerciais à luz do filtro das normas gerais em matéria contratual. Papel importante é o assumido pela jurisprudência no sentido de confirmar as práticas comerciais, conferindo maior segurança na sua identificação.

#### 5.6.2 O regime de direito concorrencial

A incidência do direito concorrencial sobre um suporte fático igualmente regulado pelo direito contratual se dá, contudo, a partir de requisitos de incidência próprios da norma antitruste, que são diferentes dos requisitos de incidência da norma contratual. É dizer, o direito concorrencial possui um *âmbito de aplicação* próprio, uma vez que tutela *bens jurídicos próprios* e distintos dos bens tutelados pelo direito privado em matéria contratual. Somente quando presentes os requisitos de incidência da lei antitruste é que se poderá falar em co-incidência de dois diplomas legais sobre um mesmo negócio jurídico e, com isso, em comunicação de efeitos jurídicos entre ambos.

A Lei Antitruste tem como objeto reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, conforme dispõe o art. 173, § 4º da Constituição. Assim o faz para se alcançar, como finalidade, a proteção da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da proteção ao

consumidor e, bem assim, dos demais bens jurídicos tutelados pela Constituição ao disciplinar a ordem econômica (art. 170). O objetivo é a preservação de um ambiente concorrencial propício à manutenção de um mercado livre e equilibrado, com o maior número possível de agentes atuando de forma competitiva, de modo a se lograr incremento de qualidade no fornecimento de produtos e na prestação de serviços e, também, como efeito reflexo (não necessário) a redução do preço ao consumidor final. Dessa forma, é a própria lei que especifica, no parágrafo único do art. 1º, que os bens jurídicos por ela tutelados são de titularidade da coletividade, enquadrando-se na classificação de interesses difusos<sup>176</sup>.

A lei define o ato ilícito pelos efeitos – atuais ou potenciais - que possa provocar sobre o mercado concorrencial. Descreve, de modo não exaustivo, condutas típicas no art. 21, que necessitam, para que a consequência jurídica da norma incida – no sentido de considerar ilícita a conduta por infração à ordem econômica - a produção de efeitos anticoncorrenciais declinados nos incisos do art. 20 da lei, quais sejam: “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

O objetivo da Lei Antitruste, pois, é a preservação do mercado como um todo e não dos seus agentes em particular (que são, por certo, protegidos reflexamente) e da concorrência em si e não dos concorrentes em particular (igualmente protegidos de forma reflexa)<sup>177</sup>, a partir da ponderação dos diversos bens jurídicos tutelados pela lei<sup>178</sup>.

A própria Lei Antitruste, em seu art. 29, autoriza o ponto de contato com o direito contratual, ao facultar à pessoa prejudicada a defesa de seu interesse individual, que é reflexamente protegido pela lei, por meio de ação judicial tendo como fundamento a

---

<sup>176</sup> Conforme art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

<sup>177</sup> Reportamo-nos à obra específica de Paula FORGIONI sobre o direito concorrencial: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 325: “Ora, não toca ao direito antitruste a disciplina do respeito mútuo às esferas de direitos dos sujeitos, mas sim a regulamentação do mercado. Não interessam os concorrentes, mas sim a concorrência”.

<sup>178</sup> De fato, há uma ampla margem de apreciação dos diversos interesses em jogo pela autarquia responsável pela análise das práticas anticoncorrenciais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e pelo Poder Judiciário na apreciação de demandas individuais. É o que Forgioni chama de “jogo do interesse protegido”, em que os diversos interesses incorporados na lei, todos dignos de tutela, podem ser rearranjados diante das peculiaridades de cada caso. *Op. cit.*, p. 261-271.

existência de um ilícito concorrencial, independentemente da existência de processo administrativo tramitando no CADE, que, se existente, não será suspenso<sup>179</sup>. Ou seja, por força de expressa previsão legal, a apuração de infração à ordem econômica, tal como disciplinada pela lei antitruste, não é da competência exclusiva da autoridade administrativa, hipótese em que caberia ao Poder Judiciário apenas o controle sobre a atuação da Administração, dada a inafastabilidade desse controle por força de previsão constitucional (art. 5º, inciso XXXV). Sem entrar no mérito quanto ao acerto da posição do legislador, tem-se que a lei reconhece expressamente que cabe ao Poder Judiciário o conhecimento direto da existência de ilícito concorrencial quando tal afete o interesse individual de um agente econômico, que pode ser parte no contrato ou atingido pelos efeitos de um contrato que imponha restrições verticais anticoncorrenciais.

De acordo com o art. 166, inciso VII, CC/02, no plano do direito contratual, o efeito jurídico da proibição da prática de um negócio jurídico pela lei sem que haja a cominação de alguma sanção específica de direito privado, como a anulabilidade, a nulidade ou a ineficácia, será o de considerar o negócio nulo. Assim, presente uma vedação estabelecida pela Lei Antitruste, a repercussão, no plano do direito contratual, será de nulidade do negócio jurídico. Convém ressaltar que, na maior parte dos casos, a Lei Antitruste considera ilícita uma ou algumas restrições verticais impostas pelo fornecedor ao seu distribuidor ou a sua rede de distribuição, razão pela qual a nulidade, no plano do direito contratual, restará limitada à da cláusula que instituiu a restrição, seja pela limitação da ilicitude reconhecida pelo direito concorrencial (restrita à cláusula), seja em razão do princípio da conservação dos negócios jurídicos (art. 184, CC/02).

Nesse sentido, porém fundamentando a posição no inciso II do art. 166 (objeto ilícito), com o que não concordamos, a sempre avalizada posição de Paula FORGIONI:

*“A constatação da nulidade dos negócios violadores da Lei Antitruste inova o tratamento dado aos contratos de distribuição no Brasil: abre-se um leque – antes desconhecido pelo direito contratual tradicional – de possíveis atos ilícitos (i.e., nulos) praticados no seio do contrato de*

---

<sup>179</sup> Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

*distribuição. Repise-se: são eivadas de nulidade todas as cláusulas que implicam infração à ordem econômica.”<sup>180</sup>*

De registrar que a comunicação de efeitos – no caso de nulidade – se dá sempre no sentido de repercussão do ilícito concorrencial no plano contratual e não o inverso. Ou seja, o ilícito contratual não repercute no direito concorrencial, já que esse possui requisitos diferentes para a aplicação, não sendo extensíveis os efeitos da ilicitude contratual para o campo da ilicitude concorrencial.

Vai importar, para o presente estudo, a análise da conduta tipificada no inciso XII do art. 21, que veda expressamente a prática de preços discriminatórios aos diversos adquirentes de produtos ou serviços, que será objeto de investigação específica na terceira parte da dissertação.

## **6. O contrato de distribuição em rede**

Uma é a divisão do contrato de distribuição em seus dois arranjos negociais mais característicos (integrado e não integrado). Outra é a classificação dos contratos de distribuição quanto a sua posição em relação aos demais contratos, a sua posição no espaço externo ao contrato em que pode haver influências recíprocas do ponto de vista jurídico entre contratos celebrados individualmente, ou seja, a sua classificação como pertencente ou não a um grupo contratual. Não obstante isso, há uma relação direta entre o arranjo negocial e a existência de uma rede contratual de distribuição.

O contrato de distribuição naturalmente forma uma *cadeia de distribuição*, em razão da ligação funcional de dois contratos de forma vertical (cap. 3.1). O primeiro contrato é o contrato de distribuição entre produtor e distribuidor e o segundo contrato é o contrato de venda do distribuidor ao adquirente final, que poderá ser um consumidor final (contrato de compra e venda) ou um empresário que utilize o produto como insumo na sua produção (contrato de fornecimento). Haverá tantos contratos ligados funcionalmente para viabilizar a função de distribuição quantas forem as etapas necessárias para que se cumpra a cadeia econômica da distribuição, fazendo o produto chegar do produtor ao adquirente final. Em

---

<sup>180</sup> *Contrato de distribuição*, p. 376.

cada etapa, pode haver a celebração de contratos de distribuição em paralelo, em uma linha horizontal, podendo ou não esse conjunto de contratos formar uma rede de distribuição.

Haverá uma *rede de distribuição* quando se possa identificar, na pessoa do seu organizador, que poderá ser o produtor ou o distribuidor, quando esse organize a sua própria rede de subdistribuição na segunda etapa da atividade distributiva, um *centro de decisão e controle* da atuação dos membros da rede tendo como finalidade econômica supracontratual *otimizar o escoamento da produção* por meio da celebração de contratos uniformes com diversos distribuidores de forma coordenada e cooperativa. Quer dizer, nem sempre a existência de diversos contratos de distribuição firmados por um mesmo produtor implica a existência de uma rede contratual entre eles.

Assim, quando a atividade de distribuição não depender ou pouco depender da atividade promocional do distribuidor em razão das peculiaridades do mercado consumidor de um determinado produto, já estando formados e consolidados os pontos de venda, os diversos contratos de distribuição celebrados pelo fornecedor não estarão ligados em rede. Trata-se, por exemplo, do mercado de medicamentos e da venda de produtos alimentícios de primeira necessidade sem marca (hortifrutigranjeiros). No mercado de medicamentos, já está consolidada a atividade distributiva nas mãos das redes de farmácias que adquirem os produtos dos laboratórios para revenda. Há uma equilibrada relação de mútua dependência entre os laboratórios e as redes farmacêuticas: ao passo que os laboratórios precisam vender por meio dessa via de distribuição já formada, as farmácias precisam comprar dos laboratórios para poder oferecer aos seus clientes a maior oferta possível de medicamentos e em razão da infungibilidade de parte deles (a infungibilidade que era a regra, deixou de ser com a introdução dos medicamentos genéricos). Em geral, não há atividade promocional por parte das redes farmacêuticas em relação a um dado medicamento, nem cláusulas de controle impostas pelo laboratório (licença de uso de marca, exclusividade de compra, obrigação de compra de quantidade mínima). A aquisição de medicamentos pelo consumidor final depende mais da demanda normal de mercado que de atividade promocional por parte dos distribuidores. Com a existência dos medicamentos genéricos, o panorama mudou um pouco, passando a existir fungibilidade entre a maior parte dos medicamentos de grande consumo. Ocorre que as farmácias continuam adquirindo o medicamento original, não genérico, para dispor aos seus clientes. A principal mudança se vê na atividade de “marketing” realizada pelos laboratórios fabricantes de medicamentos genéricos para a promoção de sua marca, o

que, contudo, é assumido pelo fabricante e não pelo distribuidor. Na verdade são as farmácias, na segunda etapa da cadeia distributiva, que se organizam em redes, em geral pelo sistema de distribuição direta (filiais) ou por meio de contratos de franquia. No mesmo sentido, a distribuição de alimentos de primeira necessidade sem marca ou em que a marca tenha pouca relevância dependendo do mercado consumidor (baixa renda); o produtor já encontra uma rede de distribuição formada, consolidada, para a qual nada concorre, de grandes supermercados a pequenos mercados de bairro, de modo que não forma ele, como produtor, uma rede de distribuição própria.

Também não haverá contratos de distribuição em rede quando os distribuidores tiverem maior poder econômico que os produtores. Com efeito, nessa circunstância, não há poder de controle do produtor sobre o distribuidor, ocorrendo, em verdade, o oposto: é o produtor que está em situação de dependência econômica diante do grande distribuidor. É, pois, o distribuidor quem impõe as condições contratuais, como a quantidade e o preço dos produtos. Tal ocorre com as grandes redes varejistas que atuam na venda de eletroeletrônicos e as grandes redes de supermercados no que tange a comercialização de qualquer produto alimentício, mesmo com marca.

Procuremos traduzir em termos dogmáticos a inexistência de rede contratual de distribuição. Não se vislumbra a existência de rede contratual de distribuição quando a integralidade da atividade distributiva ficar a cargo do distribuidor, de modo que o produtor não tenha participado da criação da rede de distribuição já existente, nem detenha poder contratual de controle sobre os distribuidores. Ou seja, quando entre os produtores e distribuidores forem celebrados contratos de distribuição no arranjo negocial *não integrado*, aquele que está limitado a fixar a obrigação principal de venda pelo fornecedor e a obrigação principal de revenda pelo distribuidor, assumindo, esse, integralmente, a promoção das vendas do produto.

De outra parte, existirá rede contratual de distribuição, quando o produtor *tenha concorrido para a criação da rede*, caso em que o distribuidor cria a empresa para atender ao produtor, ou *detenha poder contratual de controle* sobre distribuidores já estabelecidos com os quais venha firmar contratos de distribuição no arranjo negocial *integrado*. O poder contratual de controle, como visto, é revelado pelas cláusulas que instituem obrigações ou sujeições jurídicas ao distribuidor, como a obrigação de comprar

exclusivamente do produtor (exclusividade em favor do produtor), a obrigação de compra de quantidade mínima do produto, a manutenção de estoques, a sujeição ao preço de revenda definido pelo produtor e às orientações técnico-operacionais do produtor, que podem indicar desde a escolha do ponto em conjunto com o distribuidor, e o “lay-out” a ser seguido pelo estabelecimento comercial, até o momento de execução do contrato, com a fixação de normas de apresentação, acondicionamento e atendimento, além de cuidados com a marca, e, bem assim, modos de administração e contabilidade.

Do mesmo modo, denotam integração cláusulas que confirmam direitos ou poderes aos distribuidores, como a que lhe reserva o direito de atuação com exclusividade na revenda de produtos do produtor em uma determinada área geográfica (exclusividade em favor do distribuidor) e o direito ao uso da marca do produtor, cláusulas de privilégio instituídas com o objetivo de dotar o distribuidor de meios para melhor alcançar a função do contrato.

Na rede contratual de distribuição, o produtor participa, indiretamente, por meio de controle contratual, da atividade distributiva a ser executada, em nome e por conta próprios, pelos diversos distribuidores com os quais firma contratos uniformes, *geralmente por adesão*. De fato, a autonomia dos distribuidores ao celebrar contratos com produtores para a participação em uma rede de distribuição se limita em aceitar ou não o regramento contratual definido pelo organizador da rede e a negociar *as condições comerciais particulares de cada contrato*, tais como a especificação dos produtos que serão adquiridos, a quantidade a ser adquirida periodicamente, a limitação geográfica da atuação do distribuidor, eventualmente os bens que serão emprestados, em geral comodatados, ao distribuidor para que possa exercer a sua atividade, entre outras<sup>181</sup>. Os contratos uniformes, por adesão, celebrados entre os membros da rede são um meio para que se garanta um tratamento igualitário entre eles. Na lição de Alicia García HERRERA:

“La utilización de contratos prerredactados por el proveedor en las relaciones con sus distribuidores crea una red dotada de hermetismo y homogeneidad, lo que le va a permitir controlar más fácilmente la actividad de comercialización de los productos o servicios distribuidos. Posibilita,

---

<sup>181</sup> Nesse sentido é a posição de Alicia García HERRERA: “La participación de asesores legales en los tratos está encaminada a negociar sobre aspectos particulares del contrato que son únicos para cada distribuidor. Se trata de condiciones particulares que no forman parte del contrato-tipo”. *La duración del contrato de distribución exclusiva, cit.*, p. 262.

asimismo, la realización del principio de igualdad y uniformidad en las relaciones con sus distribuidores.”<sup>182</sup>

O tema da *liberdade contratual* dos distribuidores, contudo, não pode descambar para uma imediata e irrefletida tutela desses contratantes tendo como referência a legislação protetiva do consumidor, como será analisado à frente (cap. 7), de forma a se considerar nulas diversas cláusulas contratuais. Com efeito, deve ser bem entendido que, livremente, os distribuidores, a partir de opção racional e consciente da forma de atuação no mercado, abrem mão do exercício de parte da autonomia privada lhes reconhecida pelo ordenamento para que, em participando de uma rede contratual, possam usufruir, de *maneira uniforme* com os demais membros da rede, de uma *situação de privilégio* no mercado em relação aos distribuidores não participantes da rede.

A identificação da rede contratual de distribuição, tendo em conta a repercussão da finalidade econômica supracontratual nos elementos dos contratos individuais, vai se dar no *motivo determinante comum* às partes. O organizador da rede tem como motivo - conhecido dos membros e a que os membros aderem – buscar a mais eficiente penetração de seu produto e/ou de sua marca no mercado de destino, ou seja, busca alcançar um determinado “market share” com uma determinada margem de lucro<sup>183</sup>, por meio da instituição de uma rede de distribuição. Os distribuidores ingressam na rede aderindo a esse projeto em razão de uma escolha racional que vai ponderar as vantagens decorrentes da integração em rede, especialmente quanto ao poder do produto e ao poder da marca, mas também a excelência em logística e atuação no mercado do organizador, buscando, assim, o *aufornamento do máximo de vantagens* que a rede formada pelo organizador possa oferecer aos seus partícipes. Esse máximo de vantagens *é o máximo de vantagens que seja possível na rede*, ou seja, de acordo com o equilíbrio econômico próprio da rede, e em *condições de paridade* com os demais revendedores.

De fato, nos contratos de distribuição integrada, tem-se como verificável, mesmo *a priori*, como *legítima expectativa* do distribuidor o gozo de uma posição de

---

<sup>182</sup> *Op. cit.*, p. 253-254.

<sup>183</sup> Nem sempre o objetivo do organizador é o ter o maior *market share*, ser o líder em seu segmento. Em geral o será, mas há mercados em que a marca do produto exige que não se popularize atingindo um mercado mais amplo de consumidores. Além disso, há o limite da lucratividade: por vezes, o valor dos custos operacionais necessários para o aumento do *market share* poderá reduzir a margem de lucro da empresa, reduzindo a viabilidade do projeto.

privilégio com o produtor em relação aos demais agentes de mercado que venham com ele negociar por meio de contratos que não estabeleçam as mesmas restrições que marcam a distribuição integrada. Essa característica é reconhecida e enfatizada pela doutrina<sup>184</sup>. No plano da vinculação do contrato em rede, a legítima expectativa é no sentido de que desfrute a condição de privilégio em *igualdade de condições* com os demais membros da rede. A pretensão é de os novos produtos lançados pelo produtor, as novas tecnologias que desenvolva na prestação de serviços ou atendimento ao público, as promoções de venda com o consumidor final sejam oferecidos a todos os membros da rede. Não só isso, como também a pretensão de que haja uma política de preços aplicável uniformemente aos distribuidores integrados em rede.

---

<sup>184</sup> SCORZA, Guido. La concessione di vendita. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 510-511.

## **SEGUNDA PARTE – O CONTROLE SOBRE A DETERMINAÇÃO DO PREÇO**

### **I – ANÁLISE DA LICITUDE DA CLÁUSULA DE FIXAÇÃO DE PREÇO PELO FORNECEDOR**

#### **7. O equilíbrio e a dependência econômica nos contratos de distribuição**

Dentro do *standard* empresarial de conduta, tem-se como presumível o equilíbrio de forças entre os empresários contratantes, de tal modo a sobrelevar em importância a liberdade contratual, o exercício da autonomia privada, seja no ato de dar conteúdo ao contrato (poder de clausular), seja no de simplesmente aceitar as cláusulas pré-redigidas de um contrato por adesão, a que adere em razão de uma escolha racional de um profissional na área sobre as vantagens que advirão do pacto. Ocorre que esse *standard* pode encontrar, e frequentemente encontra, um contraponto na realidade contratual em que se verifica a ascendência econômica de uma parte sobre a outra, o que pode resultar em situações jurídicas de intolerável desequilíbrio, seja no momento da celebração do contrato, seja no momento de sua execução, o que é mais frequente. A tutela da parte mais fraca, num contrato interempresarial, contudo, deve ser parcimoniosa e residual, amparada em fatores objetivos e em circunstâncias objetivas que denotem nocividade da superioridade econômica de uma parte sobre outra, para que a intervenção do Poder Judiciário no controle da autonomia privada em tais contratos não importe em indevido travamento da “fluência das relações de mercado”, em expressão utilizada por FORGIONI, que tenha como consequência o abandono do contrato de distribuição como meio jurídico eficaz para o cumprimento da função de revenda de produtos ao mercado de destino.

Jogam aqui dois conceitos. O primeiro, de origem civilista, é o equilíbrio contratual. O segundo, de origem concorrencial, adaptado ao direito contratual, é o abuso da situação de dependência econômica.

#### **7.1 A proteção da parte mais fraca na experiência européia**

A experiência européia é tradicionalmente protecionista do contratante mais fraco. Isso se reflete tanto no plano contratual, como no plano concorrencial. É sintomático

que a proteção concorrencial européia centre foco no abuso do poder dominante e nas limitações à livre concorrência e a livre iniciativa, buscando assim garantir ao pequenos e médios agentes econômicos o seu ingresso no mercado mais do que a busca por uma eficiência econômica que sirva de justificativa a que se pratiquem atos anticoncorrenciais, conforme a prática antitruste norte-americana<sup>185</sup>.

No direito italiano, expõe Giuseppe CASSANO que a proteção da parte mais fraca se dá (i) pela defesa da aplicação analógica das normas protetivas do direito do consumidor nas relações contratuais entre empresários, (ii) pela Diretiva 2000/35 da UE, incorporada ao ordenamento italiano pelo Decreto-legislativo nº 231/2002, que trata das sanções pelo retardo no pagamento e estabelecimento de prazos uniformes de cumprimento contratual para que as empresas recebam o pagamento pelos serviços prestados ou produtos vendidos com maior celeridade, já que não dispõem de grande capital de giro, e (iii) pelo desenvolvimento do conceito de *utilidade social* previsto constitucionalmente, de modo que “Nell’utilità sociale sembrano potersi includere anche altre esigenze, come quella di tutela del contraente ‘debole’, in cui spesso rientrano i consumatori, ma anche le piccole imprese fornitrici o subfornitrici”<sup>186</sup>. Conclui que são requisitos da proteção a existência de uma situação de “notável” sujeição econômica que se traduza em grave desequilíbrio contratual, como cláusulas que exonerem ou limitem a responsabilidade ou graves patologias no momento da execução do contrato<sup>187</sup>.

Além disso, a maior parte da doutrina ressalta a fundamental importância da positivação da “fattispecie” do *abuso da dependência econômica* na Lei nº 192, de 18 de junho de 1998, que passa a regular o contrato de subfornecimento (“subfornitura”), que é o contrato pelo qual o subfornecedor, atendendo à modelagem e os quesitos técnicos de um fabricante, fornece-lhe as peças ou produtos semi-elaborados, ou mesmo matérias-prima, para que utilize como insumo em sua produção (definição no art. 1º da lei). A doutrina majoritária,

---

<sup>185</sup> Nas palavras de FORGIONI: “Enfim, busca-se [referindo-se ao sistema antitruste europeu] a concorrência qualitativa, integração do mercado, preservação da cultura e de um sistema de distribuição gerador de centros pulverizados de organização dos fatores de produção. Mais *datori di lavoro* que *dipendenti*; mais empregadores e menos empregados, em suma.” *Contrato de distribuição*, p. 355.

<sup>186</sup> CASSANO, Giuseppe. Introdução. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 20-28.

<sup>187</sup> *Op. cit.*, p. 28-29.

contudo, estende a aplicação do instituto jurídico para todos os contratos firmados entre empresários<sup>188</sup>. Assim dispõe o seu art. 9º:

“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.

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.”

Pela lei italiana, portanto, a dependência econômica é revelada pelo excessivo desequilíbrio de direitos e obrigações entre as partes, devendo ser levado em consideração a “real possibilidade” de a empresa em suposta situação de dependência poder contratar com um fornecedor ou adquirente alternativo. É o que o Conselho da Concorrência francês chama de “solução de equivalência”, como um dos critérios para se aferir - na sua ausência - a situação de dependência econômica<sup>189</sup>. Nos contratos de distribuição, trata-se da possibilidade de o distribuidor poder adquirir produtos considerados fungíveis, no conceito de direito concorrencial, de outro fornecedor, para o que se leva em consideração o poder do produto, o poder da marca e os chamados custos idiossincráticos, aqueles custos necessários para criar ou adaptar o seu estabelecimento especificamente para as vendas do produto do distribuidor originário<sup>190</sup>.

No direito alemão, a jurisprudência passou a aplicar aos contratos empresariais em que houvesse disparidade de forças as normas de controle do conteúdo das cláusulas contratuais da Lei de Condições Gerais da Contratação (Lei de 09 de dezembro de 1976, conhecida como AGB-Gesetz). Após, o BGB, na reforma de 2002, integrou o controle da abusividade das cláusulas na relação de consumo e na relação entre empresários. Na relação

---

<sup>188</sup> Assim: GALGANO, Francesco. *Il contratto*. Padova: CEDAM, 2007, p. 539-540; e VILLANACCI, Gerardo. Parte introduttiva. In: VILLANACCI, Gerardo (org.). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 37-38.

<sup>189</sup> AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995, p. 221-222.

<sup>190</sup> Sobre custos idiossincráticos: FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*, p. 356-361.

de consumo, o controle é feito por meio de lista de relação de cláusulas proibidas. Na relação interempresarial, o controle é feito por meio de cláusula geral (§ 307) a ser preenchida pelo Judiciário. Dispõe a norma ser vedada a cláusula quando, em violação à boa-fé, cause um prejuízo indevido ao contratante, tendo como parâmetros (i) a natureza do contrato, a sua regulação positiva e a consecução da sua finalidade econômico-social e (ii) atenção aos usos e costumes do tráfico mercantil<sup>191</sup>.

Alicia García HERRERA informa que, no direito espanhol, foi editada, tal como no direito alemão, uma Lei de Condições Gerais da Contratação, a Lei nº 7/98, com a diferença que essa lei se aplica não só para as relações de consumo, mas também aos contratos celebrados entre empresários e entre civis, unificando, nesse ponto, o direito obrigacional espanhol, que não promoveu a unificação do seu direito privado em um Código. A Lei nº 7/98 estabelece o controle formal, que consiste em o aderente conhecer as condições gerais e elas serem redigidas de forma clara, para os contratos da relação de consumo e os da relação civil ou empresarial. Já o controle material, do conteúdo das cláusulas, somente se aplica às relações de consumo. O controle material é previsto por uma cláusula geral que veda cláusulas contratuais que, não tendo sido individualmente negociadas e quando contrariem a boa-fé, causem desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das partes no contrato. A justificativa para a ausência de controle material das cláusulas contratuais nos contratos civis e empresariais reside, segundo explica, na existência de mecanismos legais de controle dos atos de abuso de posição dominante, ou seja, entende-se que o controle exercido pelo direito concorrencial é suficiente para a tutela das partes na relação contratual<sup>192</sup>.

## **7.2 O equilíbrio contratual: dimensão jurídica e econômica**

No direito privado brasileiro, existem dois tipos de controle do conteúdo do contrato (material), um para as relações de consumo, outro para as relações civis unificadas, em que se enquadram os contratos empresariais. O controle das relações de consumo está previsto na Lei nº 8.078/90, cujo âmbito de aplicação é restrito para essa espécie de relação tal como juridicizada nos arts. 1º a 3º da lei. O controle, nas relações de consumo, é duplo, uma vez que realizado por norma fechada e por norma aberta. O art. 51 lista as cláusulas contratuais que considera nulas de pleno direito, em norma de tessitura fechada, verdadeira

---

<sup>191</sup> Segundo estudo de HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*, p. 264 e ss.

<sup>192</sup> *Op. cit.*, p. 264-275.

regra jurídica, já que dispõe de hipótese de incidência disciplinada de forma completa pelo legislador. O inciso IV do art. 51, combinado com o § 1º, contudo, estabelece controle por meio de norma aberta, que se vale de conceitos jurídicos indeterminados (iníquas, abusivas, desvantagem exagerada) e princípios jurídicos (boa-fé e a equidade) para a caracterização, que depende da atuação do Poder Judiciário na sua concreção, que é sancionada pela nulidade da cláusula.

O controle do conteúdo contratual nas relações civis unificadas se dá, fundamentalmente, por meio das cláusulas gerais dos arts. 421 e 422 do CC/02. A cláusula geral do art. 421 introduz no nosso ordenamento o princípio da função social do contrato, já trabalhado quando do exame da causa (cap. 1.2), e a cláusula geral do art. 422 positiva a necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva tanto na celebração, quanto na execução do contrato.

Quanto ao princípio da função social do contrato, necessário uma segunda reflexão. Interessa à sociedade, ao desenvolvimento, à indústria e ao comércio, para todos os agentes nessas atividades envolvidos, que o contrato seja tutelado de modo eficaz, como meio juridicamente eficaz de veiculação de uma operação econômica, ou seja, que garanta *rapidez* e *segurança* no fluxo das relações econômicas de que é meio. Assim, o princípio da função social do contrato não possui apenas um viés de *controle*, mas também um viés de *permissão*. A liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato diz o dispositivo legal. As partes podem pactuar condições restritivas, tais como obrigações, sujeições e ônus para uma delas enquanto tal seja necessário a que o contrato atinja o seu desiderato econômico-social. Ou seja, o princípio da função social do contrato pode igualmente jogar pela eficiência das trocas. Aliás, esse sentido do princípio já foi reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao assentar que a função social primária de um contrato é a econômica, a que deve dar fluxo e não servir de indevido empecilho<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> No Resp 783404/GO, Terceira Turma, julgado em 28/06/2007, em que agricultor pede a revisão do preço previamente pactuado em contrato de compra e venda futura de safra pelo fato de que, no termo futuro do vencimento do contrato, o preço do produto no mercado havia aumentado consideravelmente, fundamentado o pedido, dentre outros, no princípio da função social do contrato, a Rel. Min. Nancy Andrighi, afastando a pretensão do Autor, profere voto brilhante em que destaca o seguinte sentido ao princípio em tela: “A *função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.*” (Grifo nosso).

A chave da questão, a pedra de toque, é revelada, com propriedade, também nesse ponto, por FORGIONI, quando diz que a eficiência protegida pelo direito – e assim colocada a questão parece de fácil solução, porém é necessário que seja traçado todo um caminho antes e um caminho depois no sentido de reconhecer essa categoria e fixar-lhe os contornos conceituais e os seus corolários – não é a mera eficiência econômica, mas o que chama de *eficiência jurídica*, a eficiência econômica na perspectivas de categorias, princípios, regras que informam a *racionalidade jurídica*, que é própria e não coincide integralmente com a racionalidade econômica<sup>194</sup>. O direito admite e tem mesmo como missão, no direito privado contratual, criar um ambiente que permita a fluência de relações econômicas, mas o faz de acordo com a sua régua, de acordo com o seu molde. A comercialista destaca o papel da boa-fé como o parâmetro jurídico central a vincular a conduta dos agentes econômicos no tráfico negocial.

Além da boa-fé, entendemos necessário o resgate da figura jurídica do *equilíbrio contratual*, especialmente na condição de parâmetro juridicamente válido para se aferir a abusividade de uma cláusula contratual ou a abusividade do exercício de prerrogativas contratuais pelas partes. Como visto no trato legislativo e doutrinário da questão no direito europeu, o abuso é associado à causação de excessivo, desarrazoado, injustificado desequilíbrio contratual, normalmente numa situação de violação da boa-fé ou de abuso da dependência econômica da contraparte. Assim, o desequilíbrio contratual surge como parâmetro de controle da violação da boa-fé e da caracterização do abuso de direito. Nesse sentido é a doutrina da jurista francesa Laurence AMIEL-COSME, que conclui que os contratos de distribuição são marcados pela igualdade de direito entre as partes, porém pela desigualdade de poder. A desigualdade de poder, que é traduzida em dependência econômica no direito concorrencial, é objeto de controle pelo direito civil por meio da figura jurídica do abuso de direito, caracterizado pelo rompimento exagerado do equilíbrio contratual<sup>195</sup>.

Com efeito, no plano do controle da autonomia privada no direito brasileiro, além das referidas cláusulas gerais dos arts. 421 e 422 do CC/02, incide a cláusula geral de ilicitude pelo exercício disfuncional de um direito, insculpida no art. 187 do CC/02, que tem como parâmetros o fim econômico ou social do direito, a boa-fé e os bons costumes. Trata-se de controle que incide mais fortemente no momento da execução do contrato, no exercício

---

<sup>194</sup> *Contrato de distribuição*, p. 535-551.

<sup>195</sup> AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*, p. 224 e ss.

dos direitos que são reconhecidos pelo contrato, e mesmo no período pós-contratual. O dispositivo legal caracteriza como exercício disfuncional o que “exceda manifestamente”. É como parâmetro de controle do enquadramento do ato como abusivo, no preenchimento do conceito jurídico indeterminado de “excesso manifesto” que o desequilíbrio contratual poderá atuar, servindo de parâmetro objetivo para se verificar a violação jurídica, como resultado para se aferir se o ato realmente destoou do normal exercício que se espera no ambiente contratual.

O conceito de equilíbrio contratual não é o do sinalagma, que é o modo como é comumente tratado o tema do equilíbrio contratual na doutrina brasileira. O conceito de sinalagma denota, sim, um equilíbrio, mas o equilíbrio entre as prestações que estejam ligadas funcionalmente (o que é aferido pela causa) num contrato bilateral. O equilíbrio contratual é mais amplo, abarcando também posições jurídicas passivas em que a parte não esteja obrigada a uma prestação, como o estado de sujeição jurídica, e, de outra parte, posições jurídica ativas em que não haja um direito a uma prestação, como a conferida pelo direito potestativo. Parte-se do contrato como fonte do direito obrigacional, que resulta em uma relação jurídica complexa que liga duas ou mais partes. Pressupõe o entendimento da relação obrigacional como um todo<sup>196</sup>, em que as partes passam a titularizar posições jurídicas ativas (direitos, poderes, exceções) e posições jurídicas passivas (obrigações, deveres, sujeições e ônus), formando um conjunto, um todo, que é mais que a soma das partes<sup>197</sup>.

Assim, a primeira constatação é que o equilíbrio contratual deve ser verificado de forma global, na consideração do conjunto de posições jurídicas que compete a cada parte no contrato. Equilíbrio existe quando houver uma relação de proporcionalidade entre as posições jurídicas passivas e as posições jurídicas ativas assumidas por cada parte em um

---

<sup>196</sup> Trata-se de considerar a obrigação como um todo e como um processo. Especificamente se está a tratar da obrigação como um todo, tendo como referência a doutrina alemã de Karl LARENZ, segundo quem: “En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación (p. ej., un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras “situaciones jurídicas” (p. ej., competencia para recibir una denuncia).” *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37. Na doutrina nacional a referência é o trabalho de SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

<sup>197</sup> Ainda nas palavras de LARENZ: “La relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas determinadas, existente en el tiempo, es, ciertamente, un conjunto de derechos, obligaciones y “situaciones jurídicas”, pero no es la suma de aquéllos. Es, más bien, un todo, un conjunto (“Gefüge”). Subsiste como tal, aunque algunos de los deberes que contiene se hayan extinguido por el cumplimiento, o algunos de los derechos de formación hayan desaparecido por haberse ejercitado o hayan prescrito por no haber sido ejercitados en el tiempo previsto”. *Op. cit.*, p. 38.

determinado contrato. Uma determinada obrigação ou uma determinada sujeição imposta pelo contrato não poder ser objeto de avaliação segmentada, isolada, mas dentro do conjunto de direitos que cabe a essa parte no contrato. Assim, diante das obrigações de compra com exclusividade imposta ao distribuidor, da sujeição ao preço fixado pelo fornecedor, da obrigatoriedade da aquisição de quantia mínima, é preciso identificar o direito de compra com habitualidade do fornecedor (garantia de fornecimento em contrato por tempo determinado e em condições normais do mercado), a exclusividade de área de atuação, o direito ao uso da marca do fornecedor, o de contar com o apoio técnico e operacional de fornecedor com *expertise* no mercado, o partilhamento dos custos de *marketing* ou a sua isenção, quando assumidos pelo fornecedor.

Quando o contrato de distribuição estiver em conexão com outros contratos, a noção de equilíbrio se altera, passando a somar os demais direitos e posições jurídicas ativas que o distribuidor venha a auferir nesses outros contratos conexos (cap. 3.2). Como visto, o comodato de equipamentos necessários ao desenvolvimento da atividade do posto revendedor (tanques e bombas) como contrapartida à obrigação de aquisição com exclusividade de uma determinada distribuidora, é fator que inegavelmente vai compor o equilíbrio contratual. É também comum que os produtores disponham de linhas de financiamento a sua rede de distribuidores para a implantação ou reforma do estabelecimento. Quando esses financiamentos ofereçam condições mais vantajosas que as de mercado, devem ser considerados como fator de equilíbrio do contrato.

Além disso, sinalam a doutrina e a jurisprudência as *vantagens de caráter puramente econômico* que o distribuidor passa a fruir com a sua adesão a um contrato de distribuição integrada devam ser consideradas na análise do equilíbrio contratual. Trata-se de considerar o prestígio e o poder de captação de clientes de uma determinada marca, o diferencial competitivo de um determinado produto, assim como a vantagem de ter acesso e poder comercializar um produto raro ou escasso no mercado. Enfim, o contrato de distribuição dá ao distribuidor a chance de passar a gozar, “de uma hora para outra”, sem qualquer investimento ou esforço, do prestígio conquistado por uma marca após longos anos de atuação meritória no mercado. Ou seja, o distribuidor passa a dispor de *parte do poder de mercado do fornecedor*, na feliz expressão de Giuseppe CASSANO, com referência à

doutrina de Ricardo PARDOLESI<sup>198</sup>. Em síntese, a posição de privilégio econômico de que se beneficia o distribuidor concorre para tornar juridicamente aceitável eventual desequilíbrio do contrato quando consideradas as posições jurídicas apenas.

Daí a necessidade de se admitir que o equilíbrio possui uma *dimensão econômica*, além da sua dimensão jurídica. Se o desequilíbrio jurídico é tolerável, é juridicamente aceitável, quando acompanhado de compensações econômicas em um dado contrato, é preciso assumir que essas compensações de natureza econômica devam ser ponderadas na consideração do equilíbrio do contrato. Assume relevância, aqui, a consideração às circunstâncias negociais de natureza mercadológica próprias do contrato de distribuição (cap. 5.1.1).

O equilíbrio contratual pode ser analisado em dois momentos. No momento da celebração do contrato, *momento estático*, em que se analisa o equilíbrio constante na gama de direitos e outras posições jurídicas ativas e na gama de obrigações e outras posições jurídicas passivas de cada parte como parâmetro de controle da violação da boa-fé do art. 422 do CC/02. E no momento da execução do contrato, *momento dinâmico*, em que se analisa eventual abusividade no exercício disfuncional de direitos e outras prerrogativas por alguma das partes, na forma do art. 187 do CC/02; nesse passo, o equilíbrio contratual serve de parâmetro de controle do que seja o “excesso manifesto” de um direito contratual exercido em desconformidade com a sua função econômica ou social e com a boa-fé.

O juízo de equilíbrio contratual é um juízo flexível e a ser feito em concreto, que exige ponderações da situação jurídica e da situação econômica das partes em razão do contrato e à luz da sua natureza, da sua função econômico-social. O que importa é afastar a situação de grave desequilíbrio, de desequilíbrio excessivo, como parâmetro indicativo da abusividade de uma cláusula contratual ou do exercício disfuncional de uma prerrogativa assegurada pelo contrato. A consideração de existência de equilíbrio em um determinado contrato de distribuição, de outra parte, não altera a situação de vulnerabilidade que possa existir, e tendencialmente existe nos contratos de distribuição, do distribuidor em relação ao fornecedor, o que desloca o controle jurídico para o campo do exercício de direitos e outras

---

<sup>198</sup> Nas palavras de CASSANO: “Ne consegue che, nell’equilibrio sinallagmatico del negozio assumono posizione centrale quelle particolari clausole caratterizzanti lo stesso, che prevedono, per il concessionario, degli oneri di commercializzazione, di contro ad una posizione di privilegio nella rete distributiva che gli garantisce una parte di potere di mercato del concedente (Pardolesi 1988, 3)”. *Op. cit.*, p. 9-10.

posições jurídicas ativas pelo fornecedor, no momento da execução do contrato. Para essa espécie de controle, bastante útil é o conceito de dependência econômica.

### 7.3 A dependência econômica do distribuidor

O direito concorrencial reprime a figura do abuso de posição dominante, assim entendida, em linhas gerais, já que cada ordenamento pode defini-la como o convier, como o abuso da posição de domínio num determinado mercado relevante, domínio que pode ser constatado por meio da fixação de um percentual de atuação no mercado relevante ou, de modo aberto, como a posição em que o agente possa agir com indiferença em relação aos concorrentes no que tange à determinação do preço dos seus produtos, ou seja, o agir próximo ao de um monopolista num determinado mercado relevante<sup>199</sup>. Presente a situação de posição dominante, o abuso é geralmente tipificado por meio de uma lista de atos, que conta com a integração da jurisprudência consolidada nos tribunais administrativos responsáveis pelo controle do ambiente concorrencial ou pelos tribunais judiciais. A jurisprudência de alguns países europeus, em se deparando com casos de grande desigualdade de poder entre as partes que, contudo, não tipificavam, de acordo com a lei antitruste, posição dominante no mercado, passou a admitir uma aplicação analógica da lei antitruste para poder reprimir alguns atos abusivos tomados nesse ambiente de desigualdade de poder. Após, as legislações, tanto civis quanto concorrenciais, ante a dificuldade em catalogar o instituto, acompanhando o andar da jurisprudência, passaram a positivizar uma nova figura jurídica, a do abuso da dependência econômica<sup>200</sup>. FORGIONI entende se tratar de figura com natureza mista de direito contratual e concorrencial<sup>201</sup>.

A questão é saber se essa figura do *abuso* da dependência econômica pode ser importada ao ordenamento jurídico brasileiro ou se apenas a *situação* de dependência econômica, como situação de fato a revelar forte vulnerabilidade de uma parte diante da outra, teria utilidade no controle jurídico do agir do contratante em situação de vantagem.

Paula FORGIONI, referência sobre a matéria na doutrina nacional, parece não ser concludente nesse ponto. Com efeito, ela assume a existência de interpenetração entre o

---

<sup>199</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, p. 313-327.

<sup>200</sup> Essa origem e histórico são informados em: FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, p. 344-375.

<sup>201</sup> *Contrato de distribuição*, p. 347.

direito contratual e o direito da concorrência no sentido de que a vedação de uma cláusula ou de uma prática pelo direito da concorrência tem como efeito a nulidade da cláusula e a ilicitude do agir no plano do direito contratual, no que a seguimos (cap. 5.6.2). É preciso que reste bem claro que, primeiramente, a cláusula ou o ato, de acordo com os critérios do direito concorrencial, ou seja, uma vez constatado o abuso de posição dominante tal como definido na Lei Antitruste brasileira, essa ilicitude repercute efeitos no plano do direito contratual. Isso é completamente diferente da aceitação de um novo instituto jurídico que aplique as normas repressivas do direito concorrencial por meio do recurso da analogia ao direito contratual quando existente uma situação de fato que não se enquadre na hipótese de incidência da regra do direito concorrencial (abuso de posição dominante), porém possa se enquadrar numa hipótese de incidência que guarde similitude com ela (abuso de dependência econômica). A dependência econômica não é a posição dominante. Diante dos distintos âmbitos de aplicação dos dois diplomas normativos, não se admite o recurso à analogia como forma de aplicação do direito.

O que poderia se admitir é que houvesse *criação*, pela jurisprudência ou pela doutrina, tendo por inspiração o direito concorrencial, de uma nova hipótese de incidência (*fattispecie*), a do abuso da dependência econômica com a justificativa de se tutelar situações iníquas decorrentes da desigualdade de poder entre as partes.

Entendemos que essa criação não é necessária no direito brasileiro, uma vez que existe já norma específica no nosso ordenamento que veda o abuso do direito, ou, em termos mais objetivos, o exercício disfuncional de um direito ou de outra posição jurídica ativa, qual seja, o art. 187 do CC/02. Esse artigo tem como parâmetros para a aferição do exercício disfuncional, o que será retomado (cap. 12), o fim econômico ou social do direito, a boa-fé e os bons costumes. Foi visto como o excessivo desequilíbrio contratual pode ser utilizado como parâmetro de controle no preenchimento do conceito jurídico indeterminado de “excesso manifesto” presente na cláusula geral do art. 187. O agir disfuncional é considerado um ato ilícito, podendo gerar indenização para a parte prejudicada e vir a caracterizar inadimplemento contratual.

Dado que o nosso ordenamento já possui norma que veda o abuso no exercício de um direito, não há razão para que se adote novo instituto jurídico, que tenha a mesma função, de repressão do abuso, porém para uma situação de fato específica, a da dependência

econômica. A figura do abuso no nosso ordenamento se aplica ao exercício de direito de qualquer fonte juridicamente válida (o contrato e a lei) e para qualquer situação de fato.

Agora, justamente por ser cláusula geral aplicável a qualquer situação de fato, tendo, assim, uma hipótese de incidência aberta, é de extrema utilidade para a aplicação do art. 187 do CC/02 que sejam delineadas situações “típicas” de abuso consolidadas na doutrina e na jurisprudência para facilitar a recondução dos casos concretos a essas figuras “típicas”, uniformizando a aplicação da cláusula geral, ou que sejam delineadas as condições de fato e de direito que possam ser consideradas como mais propensas ao cometimento de atos abusivos. É nessa última *função* que consideramos adequada ao nosso ordenamento jurídico a consideração da *situação* de dependência econômica, como uma situação de fato e também jurídica de *desigualdade de poder de uma parte em relação a outra a torná-la vulnerável ao ponto de propiciar o cometimento de atos abusivos*.

Em outro momento de sua obra, ao tratar da análise da potestatividade de alguns direitos conferidos ao produtor, dentre os quais o de fixação de preço, e buscar parâmetros para a aplicação do art. 187, FORGIONI parece admitir a importação da teoria da dependência econômica nessa mesma função ao asseverar que “Portanto, *abuso de direito* previsto no art. 187 do CC pode concretizar-se mediante o *abuso de dependência econômica*, desde que o exercício das prerrogativas contratuais seja contrário ao seu “fim econômico” ou à “boa-fé”<sup>202</sup>.

Da mesma forma, parece ser este o sentido do tratamento da dependência no direito civil dado por Laurence AMIEL-COSME quando afirma que o direito contratual e o direito concorrencial são regidos por lógicas distintas, devendo ser delimitados os seus domínios<sup>203</sup>. Com base em VOGEL, conclui que o direito contratual perde em eficácia, por muito protetivo se se usasse, como mais um novo meio jurídico de controle, além daquele presente no direito concorrencial de abuso da posição dominante, o abuso da dependência econômica<sup>204</sup>. Conclui, assim, a Autora que a desigualdade de poder entre as partes num

---

<sup>202</sup> *Contrato de distribuição*, p. 428.

<sup>203</sup> *Les réseaux de distribution*, p. 228.

<sup>204</sup> Importa registrar que, em 15 de maio de 2001 foi editada lei que, por meio de modificação no Código Comercial francês, introduziu a figura do abuso da dependência econômica, apesar da crítica constante na obra de AMIEL-COSME, que é de 1995.

contrato de distribuição em rede deve ser controlada somente enquanto criadora de abuso que rompa gravemente a situação de equilíbrio contratual<sup>205</sup>.

Valemo-nos, assim, dos contornos do que seja uma situação de dependência econômica forjados no âmbito do direito concorrencial. A situação de dependência econômica, em linhas gerais, é a que coloca uma das partes, em geral o distribuidor, à mercê da outra, em dependência total das posições de privilégio que goza num contrato de distribuição<sup>206</sup>. Interessante notar que, ao tempo que a posição de privilégio econômico que o distribuidor goza em um contrato de distribuição é fator que traz equilíbrio ao contrato, como compensação às restrições a que se submete o distribuidor, traz em si a marca da instabilidade e da dependência, já que o negócio do distribuidor não se desenvolve sem tais privilégios. Em termos mais precisos, utilizamos, com adaptações, especialmente em razão da sua utilização no âmbito do direito contratual, as características que evidenciem uma situação de dependência econômica consolidadas no Conselho da Concorrência francês, segundo nos informa Laurence AMIEL-COSME. São elas:

(i) A parcela de mercado detida pelo produtor: ainda que não goze de posição dominante no mercado, a posição do produtor diante dos concorrentes (mercado entremarcas) é sinal da sua grandeza e ascendência econômica sobre o distribuidor.

(ii) A notoriedade do produto: a necessidade de que o produto, pela sua notoriedade, mesmo sendo fungível com outro, seja oferecido ao cliente final. É o que a doutrina alemã considera como produtos de venda obrigatória pelos distribuidores por uma questão de “variedade” mínima a ser ofertada ao consumidor<sup>207</sup>. O ponto engloba produtos em que a marca seja notória; em geral, a notoriedade do produto está associada a da marca. Na classificação que utilizamos quanto às circunstâncias negociais, trata-se dos fatores de poder da marca e poder do produto (cap. 5.1.1).

(iii) A participação do produtor nas vendas do distribuidor: consiste em analisar a dependência do distribuidor por meio da medição do percentual de vendas que o produto de um determinado produtor ocupa no seu total de vendas. A doutrina alemã classifica essa

---

<sup>205</sup> *Op. cit.*, p. 228.

<sup>206</sup> Segundo AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*, p. 215.

<sup>207</sup> *Op. cit.*, p. 219.

dependência como em razão das “relações negociais” entre produtor e distribuidor. Importa aqui analisar, como circunstância negocial, o histórico de vendas entre as partes e o volume das transações. Uma grande participação de um produto na revenda do distribuidor indica que, conquanto o distribuidor possa adquirir produto fungível de outros produtores, o seu negócio se desenvolveu e está consolidado pelas vendas desse produto, denotando, assim, situação de dependência econômica diante do produtor.

(iv) A ausência de “solução de equivalência”: consiste em investigar se o distribuidor dispõe da real possibilidade de adquirir produtos fungíveis de outros produtores no mercado. A solução de equivalência pondera, basicamente, três variáveis. A primeira diz respeito com a existência de bens fungíveis, ou seja, bens passíveis de troca (intercambiáveis), tendo em conta as características do produto, os preços praticados e a sua normal utilização.

A segunda variável consiste na análise da existência de restrições contratuais que impeçam ou restrinjam a aquisição de produtos de outros produtores pelo distribuidor. São as cláusulas de exclusividade em favor do produtor, que impede completamente qualquer solução de equivalência, e a que exige um volume mínimo de compras. Essa última geralmente está associada à primeira; nos raros em que não tiver impedirá uma solução de equivalência total, uma vez que o distribuidor, mesmo podendo adquirir de outros produtores, deverá manter a aquisição da cota mensal acordada. Nessa hipótese, tem-se que não há solução de equivalência, que ou corresponde a possibilidade de deixar de comprar do produtor que esteja agindo de forma abusiva, ou não pode ser considerada como presente. Por esse motivo, essas são as cláusulas que impõem as mais graves restrições ao distribuidor.

A terceira variável diz respeito aos custos idiossincráticos suportados pelo distribuidor (cap. 7.1). Se o estabelecimento não puder se adaptar à venda de outros produtos ou se essa mudança trazer custos elevados ao distribuidor, então não há solução de equivalência.

Entendemos que o arranjo desses fatores que caracterizam a situação de dependência econômica obedece à seguinte lógica: a ausência de solução de equivalência é requisito independente, ou seja, por si só, caracteriza uma situação de dependência econômica. Mesmo havendo solução de equivalência, é possível haver dependência econômica quando haja uma combinação forte entre os três demais requisitos.

De outra parte, será o produtor considerado em situação de dependência econômica perante o distribuidor, quando o distribuidor tenha elevado *poder de compra*. É a situação em que é elevada a participação do distribuidor nas vendas do produtor e quando o distribuidor forme uma grande rede de distribuição, o que lhe confere poder de penetração ampla no mercado, de modo que tem condições de impor condições comerciais, especialmente o preço, que lhe sejam vantajosas.

Em síntese, a caracterização da situação de dependência econômica cumpre importantes funções na investigação científica ora proposta. Em primeiro lugar, substitui com vantagem os conceitos pouco precisos de parte fraca e parte forte no contrato, objetivando, em parâmetros mais seguros e congruentes com a relação contratual, de que lado pende a desigualdade de poder. Em segundo lugar, ela desponta no espaço existente entre o equilíbrio contratual e a posição dominante: ainda que haja equilíbrio contratual, mas não estejam presentes os requisitos do direito concorrencial para a existência de posição dominante, é possível que exista desigualdade de poder que torne o equilíbrio contratual instável. Em terceiro lugar, essa situação informa o suporte fático mais propenso ao agir abusivo sobre a parte economicamente dependente. A regra de ouro aqui é *maior dependência, maior controle*. Em quarto lugar, a situação de dependência econômica vai ser o elemento chave para verificar se a potestatividade do direito de fixar o preço prevista contratualmente tem correspondência no plano dos fatos, o que será objeto do capítulo que segue, destinado a analisar a cláusula de fixação de preço no momento estático do contrato.

## **8. A cláusula de fixação unilateral de preço pelo produtor**

O objeto do presente capítulo é analisar a validade jurídica da cláusula que atribui ao produtor o direito de determinar o preço de venda dos seus produtos ao distribuidor, iniciando pela identificação da natureza jurídica dessa posição jurídica ativa, ou seja, se realmente pode ser classificada como um direito potestativo.

O debate sobre a validade da cláusula centra-se na proibição presente no art. 489 do CC/02, regra constante na disciplina típica do contrato de compra e venda. Primeiro, em saber se esse dispositivo é aplicável aos contratos de distribuição. Segundo, se se pode

extrair dessa regra e demais presentes no ordenamento jurídico brasileiro um princípio geral de direito e qual o sentido desse princípio e a consequência jurídica para os contratos de distribuição.

### 8.1 A natureza jurídica da fixação unilateral de preço

Nos contratos de distribuição integrada, é comum que a cláusula de preço, que é aberta, atribua ao produtor o direito de fixar o preço de venda dos produtos ao distribuidor. Quanto à natureza dessa *posição jurídica ativa*, compete esclarecer, para maior rigorismo técnico e compreensão do problema proposto, se se trata de um direito subjetivo ou um poder e se pode ser classificável como potestativo. Valemo-nos da classificação adotada por MENEZES CORDEIRO para diferenciar as diversas espécies de posições jurídicas ativas. Segundo o Autor português, o conceito de direito subjetivo, sob o aspecto técnico-jurídico, é de “*permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*”<sup>208</sup>. Classifica o *bem* passível de aproveitamento em patrimonial, que subdivide em corpóreo (quando possua existência física) ou incorpóreo (que recai sobre bens intelectuais, prestações e realidades jurídicas, como o poder de *provocar efeitos de direito*), ou não patrimonial, que não possui imediata tradução pecuniária (somente em caso de violação, por força de indenização pelo dano)<sup>209</sup>. Ou seja, a fixação de preço seria uma permissão de origem contratual de aproveitamento de uma *realidade jurídica*, qual seja, a de poder estabelecer o preço pelo qual se dará a venda do produto. No plano lógico-normativo, a fixação do preço é etapa anterior necessária para a concretização da operação de venda do produto ao distribuidor.

Já quanto à definição de *poder jurídico*, MENEZES CORDEIRO utiliza o conceito de GOMES DA SILVA, segundo o qual poder é a “*disponibilidade de meios para a obtenção de um fim*”<sup>210</sup>. Com efeito, a permissão dada pelo contrato ao produtor para fixar o preço é, efetivamente, um meio sem o qual não se operacionaliza a venda do produto ao distribuidor (fim). Quer dizer, aparentemente, há uma sobreposição de conceitos, ambos identificando a mesma realidade jurídica que se pretende classificar. Tanto é assim que MENEZES CORDEIRO conceitua direito potestativo como resultado de “*uma norma que*

---

208 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português*. I - Parte Geral, tomo I – Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 166.

209 *Op. cit.*, p. 173.

210 GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*, p. 40 e ss. *Apud* MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 178. O Autor ressalva que a definição de GOMES DA SILVA é a correntemente usada na Faculdade de Direito de Lisboa.

*confere um poder*”<sup>211</sup>. A diferença reside, pois, no fato de que, em sendo um direito, é possível ao seu titular exercê-lo ou não; ou seja, para o atingimento da finalidade para a qual está dotado de um poder, poderá utilizar esse poder ou dele abrir mão para, por outros meios, atingir o mesmo fim. O conceito de poder implica uma posição única, exclusiva, para o atingimento da finalidade, de modo que, se não quiser se utilizar dessa via, não poderá lograr a finalidade pretendida por outros meios, traço sutil em que reside a diferença com o conceito de direito potestativo<sup>212</sup>. Com efeito, ainda segundo MENEZES CORDEIRO:

“O direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto, de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermeio de *normas permissivas*, isto é: ao titular cabe, segundo seu livre-arbítrio, actuar ou não o poder que a norma lhe conceda. Desta forma, o poder que a lei confira ao titular é visto como *um bem*, que ele aproveitará, ou não, como quiser.”<sup>213</sup>

Na espécie, o produtor, mesmo dispondo do poder de fixar o preço, pode dele abrir mão para travar um acordo com o distribuidor sobre o preço. Dessa forma, tem-se que essa posição jurídica é um *verdadeiro direito (plus)* e não simplesmente um poder (*minus*).

É ainda classificável como um direito potestativo. O direito potestativo é aquele que não necessita da concorrência de ato algum de vontade da outra parte na relação jurídica para a obtenção dos efeitos jurídicos que lhe sejam próprios. Assim, o outro sujeito fica numa posição passiva que se chama de *sujeição jurídica*<sup>214</sup>. Isso não significa que não possa haver negociação do preço. Há que distinguir negociação do preço com *acordo* sobre o preço. Com efeito, pode haver, como pode não haver, em geral há, negociação de preço entre produtor e distribuidor como etapa prévia à determinação do preço. Essa negociação pode ser, como pode não ser, exitosa. Se a negociação for exitosa, chegando as partes em um consenso sobre o preço, tem-se que o produtor deixou de exercer o direito que lhe é garantido pela cláusula contratual, tendo o preço sido determinado por acordo entre as partes. Se a negociação não chegar a um termo, tem-se uma situação de *impasse*, na qual o produtor chegou a um preço final limite, após negociação com o distribuidor, com o qual, porém, o distribuidor não concorda. Nesse ponto é que se comprova a potestatividade do direito do

---

<sup>211</sup> *Op. cit.*, p. 171.

<sup>212</sup> “O *poder* é uma situação analítica; obtém-se por via lógica e surge como factor componente elementar das realidades jurídicas. Além disso, ele configura-se como uma *situação simples*: nada mais se pode, dele, retirar.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português*. I - Parte Geral, tomo I – Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 178.

<sup>213</sup> *Tratado de Direito Civil Português, cit.*, p. 171.

<sup>214</sup> *Tratado de Direito Civil Português, cit.*, p. 187-188.

produtor: o distribuidor terá de aceitar o preço definido pelo produtor, sendo essa a característica da sujeição. Num contrato de compra e venda, chegado a um impasse, ou seja, em não havendo acordo sobre o preço, o contrato não se perfaz, não existe<sup>215</sup>. *O impasse é a situação limite a comprovar a existência e a necessidade de potestatividade na cláusula de preço em um contrato de distribuição.*

Quanto à cláusula contratual que disponha que o preço será aquele “comumente praticado pelo distribuidor”, o “preço vigente no momento da compra”, o “preço da tabela do produtor no momento da compra”, tem-se que, de qualquer modo, é o produtor quem define os preços de tabela e o distribuidor deve a eles se sujeitar. É, portanto, também classificado como direito potestativo do produtor. A diferença em relação à cláusula de fixação unilateral é que existe uma referência para a determinação do preço, ainda que seja uma referência construída pelo próprio produtor (o que é diferente de se ter uma autoreferência), que está expressa no contrato, de forma que não é necessário que se busque a justificativa da cláusula nos demais elementos estruturais e na função do contrato ou na existência de referências externas ao contrato, presentes no mercado, como se verá.

## **8.2 A previsão abstrata e a situação concreta: a potestatividade no plano dos fatos**

O funcionamento de uma norma é o mesmo, quer tenha como fonte a lei, quer tenha como fonte o contrato. A norma possui uma previsão abstrata que contém uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Para a norma incidir, é preciso que a situação de fato (suporte fático) corresponda à previsão abstrata da hipótese de incidência. Se a situação de fato for outra que não a descrita genérica e abstratamente na norma, não pode ser reconduzida à figura típica dessa norma, podendo ser subsumida a uma outra figura típica. É o que ocorre quando há incongruência entre a previsão normativo-contratual do acordo de preço entre as partes, porém se verifica situação de potestatividade no plano dos fatos.

Num contrato de distribuição não integrada, a previsão contratual pode ser de acordo de preço. Essa previsão não vai corresponder à realidade dos fatos se o distribuidor estiver em dependência econômica e comprove que se vê forçado a comprar pelo preço fixado pelo produtor. O *ônus da prova* é de quem alega essa incongruência fática. Ou seja, deverá

---

<sup>215</sup> Obviamente que não se está a tratar das outras possibilidades de determinação de preço permitidas ao contrato de compra e venda, tratadas no cap. 5.3.1.

provar a dependência econômica e provar que o preço é fixado pelo produtor sem qualquer possibilidade de negociação. Dado que, em uma situação de dependência, o impasse sobre o preço favorece quem está na posição de conforto, já que o dependente não pode deixar de comprar, a existência de negociação é indício de agir não abusivo, ainda que não sirva para afastar a potestatividade, como visto. Uma vez provada essa situação, o direito deve juridicizá-la *como exercício de direito potestativo*, sujeito, portanto, a controle de abusividade.

De outra parte, ainda num contrato de distribuição não integrada, a previsão contratual pode ser de fixação unilateral de preço pelo produtor. Se a situação de fato revelar inexistência de dependência econômica do distribuidor, de tal modo que tenha pleno acesso a bens fungíveis de outros produtores, o distribuidor, que não está vinculado a qualquer cláusula de controle, especialmente a de compra com exclusividade ou de volume mínimo, simplesmente deixará de adquirir o bem do produtor, acaso não concorde com o preço por ele fixado. Esse quadro demonstra não a ausência de incidência da norma sobre o fato, mas a *ausência de efetividade da norma*, entendida como a produção de efeitos no meio social. A norma, conquanto tenha eficácia, ou seja, aptidão para produzir efeitos, não possui efetividade alguma, na medida em que o distribuidor tem como evitar que a norma incida ao deixar de adquirir do produtor. Trata-se de mera previsão normativo-contratual que, apartada da realidade dos fatos, não possui efetividade alguma. Daí a conclusão no sentido de que a sujeição jurídica dependa, em alguma medida, da sujeição econômica, ou seja, da caracterização do estado de dependência econômica do distribuidor.

Nos contratos de distribuição em rede, ou se tem vinculatividade jurídica do distribuidor quanto à aquisição, seja por exclusividade, seja por cota mínima, de produtos do produtor, ou se tem situação de dependência econômica pela concorrência de outras circunstâncias negociais. Assim, a sujeição jurídica, ou é qualificada pelas demais cláusulas restritivas (considerada a questão apenas no plano jurídico), ou está acompanhada de sujeição econômica, de modo que a sua efetividade é plena. O controle da abusividade do agir do organizador da rede ao exercer o direito de fixação unilateral de preço deve ser intenso. Aqui, a questão que se coloca é outra: quando houver prova do produtor de que, mesmo amparado por esse direito potestativo, no curso da relação contratual, ele e o distribuidor sempre chegaram a um acordo quanto ao preço, haverá controle sobre o agir do produtor? Essa questão será retomada e respondida no tratamento da figura do abuso do direito do art. 187,

CC/02, na terceira parte do estudo. Por ora, na apreciação fática da questão, é preciso notar que, num contrato de distribuição em rede, mesmo quando as partes cheguem a um acordo sobre o preço, tem-se que o controle da negociação é todo do produtor, que negocia dentro de parâmetros mínimo (lucratividade mínima) e máximo (lucratividade máxima) que conhece e aplica a todos os demais membros da rede.

## **9. A juridicidade da cláusula**

### **9.1 A pré-exclusão da aplicação do art. 489 do CC/02 aos contratos de distribuição**

O artigo 489 dispõe ser *nulo* o contrato de compra e venda, “quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”. Nesse primeiro momento, é preciso verificar se se pode admitir a pré-exclusão da aplicação por analogia das normas do contrato de compra e venda que regulam o preço aos contratos de distribuição.

Adotamos posicionamento contrário à teoria da combinação para a definição do regime jurídico aplicável aos contratos atípicos, que tem como pressuposto justamente o fato de que certas matérias reguladas para dados contratos típicos tenham a generalidade suficiente para serem aplicadas a quaisquer outros contratos atípicos. O contrato não é soma de elementos justapostos, mas síntese de elementos compenetrados e soldados em unidade orgânica, nas palavras de MESSINEO (cap. 2.2). Isso não impede que o regulamento típico de algumas matérias não possa ser aplicado a contratos atípicos, mas para que tal ocorra é necessário o recurso à analogia.

Se for dada interpretação ampliativa ao dispositivo legal, no sentido de vedar, sem qualquer ressalva, a atribuição ao vendedor do direito de determinação unilateral do preço, a sua aplicação aos contratos de distribuição esbarra na falta de semelhanças suficientes entre os dois contratos nesse particular. É dizer, não passa pelo teste da analogia.

De fato, as diferenças estruturais e funcional entre os dois contratos caminham em sentidos opostos quanto à determinação do preço pelo vendedor, que encontra justificativa jurídica e econômica no contrato de distribuição, lá onde falta para o contrato de compra e venda.

A começar pela diferente função econômico-social desempenhada por cada contrato. A compra e venda assume uma típica e isolada função de troca. Com efeito, em uma relação isolada e na qual não há interesses comuns entre as partes a serem atingidos por meio do contrato, mas apenas interesses opostos que são satisfeitos pela convergência de vontades sobre um objeto e o seu preço, a *racionalidade econômica* do contrato aponta que a vontade do comprador é a de adquirir o bem pelo menor preço possível, ao passo que o vendedor procurará vendê-lo pelo maior preço que conseguir *sem atenção a quaisquer outros fatores de ordem jurídica ou econômica*, que não o preço de mercado, elemento decisivo para que o comprador dê seu consentimento. Na compra e venda não há qualquer consideração do vendedor para a finalidade a ser alcançada pelo comprador com a aquisição daquele produto, que é elemento indiferente ao contrato de compra e venda (motivo individual). O êxito do vendedor não depende, de nenhum modo, do êxito que o comprador possa ter com a compra; pelo contrário, o êxito do vendedor se define e se limita ao ato de compra, em que vai procurar auferir a maior vantagem possível, tendo como única referência o preço de mercado e como limite o acordo do comprador. Se se permitir ao vendedor a determinação do preço, diante de prévio consentimento do comprador quanto ao negócio, a única referência externa ao contrato de compra e venda será eliminada, de forma a se autorizar o exercício arbitrário dessa prerrogativa. *Trata-se de situação que, mesmo em tese, pela presumível e corrente racionalidade econômica do contrato de compra e venda, pelos seus elementos caracterizadores, pela sua função econômica, reflete um excessivo desequilíbrio contratual.* Daí a necessidade da intervenção do legislador para, *ab initio*, aplicar uma sanção máxima, a de nulidade de todo o contrato, em razão da consideração da intolerável abusividade da cláusula que põe às partes em uma situação de excessivo desequilíbrio.

De observar que a sanção é máxima justamente pela consideração da intangibilidade do consenso das partes sobre o preço num contrato de compra e venda. De fato, afasta o legislador a consideração da nulidade apenas da cláusula. Ainda que se possa argumentar no sentido da preservação do negócio, inclusive fazendo incidir supletivamente o disposto no art. 488 do CC/02, é de se reconhecer que não foi essa a opção do legislador. Entende o legislador que, se não houve omissão das partes na convenção da forma de determinação do preço, suporte fático do art. 488, já que houve convenção das partes no sentido de que o preço seria determinado por uma delas, não pode o juiz vir a definir o preço de mercado ou o preço usualmente praticado pelo vendedor em substituição à vontade

declarada das partes quanto a elemento essencial do contrato de compra e venda<sup>216</sup>. Parte da razão de que todo o contrato deve ser desconstituído para se preservar às partes a possibilidade de que cheguem a um consenso ou de que possam simplesmente deixar de contratar<sup>217</sup>.

De outra parte, a função econômica do contrato de distribuição consiste na venda com a finalidade de revenda de forma habitual. Possui uma *função cooperativa*, de ínsita *colaboração entre as partes*. A finalidade de revenda marca a própria causa do contrato, havendo uma relação direta de êxito entre a atividade do distribuidor e a do produtor. Conforme já trabalhado, pode-se visualizar uma comunidade de interesses capitalizada pelo atingimento de uma finalidade econômica ulterior, que consiste no fortalecimento do sistema de distribuição indireta. O produtor organiza a sua rede de distribuição a partir de contratos que forma com um ou mais distribuidores, de modo que o incremento de sua participação no mercado está diretamente vinculado ao sucesso da sua rede de distribuição. Nesse sentido, a *racionalidade econômica* dos contratos de distribuição aponta no sentido de que é interesse do produtor fixar um preço adequado aos seus produtos com o intuito de viabilizar a atividade lucrativa dos seus distribuidores e permitir que o produto ingresse no mercado final (mercado alvo) a um preço competitivo.

Num ambiente de livre concorrência, o produtor é pressionado a praticar preços competitivos com a sua rede de distribuidores; a pressão é tanto maior quanto maior a concorrência entremarcas no mercado em que atue o produtor. Ou seja, o produtor, mesmo quando detenha o direito de fixar o preço, mantém a realidade do mercado como referência externa, já que possui direto interesse na atividade seguinte, de revenda do produto nesse mesmo mercado. Nesse quadro, a racionalidade econômica própria dos contratos de distribuição informa que a potestatividade na definição do preço pelo produtor não caracteriza um excessivo desequilíbrio contratual a tornar nula, por abusiva, a cláusula.

---

<sup>216</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA: “No direito romano, GAIO escrevia que é sabido que não se perfeiçoo o negócio (que se concluiu, sem a *perfectio*) quando o que quer comprar diz assim ao vendedor: terás comprado “por quanto queiras”, “por quanto julgas justo (ou equidoso)”, ‘por quanto houveres estimado’(...)”.

<sup>217</sup> Não é objeto do presente trabalho adentrar na discussão jurídica da possibilidade de o aplicador, valendo-se do princípio da preservação dos negócios jurídicos e sopesando objetivamente o interesse das partes no contrato, vir a corrigir a sanção cominada, para reduzi-la à nulidade da cláusula e aplicar o art. 488, mas ressaltar a posição aberta do legislador a partir das suas presumíveis justificativas (*telos* da norma).

É seguro o *juízo negativo* quanto ao equilíbrio contratual: a função do contrato de distribuição, aliada aos demais elementos que lhe particularizam e diferenciam da compra e venda, permite que se afirme que essa cláusula não provoca o desequilíbrio excessivo, desproporcional, grave que permite ao ordenamento negar a ela validade jurídica.

Qualquer distorção no mercado, como a baixa concorrência entremarcas, ou no plano jurídico do contrato, em razão das cláusulas restritivas de compra com exclusividade e de volume mínimo, que possam alterar o presumível quadro de equilíbrio contratual, são relegadas ao *plano de controle do exercício do direito pelo produtor*, no momento dinâmico do contrato.

Há que considerar, também, a habitualidade das vendas, como circunstância negocial do contrato de distribuição e que vai informar a própria causa do contrato. A habitualidade impõe ao contrato de distribuição uma *dinâmica própria*, completamente diferente da compra e venda. Por envolver pedidos habituais, muitas vezes diários ou semanais, a dinâmica do contrato de distribuição impõe que sejam adotadas soluções rápidas. O contrato de distribuição não convive bem com o impasse. Assim, não é frequente que a cláusula de preço seja resultado do acordo entre as partes, a provar que não se pode conceituar o contrato de distribuição como uma sucessão de compras e venda ligadas funcionalmente. Menos frequente ainda, por destoar completamente da rapidez que o contrato exige e por não resguardar de modo suficiente e seguro os interesses do dono do produto, do dono da marca, do criador da rede, é que a cláusula que impute a terceiro a determinação do preço. As cláusulas mais frequentes são mesmo as potestativas, em que o direito é diretamente atribuído ao produtor ou indiretamente a ele atribuído pela tabela de preços que vá elaborar, já que se faz necessário uma definição segura, rápida e livre da possibilidade de que se suspenda a execução do contrato diante da ausência de acordo quanto ao preço.

Em uma primeira síntese, tem-se como pré-excluída a aplicação, pela analogia, do art. 489 aos contratos de distribuição, qualquer que seja o seu arranjo negocial.

Usamos o termo pré-exclusão porque a doutrina e a jurisprudência conferem ao referido dispositivo legal uma interpretação bastante parcimoniosa e equilibrada no sentido de abrir a seguinte distinção: a existência de cláusulas potestativas (simples) e a existência de cláusulas puramente potestativas, o que será tratado na sequência.

## 9.2 A proibição do puro arbítrio como princípio geral de direito contratual

A doutrina entende que, mesmo em relação ao contrato de compra e venda, a lei veda a potestatividade pura, “o arbítrio inadmissível”. PONTES DE MIRANDA ensina, tratando da mesma regra que tem origem no art. 1.125 do CC/16, que: “A regra jurídica do art. 1.125 tem incidência sempre que o comprador não está adstrito a algum critério que lhe tire o arbítrio”<sup>218</sup>. Ou seja, a existência de algum critério que retire o mero arbítrio poderia justificar uma cláusula que atribuísse a uma das partes um tal poder.

Essa posição radica ainda na incompatibilidade ontológica entre o direito e o arbítrio, sendo o arbítrio a negação do direito. Assim, quando se atribui um direito a uma pessoa, especialmente o potestativo, o ordenamento o faz para que seja exercício de acordo com a finalidade econômica ou social em razão da qual, para o alcance da qual, nasceu o direito.

No regramento das condições, que são elementos do contrato moduláveis pela vontade das partes, há regra em sentido similar, também vigente desde o CC/16 (art. 115), presente no art. 122, CC/02, que veda as condições sujeitas ao “puro arbítrio de uma das partes”.

Nesse sentido, pode-se extrair, como *princípio geral de direito contratual implícito no nosso ordenamento jurídico*, a invalidade de cláusulas contratuais que atribuam a uma das partes o poder de agir de forma puramente arbitrária, sujeitando a outra ao resultado desse arbítrio. Extrai-se esse princípio somente no âmbito do direito contratual, já que se tem a sujeição de uma parte em relação a outra em uma relação jurídica que é pretensamente paritária e tem natureza econômica.

LORENZETTI entende haver uma regra geral de proibição de fixação unilateral de preço que interpreta da forma como aqui trabalhada a questão, ou seja, de atribuição de um poder puramente arbitrário a uma das partes. Nas suas palavras:

---

<sup>218</sup> *Op. cit.*, p. 33.

“Entre las partes, pueden ser objetadas porque el precio del contrato celebrado entre otorgante y distribuidor es fijado por el primero, es decir, queda librado a la voluntad de una sola de las partes. Esta conducta está prohibida en relación al contrato de compraventa y, por analogía, se ha extraído una regla general de prohibición de fijación unilateral del precio.

La determinación es ilícita en tanto sea arbitraria, es decir, que dependa de la sola voluntad de una de las partes. No lo será, en cambio, si responde a razones objetivas. De manera que la cláusula será lícita si responde a parámetros susceptibles de control por su objetividad y será ilícita, si sólo se basa en la voluntad de una de las partes.”<sup>219</sup>

Como visto, o direito de fixação de preço nos contratos de distribuição possui uma referência externa que lhe retira o puro arbítrio, qual seja, o preço referencial de mercado em razão do indissociável e direto interesse do produtor na atividade de revenda do distribuidor. Isso forma a base de interesses associativos comuns que caracteriza a função cooperativa do contrato de distribuição. Dessa forma, não se vislumbra o caráter de puro arbítrio nas cláusulas potestativas que conferem ao produtor o direito de determinação do preço no contrato de distribuição.

Nesse sentido, a posição da doutrina de Paula FORGIONI:

“Mesmo que haja o evidente desnível de poder de contratação entre fornecedor e distribuidor, as cláusulas *não deverão ser consideradas puramente potestativas* se:

- (i) delas o distribuidor tinha consciência antes da celebração do contrato;
- (ii) constituem obrigações para aumentar a eficiência global do sistema de distribuição do produto;
- (iii) o sacrifício impingido a uma das partes seja superado pelos ganhos de eficiência do sistema de distribuição globalmente considerado.”<sup>220</sup>

No caso da cláusula potestativa que permita ao produtor aplicar o preço de tabela, o referencial objetivo está expresso no contrato, excluindo, assim, o mero arbítrio.

Em uma segunda síntese, mesmo quando se considere a existência de um princípio geral de vedação do puro arbítrio no direito contratual, é válida a cláusula que atribui ao produtor o direito de determinar o preço quando prevista num contrato de distribuição. Nos contratos de distribuição, o controle do ordenamento jurídico sobre o direito potestativo de fixação de preços é *a posteriori*, recai sobre a eventual abusividade do seu

---

<sup>219</sup> *Tratado de los contratos*, Tomo I, p. 610-611.

<sup>220</sup> *Contrato de distribuição*, p. 423.

*modo de exercício*, o que será objeto estudo do segundo título dessa segunda parte da dissertação.

## **II – ANÁLISE DA ABUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DETERMINAÇÃO DO PREÇO**

Passamos ao estudo da verificação da existência de um dever de trato igualitário a cargo do distribuidor em relação aos membros da rede de distribuição notadamente quanto à determinação do preço da mercadoria a ser distribuída. Nesse quadrante, há, em tese, diversos possíveis fundamentos jurídicos a servir-lhe de fonte normativa. Vamos dirigir o estudo no sentido de filtrar os fundamentos que sejam válidos a tanto a partir da análise do instrumento normativo em que estejam positivados ou do qual possam ser extraídos, o âmbito próprio de aplicação e a estrutura própria da norma em que o dever esteja previsto. O tema suscita o debate sobre a aplicação do princípio da igualdade na esfera privada, sendo, pois, necessário abordar a eficácia do direito constitucional no plano do direito privado. Ainda no direito público, a não discriminação de adquirentes possui posituação na Lei Antitruste brasileira, cujo âmbito de aplicação deverá ser delineado para que reste claro a diferença quanto ao âmbito de aplicação do direito contratual e sejam apontados eventuais pontos de co-incidência dos dois diplomas normativos reguladores da mesma matéria. A análise mais destacada recairá sobre as normas próprias do sistema de direito privado e os seus princípios informadores. A existência dessa eventual proibição da discriminação de preço quanto aos membros da rede deverá ser dogmaticamente justificada à luz do direito privado contratual, tendo como fonte a cláusula geral que veda o exercício disfuncional de direitos e os seus referenciais limitativos da função econômica do direito e da qualificada boa-fé existente nas redes contratuais de distribuição.

O estudo do tema precisa ser fechado com a análise da jurisprudência a respeito com a finalidade de buscar parâmetros de comportamento exigidos dos organizadores das redes de distribuição para auxiliar a concretização das cláusulas gerais e princípios de direito contratual aplicáveis na espécie. Além disso, a jurisprudência servirá para a análise dos critérios de desigualação entre os membros da rede que justifiquem o tratamento diferenciado sem quebra da igualdade. Esse ponto exige uma reflexão acerca dos limites e inflexões recíprocas entre direito e economia para se responder à questão consistente em saber se qualquer diferença econômica entre os contratos justifica juridicamente um tratamento diferenciado entre os membros da rede.

## **10. A limitada eficácia do princípio da igualdade nas relações contratuais**

O tema da proibição da discriminação de preços na rede de distribuição guarda próxima vinculação com o direito público. É, de certo modo, uma exigência de igualdade dentro do direito privado contratual; não se trata de exigência genérica e, portanto, de considerar o princípio da igualdade como um princípio de direito contratual. No caso, põe-se à prova se a igualdade pode vir a ser exigida nessa *específica situação contratual* de ligação dos contratos em rede, em que há uma potestade ao produtor relativamente à determinação do preço para cada um dos contratos e por meio da aplicação de normas próprias do direito privado, notadamente pelo desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva. De todo modo, a origem da igualdade está no direito público; é princípio tipicamente de direito público, decorrendo daí a necessidade do estudo do seu em nível constitucional, especialmente para a delimitação do conteúdo da igualdade, a ser aproveitado pelo direito privado, mas também pela eventual eficácia – de que maneira e com que intensidade – no direito contratual.

De fato, a linha do chamado direito civil constitucional ao pretender, corretamente, resgatar o papel da Constituição como centro do sistema jurídico e conceder aos direitos fundamentais a máxima efetividade possível pode cometer alguns excessos. Temos posição mais moderada e, num certo sentido, pode-se dizer mais liberal, a respeito da função primordial exercida pela Constituição – de controle – e do modo com que os princípios constitucionais possam vir a ser transpostos ao direito privado contratual – eficácia mediata na relação entre privados. Talvez porque, com o advento do Código Civil de 2002, e o manancial principiológico que passou a adotar expressamente, não se faz mais necessário toda a ênfase dada por essa linha de estudo ao primado constitucional e o pêndulo possa ser esticado para a renovação da autonomia do direito privado nesse momento histórico-evolutivo do direito privado brasileiro. O presente capítulo tem como objeto afirmar a autonomia do direito privado, local próprio da busca pelas soluções normativas e do desenvolvimento de normas protetivas, e do estudo de que eficácia pode ser extraída do princípio da igualdade no âmbito das redes contratuais de distribuição no que tange à vedação da discriminação de preços (10.1.2). Por fim, a análise do conteúdo da igualdade, tal como desenvolvido pela doutrina publicista, com as necessárias adaptações ao direito privado contratual, será validamente aproveitado, nessa dimensão operativa, quando da sua exigência no âmbito contratual.

### **10.1 Sobre as diferenças e relações entre o direito público e o direito privado**

Enfrentar o tema da aplicação do princípio da igualdade nas relações entre os privados exige que, previamente, se reflita sobre as diferenças entre o direito público e o direito privado, ainda que se reconheça a crescente interpenetração entre esses dois polos ordenadores da sociedade, para que se tenha clareza dos limites existentes para uma transposição, sem mais, de princípios jurídicos de um sistema para o outro. É preciso ainda revisitar a noção de sistema, o seu centro, o convívio entre os (sub) sistemas que formam o sistema maior (macrosistema), que vem a ser o ordenamento jurídico globalmente considerado de um determinado Estado. Nesse passo aparece a Constituição como o centro do macrosistema e os demais ramos do direito como subsistemas que gravitam em torno dela (civil, consumidor e trabalhista, no direito privado, e administrativo, ambiental, concorrencial, tributário, dentre outros, no direito público).

Antes de se reconhecer os pontos de co-influência entre os dois polos em que tradicionalmente se divide o direito, é preciso marcar as diferenças “típicas” entre eles. O direito público é o espaço de ordenação das relações do Estado com os particulares tendo em vista a consecução do bem comum. Da sua parte, o direito privado ocupa aquele espaço de ordenação da relação entre os particulares tendo em vista a consecução, em tudo ordenada e equilibrada, dos seus próprios interesses<sup>221</sup>. Daqui se colhem as seguintes distinções apriorísticas entre os dois espaços normativos: (i) quanto aos sujeitos partícipes da relação jurídica: o direito público se ocupa da relação Estado x particular e o direito privado da relação particular x particular; (ii) quanto à situação de equilíbrio ou desequilíbrio de poder jurídico entre os sujeitos partícipes da relação jurídica e (iii) quanto à natureza do interesse tutelado pelas normas de cada âmbito: o interesse público de um lado e o interesse privado de outro. PAIS DE VASCONCELOS ensina que, como contraponto, o direito público também regula relações jurídicas entre dois Estados, o que pode se dar no plano internacional ou no plano interno (como os convênios entre os entes da Federação, p. ex.), esvaindo assim a relação de desequilíbrio jurídico entre as partes, e que diversos institutos do direito privado recebem o influxo do interesse público por meio de normas limitativas da autonomia privada, como ocorre no direito trabalhista. Entende o jurista português que tal não impede a distinção entre esses dois âmbitos normativos desde que se admita tratar de uma distinção que seja *polar, graduável*, no lugar de uma distinção entendida como *dicotômica e exclusivista*. Nesse

---

<sup>221</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 5-6.

sentido, os critérios adotados indicarão um ou outro espaço normativo pela dominância dos elementos distintivos: onde preponderar a proteção de interesses privados, ainda que se admita um influxo gradual, maior ou menor, de interesses públicos, tem-se uma ordenação de direito privado<sup>222</sup>.

Concordamos com as ponderações de PAIS DE VASCONCELOS; pretendemos, contudo, adentrar um pouco mais nos critérios de distinção entre um e outro âmbito, com o intuito de desenvolver mais os elementos materiais de distinção, já que tal interessa ao escopo de se fixar limites e métodos para a transposição de princípios de direito público para o direito privado. Os elementos materiais de distinção que precisam de desenvolvimento são o desequilíbrio de poder entre as partes e a natureza do interesse tutelado. Não é tarefa fácil discernir interesse público e interesse privado e adentrar na distinção entre direito público e privado<sup>223</sup>. Não constitui objeto do presente estudo adentrar com profundidade no tema, razão pela qual a análise será feita tendo como escopo a demonstração da relativa autonomia do direito privado diante do Direito Constitucional.

Partimos da doutrina de Konrad HESSE sobre as influências recíprocas do direito constitucional com o direito privado, encontra-se a utilização do critério do *equilíbrio de forças na realidade jurídica e fática da relação* como justificador da promoção da liberdade das partes no direito privado e, assim, da menor proteção estatal, e a quebra desse equilíbrio no plano fático como situação apta a justificar a transposição de princípios protetivos de direito público na regulação privada. Destacamos:

“La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal supuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia

---

<sup>222</sup> *Idem*, p. 7: “O Direito não tem de ser exclusivamente e exaustivamente público ou privado e dificilmente poderá sê-lo. Entre os dois pólos, público e privado, existe uma graduação, uma transição fluida, de regulações predominantemente públicas ou predominantemente privadas, em que os interesses público e privado se entrelaçam e se compatibilizam – ou têm de ser compatibilizados – porque coexistem sem se excluírem”.

<sup>223</sup> Vide o embate doutrinário de alto nível travado sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nos artigos de: ÁVILA, Humberto B. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, 1998, p. 159-180; e OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 28, 1999, p. 32-65.

frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, porque partía de una igualdad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea.”<sup>224</sup>

E nessa linha segue a doutrina tradicional para asseverar que as limitações ao princípio da autonomia privada são resultados do influxo de princípios protetivos do direito público. A questão que se coloca, contudo, é a seguinte: essas limitações não seriam próprias do caráter essencialmente limitativo do direito e, assim, do direito privado mesmo para corrigir situações de injustiça? Ainda: essas limitações não decorrem da evolução mesma do direito privado, ainda que se possa admitir como resultado do influxo do interesse público, no sentido de proteger os particulares numa relação de disparidade de poder fático e jurídico? Essas limitações não são, portanto, limitações próprias do direito privado? Entendemos que sim, divergindo, pois, em parte, da doutrina tradicional no enfrentamento da questão.

Direito é regulação, é normação, estabelecimento de limites, de ordem, com o sentido de buscar a convivência equilibrada entre os direitos (subjetivos) e demais posições jurídicas asseguradas aos sujeitos em termos justos. Assim, é próprio do direito privado mesmo o estabelecimento de regras e a adoção de princípios limitativos ao princípio da autonomia privada, que é, sim, o seu princípio característico, mas que cede espaço às regras limitativas que sejam impostas e convive, em relação de ponderação, com os demais princípios limitativos presentes no ordenamento privado.

Entendemos que tratar todas as limitações como resultado da aplicação de princípios do direito público no âmbito do direito privado não é correto; representa um superdimensionamento do direito público, na medida em que se procura extrair dele princípios que não lhe são próprios (a título de exemplo, o princípio da boa-fé objetiva, que percorreu sentido inverso, nascendo no direito privado e rumando ao direito público; o princípio da preservação dos negócios jurídicos; as normas que admitem a revisão dos

---

<sup>224</sup> HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 78-79.

contratos), e um indevido reducionismo do direito privado, na medida em que não se reconhece como de direito privado princípios limitativos à autonomia privada. A idéia de limitação é ínsita ao direito como fenômeno social de regulação social que é; de todos os seus ramos, não podendo ser identificado com um desses ramos, o do direito público.

Com efeito, é da própria evolução do direito privado passar a entender o princípio da autonomia privada como resultado da existência de efetiva liberdade das partes no momento da contratação por estarem em situação fática de *proximidade*, e não propriamente de *igualdade* de forças, como bem anotado por HESSE. É da própria evolução do direito privado, inclusive como um dos fatores que propiciaram a unificação do direito civil com o direito comercial (cap. 2.3, supra), a proteção do consumidor em razão da sua presumível fática hipossuficiência de meios diante do produtor, com a adoção de legislação altamente protetiva, limitativa da autonomia privada. A origem e os meios pelos quais o direito privado avança no sentido da proteção de situações injustas por meio da limitação da autonomia privada são os mais variados. No caso do direito do consumidor, o avanço se deu por meio de ordem constitucional para que o Estado editasse legislação protetiva ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição de 1988). No caso do direito trabalhista, a legislação veio bem antes da positivação constitucional de direitos dos trabalhadores, com a edição do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas). O reclamo dos privados, mesmo empresários, em situação de dependência econômica diante da contraparte, no sentido da necessidade de se aplacar o princípio da autonomia privada diante de situações absolutamente iníquas, desleais ou abusivas resultou no desenvolvimento do conteúdo do princípio da boa-fé objetiva pelo Poder Judiciário.

O que importa destacar é que se trata da construção do direito Privado brasileiro pelos meios jurídico-institucionais (Poder Constituinte, Estado-legislador, Estado-juiz, sem prejuízo de outros meios) a tanto existentes. Não é a transposição de princípios de direito público ao direito privado, mas a adoção de princípios limitativos *no* direito privado. Trata-se de tutela interventiva do Estado, isso sim, mas atuando pelo direito privado, na construção do direito privado<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> De fato, na experiência brasileira, o mais comum é que tais normas limitativas sejam resultado da tutela do Estado na relação entre privados, mas esse cenário vem se alterando pela adoção de tribunais arbitrais na solução de litígios entre grandes empresas em que se pode eleger como diploma normativo aplicável a Regulação do Contrato de Compra e Venda Internacional elaborada pela UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) e que se transformou na Convenção de Viena de 1980, repleto de princípios limitativos.

Ainda que se admita que essas normas limitativas, de fato, *não* possuam origem em princípios do direito público, enquanto ramo próprio do direito, pode-se objetar no sentido de que são o resultado do influxo do *interesse público* na relação entre os particulares. O problema dessa objeção recai justamente no conceito de interesse público. Com efeito, pode-se ver na proteção do consumidor e do empregado a existência de interesse público na medida em que atende a reclamos do *bem comum* que se proteja o hipossuficiente na relação de consumo e o empregado na relação de emprego, por ser esse o seu meio de subsistência. De outro lado, em concreto, tem-se que estão sendo tutelados interesses privados dos consumidores individualmente considerados na relação com o fornecedor e dos empregados na relação com o empregador. Aqui o problema do amalgama conceitual entre interesse público e privado: ÁVILA, com base na doutrina alemã, vai ponderar que entre o interesse público e o interesse privado, antes de uma relação de contraposição, existe uma relação de “conexão estrutural”, de reciprocidade, na medida em que o interesse privado deva ser levado em consideração pelo interesse público<sup>226</sup>. Em sendo assim, mesmo a tutela da autonomia privada pelas normas de direito privado, que somente ocorre porque é socialmente querida, porque é considerada medida salutar no meio social, corresponderia à realização do interesse público. Nesse limite, todo o ordenamento privado estaria sob o influxo do interesse público, o que esvaziaria a distinção entre interesse público e privado para fins de distinção entre os ramos do direito.

Sem ter como pretensão por um fim no debate, entendemos que, para fins de distinção entre direito público e privado, é preciso adotar um conceito mais restritivo de interesse público e privado. Nesse sentido, parece-nos que sempre que for possível identificar a proteção de um interesse particular em uma relação jurídica diante de outro particular, ainda que indiretamente essa proteção possa ser considerada como querida em termos de bem comum, está-se diante da tutela de interesses privados. O interesse público, a sua vez, estaria conexionado à tutela *direta* de interesses difusos<sup>227</sup>, ainda que tal possa levar a uma proteção *indireta* de interesses privados: é o caso do direito concorrencial em que a tutela direta é da livre concorrência, da preservação de um mercado competitivo, o que pode conduzir a efeitos

---

<sup>226</sup> Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *cit.*, p. 167 e ss.

<sup>227</sup> O conceito legal de interesse difuso é dado pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.078/90, a cujo teor: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

protetivos – indiretos – dos concorrentes individualmente considerados, das empresas menores que buscam ingressar e permanecer no mercado. São interesses difusos dignos de proteção do direito público, identificados na Constituição de 1988, a manutenção da ordem pública, a paz social, a igualdade, a liberdade, a propriedade, a saúde, a previdência e a assistência social, a ordenação do espaço urbano, a ordenação do espaço fundiário, o meio ambiente e a livre concorrência, dentre outros. Em havendo relação de reciprocidade entre os interesses público e privado, *a diferença recairia na imediatidade do interesse tutelado*: quando se possa identificar interesses de particulares sendo tutelados de forma imediata, direta, o interesse é privado; quando sejam interesses ou bens jurídicos difusos que recebam imediata tutela do ordenamento, o interesse é público. Outro critério que nos parece válido é a *concretude* do interesse em jogo: diante de um caso concreto é possível identificar claramente o conflito entre um interesse público e um interesse privado. Tem-se como exemplo uma desapropriação: não há dúvida de que se pode identificar, em concreto, de um lado, o interesse público a ser defendido pelo ente estatal desapropriante e, de outro, o interesse privado a ser defendido pelo particular que se põe contra a desapropriação de seu imóvel.

Assim, as normas limitativas da autonomia privada servem à tutela direta de interesses privados, fazendo parte do ordenamento jurídico-privado. É mais preciso, portanto, indicar que essas normas limitativas atendem a exigências de *regulação justa* das relações privadas, e não que decorrem da transposição de princípios de direito público. Mais preciso que afirmar que as normas limitativas decorrem do influxo do interesse público na regulação privada, conceito que, pela sua abrangência poderia levar a uma assertiva elíptica, é propriamente afirmar que razões de *justiça*, de *proporcionalidade*, de *ética social*, de “*personalismo ético*”<sup>228</sup>, orientam a evolução do direito privado.

Dentro dessa concepção restritiva de interesse público que constitui o objeto do direito público, o influxo entre o direito público e o direito privado ainda existe, mas em menor escala que aquele propugnado pela doutrina tradicional. Nessas condições, esse influxo é observado essencialmente, no que tange à disciplina dos contratos, pela interface do direito privado com o direito ambiental e o direito concorrencial (cap. 10.2, *infra*). De fato, a contratação, hoje, deve observar as implicações ambientais e concorrenciais do objeto

---

<sup>228</sup> PAIS DE VASCONCELOS erige o personalismo ético a um dos princípios reitores do Direito Privado, consistente, basicamente, na proteção dos direitos de personalidade. *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 11-14.

contratado, que são vinculantes aos particulares, como normas cogentes de direito público que são. É o que LORENZETTI chama de institucionalização dos contratos<sup>229</sup>.

## 10.2 O papel da Constituição e o direito privado

Nessa linha de idéias, a Constituição desponta como o centro do (macro) sistema jurídico, estabelecendo o núcleo duro de valores que devam ser observados por todo o sistema, ou seja, tanto pelo direito público, quanto pelo direito privado, que formam, de sua parte, sistemas próprios a abarcar os seus subsistemas, os diversos ramos jurídicos dentro de cada qual. Ocorre que o grau (mais ou menos intenso) e o modo (imediato ou mediato) de vinculação de cada sistema – público e privado – é diferente e precisa, assim, ser respeitado. Em linha de princípio, pode-se dizer, com segurança, que a Constituição vincula *mais intensamente* o Estado que o particular, e o vincula de modo *imediato* ao cumprimento de suas normas. De fato, o objeto principal de uma Constituição é a garantia ao respeito e à implementação de direitos fundamentais da parte do Estado e a forma de organização dos Poderes do Estado. Isso não exclui a possibilidade de vinculação imediata do particular aos preceitos constitucionais, mas essa não é a situação que se coloca em linha de princípio, como regra geral.

A primeira função de uma Constituição é a de *controle* do ordenamento jurídico que lhe subjaz. Isso significa que, ao encerrar o núcleo duro de valores que não possam ser objeto de violação desproporcional pela legislação ordinária, o papel da Constituição *não é oferecer as soluções normativas para os casos concretos, não é se substituir à função própria a ser desempenhada pelo legislador ordinário*, seja ele de direito público, seja ele de direito privado. Dessa forma, a presença da Constituição não inibe a *autonomia* que naturalmente cabe ao direito civil e demais ramos do direito, tanto público, quanto privado. Autonomia no sentido de que cada ramo jurídico tem uma certa liberdade

---

<sup>229</sup> Segundo LORENZETTI, o fenômeno é assim caracterizado: “Se ha indicado que si en la época de la codificación el Derecho Mercantil era un Derecho de contratos, ahora lo es de instituciones, en el sentido de que las regulaciones exceden en mucho el mero intercambio inter-partes para aprehender el fenómeno sistemático típico de cada sector, incluyendo aspectos relativos al control público, a la defensa del consumidor, a la previsibilidad económica, a la organización de la competencia, y lógicamente, a los contratos. En muchos casos esta institucionalización abarca cuestiones tan poco tradicionales como el impacto ambiental, social, y urbanístico, que es cada vez más característico, sobre todo en el caso de los grandes hipermercados de consumo.” *Tratado de los contratos, cit.*, p. 509. Conclui, contudo, o Autor que os contratos de distribuição são pouco institucionalizados, com o que não concordamos, dada a enorme repercussão concorrencial do seu conteúdo mais comum (distribuição integrada).

para apresentar, por meio de suas regras e princípios, as soluções normativas para os casos concretos, dentro do seu escopo próprio, da ponderação dos interesses tutelados e dos critérios de justiça que adote.

Essa autonomia, por certo, não é absoluta, já que submetida ao controle constitucional. Importa aqui frisar que essa relativa autonomia existe e deve ser respeitada. De fato, com a sobrevalorização dos princípios jurídicos e da atuação dirigente da Constituição brasileira de 1988, parece ter havido um certo apequenamento da autonomia própria que cabe a cada ramo do direito, especialmente ao direito civil, e do trabalho argumentativo de entender as ponderações e critérios que estejam a fundamentar as regras adotadas por cada ramo do direito<sup>230</sup>. Assim, parece-nos juridicamente inadequado que as soluções normativas para os casos concretos de conflito entre privados sejam buscadas, como regra geral, diretamente na Constituição, pela aplicação direta, sem mais, dos princípios ali presentes, dele extraindo-se deveres de conduta aos particulares<sup>231</sup>. Entendemos que o sistema jurídico, como regra geral, *exige que as soluções sejam buscadas em cada autônomo ramo do direito que seja aplicável àquela relação jurídica objeto do caso e, então, submetidas ao controle da Constituição.*

Tendo em conta essas distinções, relações entre os ramos do direito e o papel que a Constituição exerce no nosso sistema jurídico, passamos à análise da questão da aplicabilidade do princípio da igualdade insculpido na Constituição às relações de direito privado.

### **10.3 O princípio da igualdade se aplica ao direito contratual?**

---

<sup>230</sup> Não se desconhece que a Constituição possa apresentar soluções jurídicas prontas para o caso concreto e a nossa Constituição de 1988 é especialmente pródiga nesse sentido, nem o seu caráter dirigente, convindo, para os fins do presente estudo, acentuar a sua função primacial de controle e não de direção. Quanto ao caráter dirigente da Constituição de 1988, ver reflexos na sua eficácia no plano do Direito privado em: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>231</sup> Pelo resgate do importante papel das regras jurídicas e da limitação do controle de constitucionalidade pelos princípios, a obra de referência de ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 83 e ss. No sentido da necessidade do reconhecimento e preservação da autonomia do Direito privado: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 67.

### 10.3.1 A discussão sobre a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais na relação entre privados

O princípio da igualdade está previsto como princípio fundamental da República no art. 3º, incisos III e IV (<sup>232</sup>), e inserto no rol dos direitos fundamentais, com previsão normativa no art. 5º, *caput* e incisos I, VIII, XLI, XLII (<sup>233</sup>), e nos incisos XXX e XXXI do art. 7º (<sup>234</sup>), sem prejuízo de outros dispositivos constitucionais que façam referência, direta ou implícita, à observância da igualdade nas relações jurídicas. A Constituição alberga normas que vinculam imediatamente os particulares, como as normas do art. 7º que dispõem sobre direitos trabalhistas, e normas que vinculam imediatamente o Estado, a sua grande maioria, como os incisos XXIV, XXV, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, do art. 5º, entre muitos outros, limitando-se a análise ao rol dos direitos fundamentais. Não há dúvida, portanto, da aplicabilidade imediata das normas constitucionais na relação entre privados quando o texto da norma for assim expreso. Há casos, contudo, em que não há claramente a identificação do sujeito vinculado ao imediato cumprimento da norma, ou em que a norma enuncia princípios, ou casos em que, mesmo quando vincule imediatamente o Estado, possa se extrair um comportamento que se considere exigível também dos particulares, ainda que não de igual forma e com a mesma intensidade com que o seja em relação ao Estado. São nessas últimas hipóteses em que se discute amplamente na doutrina se as normas que estatuem direitos fundamentais poderiam se aplicar na relação entre particulares e, se sim, de que maneira, imediatamente, com a direta criação de

---

<sup>232</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>233</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

<sup>234</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

direitos e correlatas obrigações a um particular diante de outro, ou mediatamente, por meio do preenchimento do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados e da concretização de princípios jurídicos no plano do Direito privado<sup>235</sup>.

No direito brasileiro, tem destaque a tese defendida por Ingo SARLET da eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo o Autor, em razão da exigência constitucional de se conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), é de se admitir que, a princípio, as suas normas tenham eficácia entre os particulares, ao menos no sentido de um dever mínimo de não-violação dos particulares da proteção conferida por tais normas, já que a ofensa a direitos fundamentais não tem origem exclusivamente em atos praticados pelo Estado<sup>236</sup>. Ocorre que essa máxima efetividade deve se dar numa perspectiva de otimização dos direitos fundamentais que respeite a proporcionalidade e a adoção de soluções constitucionalmente adequadas. Isso significa que, primeiro, há que respeitar a autonomia privada como princípio jurídico com *status* de direito fundamental implicitamente previsto na Constituição<sup>237</sup>. A eventual restrição da autonomia privada com base na eficácia direta dos direitos fundamentais, portanto, precisa respeitar as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em segundo lugar, significa que a busca de uma solução constitucionalmente adequada passa pelo entendimento de que as vinculações dos particulares variam de acordo com o direito fundamental em pauta, em razão direta do modo heterogêneo com que tais direitos são estatuídos pelas normas constitucionais, devendo-se investigar o *objeto* e o *âmbito de proteção* de cada direito tal como previsto pela estrutura da norma<sup>238</sup>.

Na doutrina alemã, prepondera a tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. CANARIS bem esclarece que, ainda que se possa admitir, “em termos lógico-jurídicos”, que os direitos fundamentais sejam aplicados como regras de direito privado que criem direitos e obrigações aos particulares que tomam parte em uma relação jurídica, tomar essa assertiva como regra geral “(...) conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do

---

<sup>235</sup> No direito brasileiro: SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111-144. No direito alemão: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>236</sup> *Op. cit.*, p. 132 e ss.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 134-135.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 131.

direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia”<sup>239</sup>. Retoma-se, pois, aqui, as premissas antes desenvolvidas no sentido da distinção entre o direito público e o direito privado e a necessidade de preservação da autonomia, ainda que relativa, do direito privado diante da Constituição, que tem como função primacial exercer o controle sobre o ordenamento privado. CANARIS aponta que o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado, estando sujeito a controle imediato dos seus atos, leis (e regulamentos) e decisões judiciais, que possam não garantir suficiente proteção aos direitos fundamentais (chama de função de imperativo de tutela) ou possam restringi-los de forma excessiva (chama de função de proibição de intervenção)<sup>240</sup>. Fundamenta a posição, ainda, no fato de que, nas relações entre os particulares, o princípio que prepondera *prima facie* é o da *liberdade de atuação*, podendo o particular agir livremente desde que não haja uma norma proibitiva que lhe vincule imediatamente, e não uma *proibição de agir* como regra geral, com a necessidade de observância de normas do sistema jurídico que não lhe vinculem imediatamente, a que se concede espaços de liberdade, de tolerância de liberdade, de “reserva de autorização” para poder agir livremente<sup>241</sup>.

Entende, assim, CANARIS que os direitos fundamentais possuem uma eficácia indireta ou mediata no plano das relações entre privados. A mediação se dá justamente por trazer a aplicação dos direitos fundamentais ao plano do direito privado, ou seja, a ponderação que será necessária para a resolução de conflitos entre os particulares envolvendo a consideração a direitos fundamentais deverá se dar no plano do direito privado e não do direito constitucional, com o sopesamento das circunstâncias jurídicas e fáticas próprias do ordenamento jurídico privado que imediatamente vincula os particulares e da situação fática em concreto em que se encontram os particulares<sup>242</sup>. É que a teoria da eficácia mediata

---

<sup>239</sup> *Direitos Fundamentais e Direito Privado, cit.*, p. 53-54.

<sup>240</sup> *Op. cit.*, p. 55-75.

<sup>241</sup> Nas palavras do Autor: “Tal concepção é inaceitável como modelo geral de pensamento, devido à sua contrariedade de princípio à liberdade, e é, com razão, rejeitada pela doutrina dominante”. E, mais adiante, sustenta que: “Designadamente, reflecte-se aqui simplesmente o *princípio do primado da sociedade em face do Estado*, segundo o qual as relações dos cidadãos entre si estão, em princípio, livres de intervenções estatais, e carecem, portanto, em cada caso, de especial legitimação”. *Op. cit.*, p. 62 e 70.

<sup>242</sup> Aqui em considerando a definição aplicativa de princípios como mandados de otimização de Robert ALEXY: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e

também se sustenta na premissa de que, ainda na idéia da necessária autonomia dos diversos (sub)sistemas jurídicos, em especial o do direito privado, é tarefa primacial do legislador ordinário conformar, dar forma, à proteção dos direitos fundamentais e que, nesse tarefa, possui ampla liberdade (de conformação), que só poderá ser afastada pelo judiciário diante de grave insuficiência de proteção ou de excesso de intervenção, tendo como postulado normativo a proporcionalidade<sup>243</sup>. Assim, em sendo o judiciário chamado a reconhecer direitos fundamentais na relação entre privados, deverá atuar no mesmo nível em que tal proteção é feita ordinariamente, ou seja, no nível do direito ordinário, do direito privado, portanto<sup>244</sup>. Apenas excepcionalmente se admite a eficácia imediata dos direitos fundamentais, quando a proteção dada pelo direito ordinário ou pelas decisões judiciais que o apliquem seja considerada gravemente insuficiente, diante do imperativo de tutela próprio dos direitos fundamentais<sup>245</sup>.

Vê-se, pois, que a tese da eficácia mediata preponderante no direito alemão é uma questão, substancialmente, de *método* de transposição das normas definidora de direitos fundamentais para o plano da relação entre os privados, que deve ser mediatizada pela consideração das soluções normativas e dos princípios e regras colidentes próprios do direito privado<sup>246</sup>. Não é difícil concluir que, pelo entendimento esposado quanto às diferenças e relações entre o direito público e o direito privado e o papel a ser desempenhado pela Constituição, com a necessidade da afirmação da autonomia do direito privado, consideramos a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais como a mais adequada.

### 10.3.2 A possível e limitada eficácia do princípio da igualdade nas redes contratuais

---

regras colidentes”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>243</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 66 e ss.

<sup>244</sup> Esse raciocínio jurídico foi expressamente reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso em que uma filha ajuizou ação contra a mãe para saber quem era o seu pai biológico com base no direito fundamental ao desenvolvimento de sua personalidade (art. 2º, n. 1, da Lei Fundamental alemã). O Tribunal anulou a sentença não pelo resultado a que chegou – reconhecimento do direito da filha -, mas pela ausência de fundamentação no sentido de se ponderar as razões da negativa da mãe em identificar o pai biológico quanto às questões jurídicas e fáticas próprias do direito privado que poderiam dar guarida à negativa. O caso é citado e comentado por CANARIS, *op. cit.*, p. 91-93.

<sup>245</sup> CANARIS, *op. cit.*, p. 73-75.

<sup>246</sup> Tanto é assim que se admite que, no caso do pedido da filha contra a mãe para a identificação do pai biológico, antes comentado, a sentença anulada pelo Tribunal Constitucional possa, ao ser refeita, chegar ao mesmo resultado inicial, desde que utilize uma fundamentação adequada à transposição mediata de direitos fundamentais na relação entre particulares. Segundo CANARIS: “Resta, apenas, sublinhar que o tribunal *a quo* poderá, numa nova decisão, chegar outra vez ao mesmo resultado, tendo simplesmente as considerações decisivas para tal – possivelmente até, em grande medida, com o mesmo conteúdo – de situar-se ao nível do direito civil em vez de ao nível constitucional”. *Op. cit.*, p. 92-93.

No que tange à transposição dos direitos fundamentais ao direito contratual, objeto do presente estudo, discute-se a aplicação do princípio da igualdade no tratamento a ser conferido pelo produtor aos distribuidores que lhe estejam vinculados por meio de contratos de distribuição ligados em rede. O princípio da igualdade, assim, poderia, em tese, ser exigido pelos distribuidores quanto ao preço a ser fixado pelo produtor em cada contrato de distribuição pactuado em condições similares em uma rede contratual (cap. 6). Trata-se, portanto, de alargada tentativa de aplicação do princípio da igualdade previsto como direito fundamental a uma relação contratual entre empresários, ou seja, em que se tem menor proteção estatal e invasão da esfera de liberdade (autonomia privada) exercida pelas partes, conforme *standard* empresarial defendido na primeira parte do trabalho (cap. 2.3).

Antes, contudo, de se adentrar na ponderação do princípio da igualdade no âmbito do direito contratual, é preciso estudar o campo de incidência da norma de direito fundamental para verificar se tem aptidão para fornecer a específica proteção solicitada pelo particular; no caso, a proteção a distribuidores que estariam em posição de dependência econômica perante o produtor, numa circunstância fático-jurídica de rede contratual, e, assim, demandariam proteção no que tange à fixação unilateral do preço pelo produtor por meio da exigência de um tratamento igualitário. Mesmo a tese da eficácia imediata *prima facie* de SARLET, que é uma tese mais equilibrada que a da simples eficácia imediata, exige a análise do objeto e do âmbito de proteção da norma do direito fundamental para que seja analisada a sua possível extensão: que casos concretos tem aptidão para incidir de forma protetiva. CANARIS exige que “(...) ainda antes da questão da existência de um imperativo de tutela, se comprove a aplicabilidade da hipótese normativa do direito fundamental em causa”<sup>247</sup>, delimitando-se, assim, a extensão da norma, podendo-se concluir pela ausência de proteção nos termos em que reclamada pelo particular antes de se adentrar, apressadamente, partindo da pressuposição de sua aplicabilidade, a uma ponderação com outras regras e princípios ao nível do direito privado.

Da análise dos dispositivos constitucionais que mais diretamente incorporam o princípio da igualdade (os acima arrolados art. 3º, incisos III e IV, art. 5º, *caput* e incisos I, VIII, XLI, XLII, art. 7º, incisos XXX e XXXI), tem-se que a preocupação de proteção do

---

<sup>247</sup> *Op. cit.*, p. 105. CANARIS critica o que chama de “hipertrofia ponderativa”.

tratamento igualitário se dirige contra discriminações que tenham como critérios a origem, a raça, o sexo, a cor, a idade, o estado civil, a crença religiosa, a convicção filosófica e política e a situação de deficiência física da pessoa humana. O âmbito de proteção das normas constitucionais que proíbem a discriminação é claramente o de vedar atitudes discriminatórias que tenham como motivação elementos ligados à *personalidade* da pessoa humana. Em estudo sobre o tema, Jorge Cesa Ferreira da SILVA analisa o fundamento das normas constitucionais antidiscriminatórias, numa perspectiva individualista, no mesmo sentido do aqui exposto: “Parte-se da compreensão de que a discriminação limita injustificadamente o exercício de direitos individuais, atinge direitos de personalidade e, assim, ataca a dignidade humana dos discriminados”<sup>248</sup>. Daqui se extrai, conforme bem coloca SILVA, uma “relativa proibição de diferenciação com base em determinados critérios”<sup>249</sup>, ou seja, um dever de não discriminação com base nos critérios antes delineados relativos a características ligadas à personalidade que, de todo modo, necessita da mediação ponderativa ao plano do direito contratual para ser aplicável, já que normas jurídicas de direito contratual e circunstâncias fáticas específicas poderão afastar a aplicação desse dever em uma relação contratual concreta. De todo modo, chega-se a uma primeira conclusão no sentido de que essa proteção constitucional contra a desigualdade, no que tange aos específicos critérios eleitos pela Constituição, é de todo *imprópria* para ser invocada pelos distribuidores diante do produtor organizador da rede contratual, suporte fático que não é objeto da hipótese normativa constitucional.

De outra parte, tem-se ainda previsto constitucionalmente, no *caput* do art. 5º, o princípio da igualdade em termos gerais, ou seja, sem a proibição de desigualdade atrelada a critérios específicos (raça, sexo, crença religiosa, entre outros). Dada a peculiaridade conceitual do princípio da igualdade, que possui um conteúdo material incompleto, dependendo da interação com outras normas que definam as finalidades a serem alcançadas, o seu campo de incidência é bem maior, podendo, em tese, alcançar o direito contratual. O conteúdo do princípio da igualdade será analisado mais detidamente no capítulo que segue. Por ora basta dizer que vincula imediatamente o Estado no tratamento dos cidadãos, seja na elaboração das leis, sendo essa sua principal repercussão eficaz, seja na atividade administrativa desempenhada pelo Estado, que é o reflexo da execução das leis, seja, a

---

<sup>248</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 394.

<sup>249</sup> Idem, p. 395.

*posteriori*, no controle das leis elaboradas e dos atos administrativos, tarefa desempenhada pelo Estado-juiz. O princípio da igualdade é um dos pilares do Estado de Direito, na medida em que se garante aos cidadãos uma distribuição igualitária dos ônus e dos bônus que se recolhem em uma sociedade, superando-se um Estado de privilégios de classe, origem, etnia, casta, corporação ou outros critérios absolutamente inadequados com a busca do bem comum.

O que se pode argumentar é que, na medida em que há disparidade de forças entre o produtor organizador da rede e os distribuidores a ele vinculados contratualmente, tem-se a situação própria, retomando a lição de HESSE, para que a autonomia privada ceda espaço à incidência de princípios protetivos de direito público – e a igualdade é, de fato, princípio tipicamente de direito público – na relação jurídica entre privados (cap. 10.1.1.1). De fato, ainda que se possa considerar o momento da celebração do contrato (equilíbrio inicial, momento estático) pelos distribuidores como de livre exercício da autonomia privada, já que a vinculação a uma rede de distribuição traz uma série de vantagens ao distribuidor (marca e suporte do produtor, como visto), mais delicado é o momento da execução do contrato (equilíbrio posterior, momento dinâmico, cap. 7.2) em que o produtor detém uma potestade quanto à determinação do preço de venda aos seus distribuidores organizados em rede. Aqui retoma-se a idéia, própria ao Estado, de distribuir os ônus e os bônus criados no ambiente da rede de forma justa, *em que a igualdade se insere como medida de justiça nessa distribuição*. Por certo que a aplicação do princípio da igualdade de forma alguma é imediata, devendo ser mediada por um princípio limitativo da autonomia privada, como a boa-fé objetiva.

O que se discute é se eventual reclamo dos distribuidores em rede de receber um tratamento equitativo no que tange à fixação do preço pode estar fundamentado, ainda que mediadamente, no princípio da igualdade. Aqui é preciso ponderar algumas questões. Primeira, o princípio da igualdade é princípio tipicamente de direito público, que vincula imediata e intensamente o Estado na sua relação com o particular. Não há no direito contratual brasileiro o princípio da igualdade, especialmente em se tratando de contratos interempresariais, em que o princípio da autonomia privada é juridicamente reforçado<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Segundo Jorge Cesa Ferreira da SILVA: “Por outro lado, também de encontra fora de dúvida que uma proteção absoluta contra discriminação, no âmbito do Direito Privado, significaria um ataque frontal e desarrazoado à autonomia privada, atingindo-se com isso não só direitos de igual hierarquia, como também o respeito à separação entre as esferas públicas e privada referida por Hannah Arendt”. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro, *cit.*, p. 390. Quanto aos princípios do direito contratual: LOPEZ,

Segunda, não é porque há disparidade de poder econômico entre os contratantes que está autorizada a transposição de princípios protetivos constitucionais na relação de direito privado<sup>251</sup>. A terceira questão diz respeito ao fato de já haver proteção suficiente aos distribuidores no âmbito do direito ordinário. Com efeito, atua na limitação do princípio da autonomia privada o princípio da boa-fé objetiva, que tem como um dos valores a ser promovido a *lealdade* nas relações contratuais, por meio do qual pode-se chegar a uma eficiente proteção do distribuidor quanto ao preço a ser fixado pelo produtor para a sua rede de distribuição (que será objeto do cap. 11). Além disso, ainda no âmbito do direito ordinário, incide, em algumas hipóteses, o direito concorrencial a fornecer proteção aos distribuidores quanto à indevida discriminação de preços pelo produtor (objeto do capítulo que segue). Assim, o direito ordinário possui um cabedal normativo que confere ao distribuidor suficiente proteção diante do produtor a que seja economicamente dependente, razão pela qual não se mostra necessário o recurso ao princípio da igualdade presente na Constituição.

De todo modo, contudo, não se pode negar a admissibilidade de alguma eficácia do princípio da igualdade na específica e peculiar situação de dependência econômica dos membros da rede de distribuição quanto ao exercício, pelo produtor, da potestade que possui na determinação do preço, por meio da sua aplicação mediada pelo princípio da boa-fé. Pode-se concluir no sentido de se tratar de fundamento fraco, que serve ao desenvolvimento do princípio da boa-fé na limitação do exercício de direitos. Não é fundamento suficiente, nem sequer principal. *É fundamento meramente secundário que se agrega na construção de sentido do princípio da boa-fé.*

Ainda que se afaste a aplicação do princípio da igualdade no direito contratual, limitando a sua eficácia na hipótese contratual específica das redes de distribuição por meio

---

Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Wanderley Fernandes (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw), p. 3-74; e NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>251</sup> Ainda que se refira à limitação da eficácia direta dos direitos fundamentais nessa hipótese, que afastamos de início, vale a ponderação de SARLET a respeito: “Com relação ao critério do exercício de poder social, por exemplo, verifica-se a assimilação, por parte da doutrina brasileira, da tese de que a assimetria das relações gerada pela presença de um ator social (privado) poderoso não constitui critério determinante da eficácia direta dos direitos fundamentais. O maior ou menor desequilíbrio objetivamente aferível nas relações entre particulares serve em geral como critério justificador da maior ou menor necessidade de efetivar os deveres de proteção do Estado, viabilizando eventual restrição (sempre proporcional!) da autonomia privada do ator social “poderoso” em benefício da parte mais frágil da relação, com o escopo de assegurar a manutenção (não meramente formal) do equilíbrio entre as partes, quando efetivamente rompido ou ameaçado”. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro, *cit.*, p. 134-135.

da construção de sentido do princípio da boa-fé, pode-se aproveitar o estudo do seu conceito realizado pelos publicistas, de forma a se aproveitar o *conteúdo operativo* da igualdade no estabelecimento de distinções válidas entre contratantes ligados em rede.

#### **10.4 O conceito de igualdade desenvolvido pelo direito público e a possibilidade do seu aproveitamento pelo direito privado**

Encontra-se na doutrina publicista o desenvolvimento mais apurado do conteúdo do princípio da igualdade, justamente por se tratar de um princípio tipicamente de Direito público que vincula diretamente o Estado, especialmente o Estado-legislador, mas também os atos emanados da Administração Pública e as decisões judiciais, que devem zelar pela observância do princípio da igualdade, conferindo ou afastando direitos em razão desse princípio. Com as devidas adaptações, pode-se aproveitar o *conceito* de igualdade desenvolvido pela doutrina publicista para a sua aplicação ao direito privado contratual, já que o seu entendimento em termos analíticos permitirá analisar com mais propriedade as circunstâncias que possam validamente diferenciar duas situações para fins de justificativa de tratamento desigual. Esse manancial teórico será utilizado para diferenciar validamente a situação de dois contratos de distribuição em rede que justifique a fixação diferenciada de preços pelo produtor (objeto do cap. 12, *infra*).

Encontramos na obra de Humberto ÁVILA o estudo mais bem acabado do conceito de igualdade em termos analíticos, segregando os seus elementos constitutivos e indicando a forma de aplicação<sup>252</sup>. Explica ÁVILA que “Não importa apenas saber se as pessoas *são* ou *não são* iguais (igualdade descritiva). É preciso saber, também, se as pessoas *devem* ou *não devem* ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva)”<sup>253</sup>. A missão do direito é justamente revelar a igualdade em termos prescritivos. De fato, o clássico adágio de que a igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam é incompleto em seu conteúdo: permite, por exemplo, que seja feita uma lei que disponha que somente os homens jovens tenham direito a pagar metade do valor da passagem de ônibus. Dado que as mulheres são diferentes dos homens e os homens jovens são diferentes dos homens adultos e velhos, a lei estaria desigualando validamente pessoas desiguais. Daí a necessidade do desenvolvimento do conceito de igualdade – para que seja

---

<sup>252</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 42.

possível o controle de sua validade jurídica – a partir da verificação (i) da finalidade a ser buscada pela norma que institui a desigualdade entre as pessoas, (ii) o critério de desigualação eleito e (iii) os sinais distintivos que atendam aos critérios de desigualação. No exemplo dado, a finalidade buscada pela norma não passa pelo controle constitucional, já que a Constituição protege as pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade social, como os velhos, estudantes ou deficientes; o critério de desigualação, com base no sexo, é inválido, pois para fins de concessão de redução da passagem de ônibus não interessa o sexo da pessoa, mas critérios que apontem a sua situação de vulnerabilidade social (idade, deficiência física, estar estudando); os sinais distintivos devem corresponder aos critérios de desigualação (possuir 65 anos ou mais, ser portador de qualquer deficiência ou de algumas deficiências específicas definidas na norma, ser estudante até o Ensino Médio e não acadêmico universitário, por exemplo). Assim, define ÁVILA a igualdade como uma *relação*, é um conceito relacional, portanto, nos seguintes termos: “A igualdade pode, portanto, ser definida como sendo a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade”<sup>254</sup>.

A válida realização do princípio da igualdade exige, pois, segundo ÁVILA, que haja uma *relação fundada e conjugada* do critério de desigualação (que chama de medida de comparação) com a finalidade a ser alcançada pela norma. Relação fundada quer significar *pertinente, relevante, congruente*, na medida em que o critério de desigualação contribua efetivamente para o alcance da finalidade a partir de *dados empíricos* que assim demonstrem que isso normalmente ocorre. Relação conjugada significa aferir se, entre os critérios de desigualação disponíveis, o escolhido é o que realiza mais proximamente a finalidade<sup>255</sup>. Trata-se de um segundo estágio de verificação da relação entre a finalidade e o critério de desigualação bem mais rígido, pois exige que se defina o melhor critério dentre os disponíveis.

Exige, da mesma forma, que essa relação fundada e conjugada exista entre o critério de desigualação e os elementos indicativos ou sinais distintivos: é preciso que os elementos indicativos sirvam validamente para diferenciar situações dentro de um mesmo critério de desigualação que sejam próprias para o atingimento da finalidade buscada com a

---

<sup>254</sup> *Op. cit.*, p. 42.

<sup>255</sup> *Idem*, p. 61.

desigualação. Assim, para uma norma que institua cotas de ingresso na universidade com a única finalidade de promover a inserção das pessoas de cor negra, não se pode eleger como elemento indicativo a renda (somente cabível se a finalidade social estivesse presente na norma) ou, em um absurdo, que se considere as pessoas de cor amarela como beneficiárias das cotas.

A adaptação ao uso operativo da igualdade no direito privado contratual, segundo entendemos, exige duas adaptações. A primeira delas é que, no direito privado, nos casos de concretização de princípios, em que se exija o tratamento igualitário de um particular em relação a outros dois particulares com quem tenha contratado, as finalidades não são postas de forma expressa pelo princípio a exigir o tratamento igualitário, devendo ser construídas e haver controle sobre a definição dessas finalidades. Isso não ocorre no direito público, em que as finalidades são sempre dadas, expressa ou implicitamente, pelas normas e estão sujeitas ao controle da Constituição.

A segunda adaptação é o que o direito privado não exige que a relação entre finalidade e critério de desigualação e entre critério e elemento distintivo seja conjugada. Basta que seja fundada, ou seja, que o critério tenha congruência com a finalidade, sirva efetivamente para alcançá-la. Não precisa ser o melhor critério, nem um único critério. Isso porque o princípio da igualdade, como visto, não é princípio próprio do direito contratual, pelo que a sua realização, de regra, não é exigida no direito contratual. Segundo porque a relação entre particulares possui múltiplas variáveis econômicas, o que não ocorre na relação de direito público, que podem ser tidas como relevantes na desigualação de situações contratuais. Em terceiro lugar, o direito privado é mais flexível, fluido, aberto, que o direito público nesse aspecto, admitindo de forma mais ampla múltiplos critérios de desigualação, desde que todos eles tenham relação de pertinência com a finalidade a ser posta pelos critérios próprios do direito contratual e do princípio com que se esteja lidando; na espécie, com a construção de sentido do princípio da boa-fé (cap. 12).

A igualdade, pois, não define qual a finalidade a ser buscada; a finalidade é dada por uma outra norma (no direito público, muitas das finalidades são estatuídas pela Constituição) com a qual a igualdade se conxiona intimamente para orientar, com base nos elementos e espécies de relações estudadas, as distinções a serem promovidas pela norma com conteúdo material. Daí dizer ÁVILA que a igualdade é uma norma formal, porque estrutural,

na medida em que depende de outras normas materiais que lhe informem a finalidade a ser alcançada e, por vezes, possam vedar alguns critérios de desigualação (como ocorre com as normas constitucionais que vedam a discriminação em razão de raça, sexo, origem, entre outros, como visto). É, assim, “uma norma que está *ao lado de todas as outras*, porque busca nelas o fundamento para as medidas de comparação e as finalidades indispensáveis ao seu funcionamento (...)”<sup>256</sup>.

Entendemos que a igualdade também pode ter conteúdo material próprio na medida em que proíba qualquer desigualação independentemente de qualquer medida de comparação. Pode-se chamar de igualdade em *termos absolutos* ou de *uniformidade*: a uniformidade exige um único tratamento às pessoas que sejam destinatárias da norma, independentemente de medida de comparação. A uniformidade pode ser definida como espécie dentro do gênero igualdade: é uma das possíveis realizações da igualdade, em circunstâncias específicas, devidamente justificadas, em que se proíbe qualquer tratamento diferenciado entre os sujeitos. É o que poderá ocorrer com as normas antitruste ao vedar a discriminação de preços como forma de garantir melhor concorrência entre as partes: independentemente de fatores que possam justificar um preço mais baixo a um adquirente em relação ao outro, exige-se uniformidade na fixação do preço, o que será tratado no capítulo que segue.

Cumpramos frisar que não estamos importando o princípio da igualdade para o direito contratual, apenas extraíndo o conceito de igualdade que será válido para a orientação da validade de critérios de desigualação entre duas situações contratuais na medida em que uma norma de direito contratual exija o tratamento igualitário entre os membros da rede quanto à fixação do preço, o que será objeto de análise própria adiante (cap. 11 e 12). Sob esse enfoque podemos dizer “operativo” da igualdade, também é possível afirmar ela se põe *ao lado da* norma de direito contratual que eventualmente exija tratamento igualitário em circunstâncias específicas.

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 144.

## 11. A vedação à discriminação de preços no direito concorrencial

Diferentemente do direito constitucional, o direito concorrencial, em termos mais concretos e imediatamente aplicáveis, faz uso da igualdade como meio de proteção da concorrência na medida em que venha a proteger as pequenas empresas de uma prática discriminatória de preços que possa levar a sua exclusão do mercado. A incidência das normas de direito concorrencial sobre as estipulações contratuais já foi suficientemente abordada (cap. 5.6.2). A incidência é clara a ponto de haver um dispositivo legal que expressamente permite aos particulares recorrer aos juízos cíveis para a defesa de um interesse individual em razão da violação de uma norma concorrencial (art. 29 da Lei nº 8.884/94). O direito norte-americano sequer discute essa questão. No direito europeu, há obras que estudam os contratos de distribuição exclusivamente sob a ótica da incidência das regras concorrenciais<sup>257</sup>. A vedação à discriminação de preços estabelecidos por um vendedor aos seus adquirentes consta expressamente no inciso XII do art. 21, da Lei nº 8.884/94, sendo prática vedada na medida em que produza um dos efeitos anticoncorrenciais listados no art. 20. A aplicação da lei antitruste não é simples; envolve o estudo dos efeitos da prática do ato, do mercado em que inserido os contratantes e do mercado do produto que está sendo comercializado. Dado não haver muitos estudos que abordem especificamente as condições de aplicação da norma que veda a discriminação de preços no direito brasileiro, aliado ao fato de a jurisprudência do CADE não ser pródiga nesse tema, necessário fazer uma incursão ao direito norte-americano para fins de estudo comparado. De fato, o direito norte-americano é especialmente rico no tema em razão da edição de um “act” para tratar especificamente da discriminação do preço, o Robinson-Patman Act, de 1936, que gerou grande controvérsia doutrinária e disputa jurisprudencial a respeito dos requisitos da sua aplicação.

Em geral, as regras antitruste tratam da posição de um produtor ou fornecedor diante dos seus adquirentes, quaisquer que sejam, independentemente do fato de estarem ligados contratualmente em rede. Por certo, se há exigência de tratamento igualitário na fixação de preços para contratantes que não estejam vinculados em rede, a exigência é ainda maior no ambiente intrarede. Esse ponto, contudo, suscita uma segunda indagação: saber se o

---

<sup>257</sup> Referimos: KORAH, Valentine; ROTHNIE, Warwick A. *Exclusive distribution and the EEC competition rules*. 2ª ed. London: Sweet & Maxwell, 1992, GOYDER, Joanna. *EU Distribution Law*. 3ª ed. Bembridge: Palladian Law Publishing, 2000.

direito concorrencial, que a princípio veda a discriminação de preços entre os diversos adquirentes, admite que haja justamente uma diferenciação no preço que o produtor fixe para os membros de sua rede de distribuição (considerado um preço uniforme para a rede) e os adquirentes de fora da rede. O objetivo do capítulo será alcançado se puder responder, no seu curso, a quatro questões: (i) a vedação à discriminação de preço está ligada a que efeito anticoncorrencial?, (ii) quais os requisitos para a existência do ilícito?, (iii) quais os argumentos para a defesa, ou seja, quais as excludentes de ilicitude? e (iv) concludentemente, se o produtor pode fixar um preço diferenciado para a rede e para os adquirentes de fora da rede?

## **11.1 A vedação à discriminação de preço no direito concorrencial norte-americano**

### 11.1.1 O Robinson-Patman Act

O Robinson-Patman Act – RPA foi editado para atender ao reclamo das pequenas empresas que não conseguiam competir em igualdade mínima de condições com as grandes empresas diante da diferença de preços praticada entre ambas por um mesmo vendedor. Trata-se de ato normativo que regula de modo bastante concreto as hipóteses em que a discriminação de preço é vedada, as possibilidades de defesa, o ônus probatório e os responsáveis pelo ilícito. Foi aclamada no Congresso americano como a “Magna Carta das Pequenas Empresas”<sup>258</sup>. Foi promulgado em 1936 como uma emenda aos artigos 2(a)-(f) do Clayton Act de 1914. Essa alteração legislativa foi incorporada ao U.S. Code, no Título 15, Capítulo 1, § 13 (a)-(f), além dos §§ 13a, 13b e 21a (<sup>259</sup>). Ou seja, ao passo que uma vedação da mesma espécie somente foi incorporada ao ordenamento brasileiro em 1962, ela vige nos E.U. desde 1936, tendo sido regulada com muito mais densidade normativa, o que não deixa de surpreender para um país de “common law”, sendo algumas das razões pelas quais o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do tema é bem maior que no direito brasileiro<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> Segundo informam: KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. The Robinson-Patman act: a look backwards; a view forward. *The Antitrust Bulletin*, 31, fall 1986, p. 571.

<sup>259</sup> A versão eletrônica do U.S. Code, uma espécie de compilação de toda a legislação vigente nos E.U., foi consultada no Legal Information Institute da Cornell University Law School. Disponível em <[http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc\\_sup\\_01\\_15\\_10\\_1.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_1.html)>, acesso em 12.02.2011.

<sup>260</sup> O ilícito estava previsto no inciso da Lei nº 4.137/62, tendo sido recepcionado no inciso XII, art. 21, da Lei nº 8.884/94, atualmente em vigor, como dito.

O act norte-americano dispõe ser ilícita uma discriminação de preço que corresponda a uma injustificada seleção de compradores associada aos seguintes efeitos anticompetitivos: (i) “(...) where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or [ii] tend to create a monopoly in any line of commerce, or [iii] to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or [iv] with customers of either of them”. Assim, o “act” associa a discriminação de preço aos efeitos anticompetitivos que elenca, como a redução substancial da competição e a tendência a que a diferenciação de preço possa conduzir a uma situação de monopólio pelas empresas favorecidas com preços menores.

A primeira questão é saber qual a *extensão da proteção* que a lei confere quando dispõe como efeito caracterizador do ilícito a redução substancial, o prejuízo, ou a destruição da competição. Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência separam prejuízos concorrenciais em duas linhas: a primeira linha (“primary line injury”) é a linha em que atua o comprador prejudicado com um preço maior que o comprador concorrente, em geral esses compradores são distribuidores; a segunda linha (“secondary line injury”) é a linha do mercado em que atuam esses distribuidores, ou seja, o mercado de consumo, em que vai se aferir a reação dos consumidores dos distribuidores diante da diferença de preços que possam vir a praticar, ou seja, vai-se medir a perda de mercado dos distribuidores discriminados no preço<sup>261</sup>.

A segunda questão importante é a *extensão da prova* da redução da competição. Aqui se discute se: (i) é suficiente a mera possibilidade de que haja uma substancial redução da concorrência, em um juízo de “razoável possibilidade” ou de “razoável probabilidade”, conforme oscila a jurisprudência, diante da prova de indevida diferenciação de preço pelo uso do verbo “may” pelo RPA; ou (ii) é necessário que haja prova do efetivo dano concorrencial ao distribuidor, seja o dano de primeira linha, provando-se que o preço de revenda do distribuidor concorrente foi substancialmente reduzido, seja o dano de segunda linha, provando-se que, de fato, perdeu mercado para o seu concorrente.

---

<sup>261</sup> Realça essa distinção e a trabalha na jurisprudência norte-americana o competente ensaio de CLARK, Donald S. The Robinson-Patman Act: Annual Update. Discurso proferido no “Robinson-Patman Act Committee Section of Antitrust Law, Forty-Sixth Annual Spring Meeting, FTC, april, 1998. Disponível em <[http://www.ftc.gov/speeches/other/spring98.shtm#N\\_10\\_>](http://www.ftc.gov/speeches/other/spring98.shtm#N_10_>), acesso em 12.02.2011.

Essas diferentes aplicações do RPA (mais ampla, em que se tem o que os norte-americanos chamam de um “low standard” de conduta anticoncorrencial, ou mais restrita da lei, em que o padrão de conduta anticoncorrencial é mais elevado) vão ser orientadas pela identificação da *finalidade* a ser perseguida pelo direito antitruste em geral e pelo RPA em específico. Nesse ponto reside a disputa mais acirrada na doutrina e oscila a jurisprudência, como será visto.

A lei admite a diferenciação de preços que esteja fundada em “(...) differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered”. Ou seja, a *redução de custos* com a produção, a venda e a entrega para certos adquirentes permite uma redução no preço de venda a ser fixado pelo vendedor. Corretamente conclui CLARK, à época Secretário do Federal Trade Commission - FTC, agência norte-americana responsável por zelar pela observância do direito antitruste norte-americano, que “If properly interpreted, this exception can ensure that the Act prohibits only price differences that are discriminatory in an economic sense”<sup>262</sup>. Um dos principais elementos econômicos da redução de preço é a quantidade de mercadorias adquiridas. Ocorre que se a quantidade sempre for considerada como justificativa para a diferenciação de preços, as grandes empresas continuarão a gozar dessa vantagem competitiva, já que obviamente compram mais que as pequenas empresas, de modo a frustrar o objetivo do Robinson-patman Act. Para contornar essa dificuldade, a lei mesmo prevê que o FTC estabeleça, após investigação, para mercados específicos, limites quantitativos para que seja fornecido o desconto, se o órgão constatar que atuam no mercado umas poucas empresas que tenham condições de adquirir um grande volume de produtos e, assim, angariar descontos substanciais que tendam a uma situação de monopólio ou de injusta discriminação de preços. A lei pretende que haja um quantitativo máximo, razoável e acessível a um bom número de empresas que, de forma equitativa, possa justificar proporcionais diferenças de preço. Após esse limite quantitativo, os vendedores estariam proibidos de fornecer descontos, justamente porque tais descontos seriam acessíveis somente a uma pequena parcela dos adquirentes, justamente as grandes empresas que continuariam a usufruir das vantagens anticompetitivas com a aquisição de produtos a um preço significativamente menor que as demais<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> CLARK, Donald S. *Op. cit.*

<sup>263</sup> Nos termos da lei: “Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to

A lei proíbe não apenas a diferenciação *direta* de preços entre adquirentes, em que se inclui, por certo, o desconto, como também uma diferenciação *indireta* de preços por meio do oferecimento de serviços e facilidades ligados ao processo de venda e revenda das mercadorias entre produtor e distribuidores, o que está regulado no § 13(e)<sup>264</sup>. Assim, por exemplo, estariam contempladas, nessa segunda hipótese, a concessão de prazo mais alongado para pagamento, de menores taxas de juros remuneratórios, quando cobrados, da aceitação de formas diferenciadas de pagamento, como o uso de cartão de crédito ou mesmo títulos de crédito (notas promissórias de terceiros, ações, debêntures, entre outros), o oferecimento de serviço de entrega do produto sem custo para o adquirente, ou, ainda, o oferecimento de serviços de promoção de venda, como a realização de atividades de marketing junto a certos distribuidores, a participação de distribuidores em sorteios de prêmios bancados pelos produtores, a realização de eventos de promoção junto a certos distribuidores, como o convite a artistas, esportistas e formadores de opinião em geral a participarem desses eventos. Nesse ponto, abre a lei uma defesa específica, consistente no fato de ser possível tais diferenciações indiretas de preço desde que oferecidas a todos os distribuidores em condições proporcionais de igualdade; a lei usa a expressão “on proportionally equal terms”. É uma permissão em termos abertos, que depende de fundamentado preenchimento normativo. Aqui se insere a problemática do tratamento diferenciado dos distribuidores que estejam em rede e dos demais distribuidores independentes que adquiram produtos de um mesmo produtor, a ser tratada adiante.

Quanto ao ônus da prova, dispõe o “act” que o reclamante deve provar a diferenciação de preço que possa configurar *prima facie* um ilícito concorrencial, transferindo ao reclamado o ônus de ilidir a existência de uma discriminação indevida, por meio de prova robusta de que a diferenciação de preço está amparada em uma justificação legalmente

---

particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established.”

<sup>264</sup> § 13(e) “It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.”

admitida, conforme dispõe o § 13(b)<sup>265</sup>. Ou seja, a carga probatória maior recai sobre o reclamado, o agente que diferenciou os preços. Ainda a lei considera responsável pelo ilícito não somente o agente que praticou preços discriminatórios, como também os adquirentes que induziram ou receberam o benefício de um preço sabidamente discriminatório: a finalidade da lei é punir as grandes empresas com poder de mercado (“buyer’s power”) suficiente a forçar os produtores a praticarem um preço mais vantajoso em relação aos seus concorrentes<sup>266</sup>.

No que tange as defesas eleitas pelo Robinson-Patman Act, ou seja, as situações que possam validamente justificar a diferenciação de preços e, assim, afastar a caracterização do ilícito, além das já mencionadas diferenças econômicas que tragam uma redução de custos ao vendedor, podem ser assim agrupadas as demais: (i) a admissão de diferenciação de preço para o vendedor que selecione os seus adquirentes em “bona fide transactions and not in restraint of trade”, previsão normativamente aberta constante no mesmo § 13(a); (ii) a possibilidade de diferenciação de preço em razão de mudanças nas condições próprias da negociabilidade de certos produtos, tais como o perecimento de gêneros alimentícios, a obsolescência dos produtos, a chamada “queima de estoque” e as vendas antes do fechamento de uma loja (“limpa” de produtos), também previsto no § 13(a); (iii) é permitido ao vendedor que estabeleça um preço que acompanhe a redução de preço de um concorrente em atuação em um determinado mercado, o que é conhecido como “meeting competition defense”<sup>267</sup>, o que está previsto no § 13(b); (iv) a possibilidade de oferecimento de descontos ou condições negociais favoráveis, desde que sejam oferecidos a todos os compradores “on proportionally equal terms”, como visto.

### 11.1.2 As finalidades do direito antitruste norte-americano e a crítica da doutrina

A crítica da doutrina ao RPA diz respeito à sua dissociação com as finalidades do direito antitruste norte-americano, com a sua excessiva restrição à liberdade das partes e pelo fato de a diferenciação de preço não ser prejudicial à concorrência, antes um elemento

---

<sup>265</sup> “Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination (...)”.

<sup>266</sup> É o que dispõe o § 13(f): “It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section”.

<sup>267</sup> Extraí-se da lição de CLARK que: “The essential principle is that firms should be able to lower their prices, in order to match the prices of their rivals, without violating section 2(a)”. *Op. cit.*, s/ página.

natural da concorrência, sendo pouco produtora pretender considerá-la um ilícito quando se tratar de diferenciação indevida, ou seja, de discriminação de preço<sup>268</sup>.

No que tange à finalidade do RPA, o histórico de sua aprovação no Congresso americano aponta para uma preocupação em preservar a permanência no mercado das pequenas e médias empresas, que não conseguiriam se manter diante das grandes se não lhes fosse franqueado um sistema protetivo no que tange à discriminação de preços. O preço seria o grande fiel da balança da competição entre as empresas que adquirem de um mesmo produtor (*competição intramarca*). O preço é visto como o *elemento determinante* da sorte de uma empresa que atua na distribuição e, portanto, deve ser o objeto próprio de uma legislação que pretenda garantir a sobrevivência dessas empresas. A preocupação, pois, é com o poder exercido pelos grandes distribuidores em obter dos produtores preços ou condições de compra amplamente vantajosos em relação aos praticados com os distribuidores sem poder de barganha. A *ratio* fundante é que a preservação de um maior número de empresas em concorrência no mercado é melhor que o controle do mercado por algumas poucas e grandes empresas. A preservação de pequenas e médias empresas é vista como um *meio adequado* para se atingir um mercado concorrencial mais aberto em que se tenha, indiretamente e mesmo no longo prazo, benefícios ao consumidor em termos de opção, preço e qualidade. Essa é a primeira e mais candente finalidade do RPA.

Pode-se inferir, além dela, em razão dos termos abrangentes da lei, uma segunda finalidade: a de evitar a eliminação da concorrência no plano da *competição entremarcas* por meio da fixação de preços seletivamente diferenciados aos clientes do concorrente com o objetivo de conquistar injustamente mercado. É o que aconteceu, por exemplo, no caso *Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corp.*, que será analisado adiante, em que ambos os litigantes são produtores de cigarros (competição entre marcas na linha da produção). Brooke acusou Brown de praticar preços discriminatórios em relação aos distribuidores que adquiriam os seus cigarros, em conduta que tem como objetivo excluí-lo injustamente do mercado. Quer dizer, não se trata da análise do prejuízo direto causado aos distribuidores discriminados pelo preço praticado por um mesmo produtor (concorrência intramarca no plano da distribuição) e, assim, à concorrência nessa linha do mercado, mas do prejuízo indireto que a discriminação possa provocar ao concorrente do

---

<sup>268</sup> Para um apanhado geral sobre as críticas e as defesas do RPA, ver: KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. The Robinson-Patman act: a look backwards; a view forward. *The Antitrust Bulletin*, 31, fall 1986, p. 571-609.

produtor que a prática em relação aos clientes desse concorrente e os seus clientes tradicionais. O produtor discrimina preços para conquistar injustamente os clientes do outro produtor seu concorrente. Essa finalidade pode ser inferida dos termos amplos do RPA quando dispõe que é vedada a discriminação que “tend to create a monopoly in any line of commerce” e quando utiliza a expressão, ao final do § 13(a) “(...) or with customers of either of them” (grifou-se).

A crítica assinala que o RPA serve para a proteção dos interesses dos competidores e não da competição, sendo esse, pois, um desvio grave das típicas finalidades do direito antitruste. A própria jurisprudência, em muitos casos, assinala que a finalidade da lei é a proteção dos competidores ao lado da proteção da competição e deve, assim, ser aplicada, de modo que a prova de que a discriminação não tenha prejudicado a competição no mercado relevante em que atuam os competidores não é suficiente para afastar o ilícito<sup>269</sup>. Há duas linhas de crítica. A primeira, mais branda, afirma simplesmente que, na aplicação do RPA, deve-se procurar harmonizar, tanto quanto possível, a realização da proteção dos competidores com a realização da concorrência no mercado em que atuam, sendo, pois, necessário um juízo que leve em consideração o grau de afetação do mercado concorrencial em que atuam os distribuidores e não somente o prejuízo individualmente amargado pelos competidores em razão da discriminação de preços<sup>270</sup>. A segunda, mais incisiva, derivada dos doutrinadores filiados à Escola de Chicago, dispõe que a única finalidade do direito antitruste norte-americano deva ser a preservação de um sistema que mantenha as condições necessárias para que as empresas se desenvolvam sob o critério da *eficiência econômica*, que repercuta em benefícios ao consumidor final, o que se entende como um sistema garantidor de “total social wealth”, em que o mercado concorrencial é visto

---

<sup>269</sup> Como no caso *FTC v. Morton Salt Co.*, Supreme Court, a ser comentado em seguida, e no caso *Chroma Lighting v. GTE Products Corp.*, julgado pela Corte do Ninth Circuit, assim comentado por Donald CLARK: “The Court noted that the original version of Section 2(a) -- embodied in the Clayton Act of 1914 -- referred “generally to broad impacts on competition . . . ,” and “addressed only primary-line injury.” By contrast, the Court stated, the Robinson-Patman amendments to Section 2(a) of the Clayton Act -- by adding the “to injure, destroy, or prevent competition” clause -- evinced a “Congressional intent to protect individual competitors, not just market competition, from the effects of price discrimination’.” *Op. cit.*, s/ página.

<sup>270</sup> Alan J. MEESE classifica os doutrinadores que não estejam vinculados à Escola de Chicago como “Populists” (não se sabe até que ponto essa expressão é usada pejorativamente), por entenderem que a lei antitruste pode servir a outras finalidades políticas e sociais que não exclusivamente a garantia da eficiência econômica, sendo a finalidade maior a garantia de um justo e aberto processo competitivo. Segundo o Autor: “Elsewhere to Populists is the act’s legislative history. As the Populists see things, a review of that history demonstrates that Congress intended to protect a *process* of fair and open competition. Even practices that are efficient from the standpoint of the price-theoretic trade-off model, they conclude, might interfere with such a process.” *Price theory and vertical restraints: a misunderstood relation. UCLA Law Review*, n. 45, 1997, p. 155-156.

como um todo, tendo sempre em conta a repercussão de uma prática quanto à qualidade e ao preço com que um produto vá chegar ao consumidor final<sup>271</sup>.

Traduzindo esses diferentes pontos de partida quanto às finalidades do “act” em termos de diferenças práticas na aplicação da norma, tem-se que, para os que defendem que a lei tem uma finalidade primacialmente protetiva dos competidores, basta a prova de danos causados na primeira linha com a discriminação de preços, com a *presunção de que vão se refletir em preços de revenda mais elevados* a “reduzir substancialmente” a competição, conforme termos do RPA.

Para os defensores de uma solução harmonizadora que leve em consideração os efeitos anticompetitivos da discriminação de preços, é necessário prova ou presunção de danos causados na segunda linha a partir da ponderação das circunstâncias do mercado em que atuem os distribuidores. A consideração aos danos de segunda linha, pois, ainda é uma preocupação com a situação dos competidores, dos distribuidores que foram desfavorecidos com uma política discriminatória de preços, porém analisando, com maior rigor, a projeção dessa discriminação no mercado em que atuem, especialmente a prova ou presunção – a depender de uma aplicação mais estrita ou mais ampla da lei antitruste – de que o distribuidor perdeu relevante parcela que ocupava no mercado em razão disso. Nesse ponto, é necessário verificar as condições do mercado de distribuição em que os distribuidores atuem: (i) saber se se trata de um mercado competitivo, aberto, ao nível da produção, ao nível dos vendedores, da *competição entremarcas* nesse nível, na medida em que o distribuidor desfavorecido possa substituir o produtor discriminador, o que vai indicar, ainda, a existência de pressão sobre o produtor na determinação do preço diante da ameaça da perda de mercado para os demais produtores concorrentes; (ii) analisar a competitividade do mercado *ao nível da distribuição*: saber se o grande distribuidor favorecido com a discriminação detém posição relevante nesse mercado de modo a aumentar o seu domínio, situação que o RPA coloca como “tend to create a monopoly”; (iii) verificar, de fato, e não por meras presunções, quais os preços de revenda praticados nesse mercado em comparação com o preço praticado pelo distribuidor desfavorecido. Em síntese, entendemos que, nessa concepção, a chave para a caracterização do ilícito concorrencial é a demonstração, provada ou presuntiva, a depender de uma aplicação mais ou menos rígida da lei, como dito, de que a discriminação de preços *provocou*

---

<sup>271</sup> MEESE, Alan J. *Op. cit.*, p. 154.

*ou tem aptidão a provocar, num juízo de probabilidade, a exclusão do distribuidor discriminado do mercado concorrencial em que atue.*

Por fim, se a defesa for da eficiência econômica do mercado vista sob a ótica dos efeitos produzidos em relação ao mercado consumidor final, vai-se exigir, na verdade, um *abuso* da parte do distribuidor favorecido do desconto que recebera, consistente na redução do seu preço em termos iníquos, o que é revelado somente pela prática de preços predatórios, ou seja, de preços abaixo dos seus custos de distribuição. Ou seja, a exigência de caracterização de uma prática discriminatória reprovável passa a ser bastante alta; o padrão anticoncorrencial é elevado justamente para que não haja indevida interferência no mercado concorrencial naquilo que tem de mais favorável ao consumidor: a disputa de preços. Note-se que, nas concepções anteriores, o injusto é analisado no momento da discriminação de preço pelo produtor; na presente concepção, o injusto é analisado no momento posterior, na iniquidade de seu exercício pelo distribuidor favorecido. Importa que *a discriminação se projete injustamente no mercado consumidor* (podemos dizer que seria um prejuízo de terceira linha), por meio da injusta dominação a ser exercida por empresa com posição dominante que traga, num juízo de forte presunção, prejuízos ao consumidor por força da provável elevação de preços que pratique após a exclusão dos concorrentes.

Os partidários da Escola de Chicago defendem que a aplicação da lei antitruste, quanto às restrições verticais, deve sempre passar pelo teste de uma “rule of reason”, consistente em analisar os efeitos globalmente produzidos pelo ato “prima facie” tido como anticoncorrencial: se os efeitos benéficos em termos globais superarem (“outweight”) os malefícios pontuais, mesmo a eliminação pontual da concorrência, o ato não será reprovável. O critério para a mediação dos benefícios são a maximização do bem-estar do consumidor alcançada por meio da permissão de eficiências econômicas implementadas no mercado (“achievement of efficiencies”)<sup>272</sup>. Parte da premissa de que nem toda a eliminação da concorrência é ilícita, e não deve ser esse o único foco da lei antitruste, podendo decorrer de um processo natural de ganho de mercado por meio da eficiência econômica própria de muitos métodos contratuais (restrições verticais) ou societários (fusões e aquisições) de atuação no mercado.

---

<sup>272</sup> Um dos principais representantes da Escola de Chicago é Robert H. BORK. Nas suas palavras: “It seems clear, nevertheless, that implicit in the approach of the main tradition of the rule of reason is the policy of assisting the economy to maximize wealth (defined as consumer want satisfaction)”. The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division. *The Yale Law Journal*, v. 74, april 1965, n. 5, p. 829.

Assim, há efeitos pró-competitivos decorrentes da diferenciação de preços que deveriam ser preservados e não censurados pelo RPA por refletirem eficiências econômicas existentes no mercado contratual. KINTNER e BAUER citam os seguintes: “(1) selective price reductions, particularly in an oligopolistic market; (2) territorial price reductions to effectuate entry into a new market; and (3) discriminatory price breaks given to compensate purchasers who assume distributive functions or adopt innovative and efficient distribution or retail methods”<sup>273</sup>. Importa aqui a consideração de preços diferenciados aos membros da rede de distribuição pelo seu organizador (produtor ou distribuidor em relação a sua rede de subdistribuição) em relação aos preços que pratique em relação aos distribuidores ou subdistribuidores independentes. Com efeito, a aplicação do RPA é indistinta, quer o distribuidor faça parte da rede organizada pelo produtor, quer não o faça: os requisitos de aplicação são os mesmos e podem tanto beneficiar um membro da rede, que esteja sendo discriminado na comparação com outro membro da rede, quanto beneficiar um membro de fora da rede (distribuidor independente) que esteja sendo discriminado na comparação com um membro de dentro da rede. A rede de distribuição é considerada um *sistema de integração eficiente* entre produtor e distribuidor (caps. 4 e 5.1.3), em que os produtores investem e os distribuidores também assumem custos “extra” para o ingresso e permanência na rede e, bem assim, se responsabilizam pela adoção de métodos de venda varejista exigidos pelo produtor, a se enquadrar numa hipótese de eficiência econômica que autorize a discriminação de preços.

A questão que se coloca, portanto, é se o direito norte-americano autoriza que, à partida, sejam praticados preços diferenciados para os distribuidores coligados em rede, considerado o preço da rede como um preço único, em bloco (sujeito, obviamente, às variações internas de preço objeto de controle do RPA), e para os distribuidores independentes. O RPA poderia se prestar ao atendimento do reclamo de distribuidores independentes no sentido de alegarem pretensão a que lhes seja praticado um preço mais favorecido pelo fato de haver “cost savings” do produtor nessa relação contratual, uma vez que não teve de arcar com o investimento necessário para a formação e manutenção da rede. De fato, a criação de uma rede pelo produtor demanda custos operacionais próprios, variáveis de acordo com cada negócio contratual em concreto, que em geral abrangem custos de marketing, custos com o desenvolvimento e instalação de imagem própria dos

---

<sup>273</sup> *Op. cit.*, p. 583.

estabelecimentos da rede, custo com a manutenção de um “staff” próprio para o assessoramento técnico-operacional dos membros da rede, controle de qualidade, monitoramento ambiental (que representa um elevado custo para a rede de postos de combustível, por exemplo), comodato de equipamentos, eventual manutenção de equipamentos, entre outros. Por outro lado, esses custos são equilibrados pelos ônus que os distribuidores assumem, também variáveis, podendo ser agrupados em *ônus diretos* e *ônus indiretos*. Os ônus diretos são os custos que os distribuidores assumem em razão do ingresso e manutenção na rede, tais como o pagamento de uma taxa para ingresso na rede, a assunção de custos de promoção da venda do produto, a assunção de custos de marketing, a manutenção de equipe de colaboradores capacitados para a prestação de um atendimento de qualidade (que os norte-americanos enquadram como custos com a informação do consumidor), os demais custos com a manutenção da qualidade exigida pelo produtor, entre outros. Os ônus indiretos são as restrições contratuais a que estejam vinculados os distribuidores, como a exclusividade de compra, a limitação de atuação territorial e o atingimento de metas de venda (obrigação de aquisição de volume mínimo mensal do produtor). Assim, não se sustenta a pretensão dos distribuidores independentes, *na medida em que não arcam com os ônus assumidos pelos distribuidores em rede*.

Assim, a princípio, a prática de preços favorecidos aos membros da rede encontra dupla justificação nos termos do RPA. A primeira, em razão dos “cost savings” que o produtor tem em razão da assunção de custos que originariamente seriam dele pelos distribuidores em rede, em especial de marketing e de prestação de informação ao consumidor, podendo-se enquadrar a isenção no § 13(a). A segunda justificação seria pela adoção da “rule of reason” diante das eficiências produzidas por um sistema integrado de distribuição que trouxesse benefícios ao consumidor (“total social wealth”).

Necessário verificar de que forma a jurisprudência, diante do texto do RPA e das finalidades buscadas pelo direito antitruste norte-americano, vem construindo e aplicando os requisitos para a caracterização do ilícito concorrencial de discriminação de preços.

### 11.1.3 A evolução da jurisprudência na aplicação do Robinson-Patman Act

A análise da jurisprudência norte-americana compõe o estudo na medida em que informa o modo como os requisitos legais para a incidência do RPA são aplicados, com

as extensões e as reduções que os precedentes promovem para que a aplicação da lei possa ser a mais adequada possível aos princípios que regem o direito concorrencial daquele país. Demonstra ainda a forma como vem evoluindo o tratamento da discriminação de preços que, em linhas gerais, pode-se visualizar, à partida, uma aplicação estrita do RPA, que vai cedendo ante análises mais críticas dos efeitos anticoncorrenciais produzidos, uma aplicação mais criteriosa dos requisitos para a configuração do ilícito e um maior ônus probatório sobre o autor.

No caso *FTC v. Morton Salt Co.*, julgado em 03/05/1948, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em acórdão relatado pelo conhecido Justice BLACK, aplica de forma bastante rígida o “act”<sup>274</sup>. Trata-se de caso envolvendo a discriminação de preço de um produtor de sal em relação aos seus distribuidores, tanto atacadistas, quanto varejistas. A defesa da Morton Salt foi no sentido de que oferecia descontos padronizados a todos os seus distribuidores em razão da quantidade adquirida de produto e dos custos com a entrega (a entrega feita com o caminhão cheio era mais econômica à empresa, o que justificaria o desconto dado). O FTC, em investigação, constatou que o desconto somente era usufruído por poucos distribuidores, quase que exclusivamente por 5 cadeias de distribuidores varejistas, considerando, assim, a prática discriminatória de preço como ilícita na medida em que traz potencial prejuízo competitivo aos demais distribuidores que não conseguem adquirir no volume mínimo necessário para conseguir o desconto no preço. A Suprema Corte, reformando decisão da Corte de Apelação, considerou correta a aplicação de sanções pelo FTC no caso, por estar caracterizado o ilícito antitruste.

A decisão pontuou, quanto à prova necessária para a caracterização do ilícito, que o RPA não exige prova da efetiva causação de dano à concorrência, bastando que a situação discriminatória revele uma “razoável possibilidade” de que tal dano venha a ocorrer<sup>275</sup>. Ou seja, por esta decisão, sequer se faz necessária efetiva *prova* de prejuízos

---

<sup>274</sup> Federal Trade Commission v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=334&invol=37>>, acesso em 15/02/2011.

<sup>275</sup> Extrai-se da decisão: “(...) statute does not require the Commission to find that injury has actually resulted. The statute requires no more than that the effect of the prohibited price discriminations 'may be substantially to lessen competition \* \* \* or to injure, destroy, or prevent competition.'”. E mais adiante: “As we have pointed out, however, the Commission is authorized by the Act to bar discriminatory prices upon the 'reasonable possibility' that different prices for like goods to competing purchasers may have the defined effect on competition. That respondent's quantity discounts did result in price differentials between competing purchasers sufficient in amount to influence their resale price of salt was shown by evidence.”

concorrenciais aos distribuidores discriminados (“actual injury”). Basta que dos preços diferenciados possa se inferir, num juízo de razoável possibilidade, que resultem em prejuízos à concorrência dos distribuidores diretamente atingidos (“primary line injury”). Quanto à justificativa da diferenciação de preço pela quantidade e custos de transporte, foi extremamente rígida ao praticamente desconsiderar essas justificativas, que possuem expressa previsão no próprio “act”, buscando a finalidade protetiva em si do “act”: “The legislative history of the Robinson-Patman Act makes it abundantly clear that Congress considered it to be an evil that a large buyer could secure a competitive advantage over a small buyer solely because of the large buyer's quantity purchasing ability”. Mais. Afirmou que, conquanto o custo do transporte seja um argumento válido para a justificativa da diferenciação de preço, “(...) it has no relevancy in determining whether the differential works an injury to a competitor”. Em seguindo essa interpretação, de fato, tem-se que nenhuma justificativa, nem mesmo as expressamente previstas em lei, são admissíveis para a diferenciação de preços, já que sempre que houver diferenciação de algum modo haverá prejuízo ao competidor. A decisão não apenas considera o ilícito como um ilícito “per se” que tem como finalidade a proteção dos pequenos competidores, mas vai além ao desconsiderar as defesas passíveis de excluir a eventual ilicitude da conduta de diferenciação de preços: tem-se como consequência, conforme as críticas doutrinárias, a imposição de um regime rígido de uniformidade de preços (igualdade absoluta, conforme cap. 10.1.2.2).

Tamanha a rigidez da decisão no caso, que houve voto divergente em parte do Justice JACKSON, acompanhado pelo Justice FRANKFURTER, no sentido de acompanhar a Corte quanto à vedação à discriminação de preços em razão unicamente da cota adquirida, mas autorizar a diferenciação decorrente da economia de custos que a Morton Salt tem com a entrega do produto em razão do volume adquirido (entra como critério o carregamento completo de um caminhão para a entrega). Assentou que o efeito anticoncorrencial exigido pelo RPA deve ser inferido não por um juízo de “razoável possibilidade”, mas um juízo mais estrito de “razoável probabilidade”. Nesse ponto, contudo, ainda revela uma aplicação rígida da lei, na medida em que exige apenas um juízo presuntivo, e não prova efetiva, de danos diretamente causados aos competidores (“primary line injury”) e não ao mercado concorrencial como um todo. Teceu dura crítica à decisão da Corte quanto à posição de hostilidade diante de qualquer desconto que tenha como critério a quantidade adquirida nesses termos: “The Court uses overtones of hostility to all quantity discounts, which I do not find in the Act, but they are translated into a rule which is fatal to any discount the Commission sees

fit to attack”. Nesse ponto, considera que alguns descontos em razão da quantidade adquirida podem revelar uma diferenciação arbitrária e injusta em relação aos adquirentes que não possuem força para adquirir a cota mínima necessária, porém outros descontos, reveladores de situações concretas de “cost savings” para o vendedor são tão tradicionais, quanto justificáveis e benéficos ao consumidor, dentro de uma economia de massa, tanto ao nível da produção, quanto ao nível da distribuição<sup>276</sup>.

Um precedente que bem retrata a sensível alteração de entendimento da Suprema Corte norte-americana é *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, julgado em 21/06/1993 (<sup>277</sup>). A Suprema Corte registrou, primeiramente, na esteira de outros julgados, que as finalidades do RPA devem ser harmonizadas com as finalidades das demais leis antitruste: “(...) Congress did not intend to outlaw price differences that result from or further the forces of competition. Thus, “the Robinson-Patman Act should be construed consistently with broader policies of the antitrust laws.” *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. FTC*, 440 U.S. 69, 80 , n. 13 (1979). See also *Automatic Canteen Co. of America v. FTC*, 346 U.S. 61, 63 , 74 (1953)”. Ainda, que “(...) it is axiomatic that the antitrust laws were passed for “the protection of competition, not competitors.” *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 , (1962)”.

Após, no que tange à aplicação do RPA, é que consolida uma posição de aplicação extremamente branda da lei, exigindo um “high standard” anticoncorrencial, ao fixar que a discriminação de preço somente será sancionável *quando caracterizar a prática de preço predatório*, considerando, pois, os efeitos anticompetitivos que se projetem no mercado do consumidor final, como analisado antes. Segundo a Corte, “(...) the reasoning in both opinions [referindo-se aos casos *Cargill* e *Matsushita*] suggests that only below-cost prices should suffice, and we have rejected elsewhere the notion that above-cost prices that are below general market levels or the costs of a firm's competitors inflict injury to competition cognizable under the antitrust laws”. A decisão firmou entendimento no sentido de somente ser reprovável a prática de preço predatório que atenda a dois requisitos: (i) a fixação de preço

---

<sup>276</sup> “On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer.”

<sup>277</sup> *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209.

abaixo do custo de produção ou de distribuição de um produto e (ii) a demonstração, em um juízo de razoável probabilidade, que aquele competidor que praticou o preço predatório irá recuperar as perdas por meio da fixação um preço excessivo após dominar o mercado pela exclusão do concorrente<sup>278</sup>. A Corte entende que somente com a fixação de um elevado padrão anticoncorrencial quanto às sanções do RPA é que se pode garantir que não haverá indevida interferência estatal na disputa de preços, que constitui a própria essência de um sistema competitivo: “[T]he mechanism by which a firm engages in predatory pricing - lowering prices - is the same mechanism by which a firm stimulates competition; because "cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition . . . [.] mistaken inferences . . . are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect’. Cargill, supra, at 122, n. 17 (quoting Matsushita, supra, at 594). It would be ironic indeed if the standards for predatory pricing liability were so low that antitrust suits themselves became a tool for keeping prices high.”

A decisão da Suprema Corte no caso *Brown & Williamson* suscita duas ponderações. A primeira é que o caso trata, como dito, de concorrência entremarcas na linha da produção de cigarros. Brooke foi quem inovou no mercado ao comercializar cigarros sem marca a um baixo custo. Pelo sucesso de vendas desse novo produto, a Brown também passou a produzi-los e a fazer concorrência com a Brooke. A reclamação da Brooke se refere aos preços praticados pela Brown em relação aos distribuidores de cigarros. A Brooke fundamentou seu pedido em prática de preço predatório, com base no Sherman Act, e pela prática de preço discriminatório em favorecimento aos distribuidores que adquiriam cigarros da Brooke, com base no RPA. Nessa particular situação, a exigência da Suprema Corte de prova de preço predatório poderia ser entendida como requisito para a configuração de prática anticoncorrencial *somente quando se tratar da aplicação do RPA naquela segunda finalidade do “act” de proibição de discriminação de preço que seja meio para a limitação ou eliminação da concorrência no plano da competição entremarcas*. Esse requisito de aplicação da lei *não* seria, portanto, exigível quando o caso for de prejuízo concorrencial na linha de distribuição, na concorrência intramarca.

---

<sup>278</sup> Para tanto, analisa-se: “This requires an understanding of the extent and duration of the alleged predation, the relative financial strength of the predator and its intended victim, and their respective incentives and will. See 3 Areeda & Turner, 711b. The inquiry is whether, given the aggregate losses caused by the below-cost pricing, the intended target would likely succumb.”

Ocorre que, toda a fundamentação do acórdão da Suprema Corte foi no sentido de a prova de preço predatório constituir *requisito geral* para a aplicação do RPA, sem que tenha sido feita a distinção ora proposta entre as duas finalidades da lei a justificar dois requisitos distintos de aplicação. Por esse motivo, o que se tem é a “ratio decidendi” do caso Brooke em termos de aplicabilidade do RPA independente do efeito anticoncorrencial de prejuízo à concorrência vir a se dar de *forma direta*, na concorrência intramarca entre dois distribuidores, ou de *forma indireta*, na concorrência entremarcas entre dois produtores.

A segunda ponderação é que, uma tal aplicação do RPA *esvazia, por inteiro, o conteúdo normativo que lhe é próprio* para reconduzir a solução de todos os casos para a reprovação da prática de preço predatório prevista no Sherman Act. A discriminação de preço é um ilícito próprio e é assim tratado, inequivocamente, pelo RPA em que um produtor ou distribuidor, na comercialização de seus produtos por um preço acima dos seus custos (não predatório, portanto), pratica diferenciações que são consideradas injustas pelos efeitos anticompetitivos que venham a causar, efeitos esses ligados especificamente à discriminação de preços e não à prática de preços predatórios. A Suprema Corte, em assim aplicando o RPA, sinaliza que a só discriminação de preço não é suficiente para a configuração do ilícito antitruste, *retirando eficácia, do ponto de vista da aplicação da norma, sem declaração de inconstitucionalidade, da hipótese de incidência própria do RPA*, que é justamente a discriminação de preço e não a prática de preço predatório, abaixo do custo de produção ou distribuição.

Como consequência, vai-se ter um reduzido campo de aplicação da lei quanto às questões envolvendo a discriminação de preço na concorrência intramarca, justamente a finalidade primacial originária da lei. Com efeito, será praticamente nula a eficácia da lei antitruste quando se tratar de diferenciação de preço entre contratantes que façam parte da rede de distribuição organizada por um produtor, que é a hipótese do presente estudo. Isso porque, a princípio, não há qualquer racionalidade em se supor que o produtor vá fixar preços predatórios para alguns membros da sua rede em detrimento de outros que atuem no mesmo mercado geográfico relevante, justamente porque não há motivo para conquistar mercado dentro da rede, em que já detém total domínio, por força de contratos com cláusula de exclusividade de compra, ou amplo domínio, pela dependência econômica verificada dentro da rede (cap. 6). Se o seu objetivo for eliminar a concorrência usando da atuação da sua rede de distribuidores, o racionalmente esperado é que, para o mercado relevante em que busque a

eliminação da concorrência, pratique um preço predatório para todos os membros da rede ali atuantes, hipótese em que não se verifica, pois, discriminação. Assim, para os casos em que se identifique uma prática discriminatória de preços entre os membros de uma rede, com diferenças substanciais de preço sendo praticadas em um razoável período de tempo, não haverá remédio para o distribuidor desfavorecido na lei antitruste, sobrelevando, assim, a importância de recorrer ao ordenamento civil-contratual para a reparação dos prejuízos sofridos.

Em geral, contudo, a conquista de mercado pelo produtor vai ocorrer pela fixação de preço substancialmente menor a distribuidores de fora da rede (independentes), seja em razão da direta disputa com os demais produtores, seja na tentativa de conquistar esses distribuidores para que ingressem na sua rede. Nesse quadro, também, será de pouca eficácia<sup>279</sup> a lei antitruste, que somente seria aplicada se o distribuidor da rede, prejudicado com o preço favorecido ao distribuidor independente, conseguisse provar a prática de preço predatório, para o que é necessário, além da prova de preço abaixo do custo<sup>280</sup>, a presunção, em juízo de probabilidade, de que o produtor predador terá condições de recuperar as perdas com a fixação de preços elevados após a eliminação da concorrência. Trata-se, como visto, de provas e indícios que, primeiro, são verificados em poucos casos e, segundo, ainda quando presentes nesses poucos casos, são de difícil demonstração nos autos de um processo judicial. Mais uma vez, para a diferença de preços entre distribuidores independentes e distribuidores intrarede, a lei antitruste não poderá ser invocada.

A questão de saber qual a linha de prejuízo que deve ser provada ou presumida para fins de aplicação do RPA não restou, contudo, pacificada na jurisprudência, em especial

---

<sup>279</sup> Antes da efetividade, que é aferida no plano social, entendemos que o modo de aplicação de uma lei por um Tribunal é uma questão, ainda no plano jurídico-normativo, de redução da eficácia dessa mesma lei.

<sup>280</sup> Sobre a aberta indefinição da jurisprudência norte-americana quanto a que método de aferição do custo de produção ou de distribuição de um produto deva ser utilizado, cite-se parte do voto proferido pela Court of Appeals, Ninth Circuit, 97-15449, julgado em 23/06/1998, no caso *Rebel Oil Company Inc. v. Atlantic Richfield Company*: “Neither the Supreme Court nor this circuit has concluded what would be the appropriate measure of cost in a predatory pricing case. See the appropriate measure of cost in a predatory pricing case. *Brooke Group*, 509 U.S. at 222 n. 1, 113 S.Ct. 2578 (“Because the parties in this case agree that the relevant measure of cost is average variable cost, however, we again decline to resolve the conflict among the lower courts over the appropriate measure of cost.”); see *Multistate Legal Studies, Inc. v. Harcourt Brace Jovanovich Legal and Prof'l Publications, Inc.*, 63 F.3d 1540, 1549 n. 5 (10th Cir.1995) (“Unfortunately for litigants, neither the Supreme Court nor we have taken a position on which of various cost measures is the definitive one, although we have spoken of marginal and average variable costs as being relevant.”), cert. denied, 516 U.S. 1044, 116 S.Ct. 702, 133 It is generally agreed that “the relation between L.Ed.2d 659 (1996). the cost of producing a product and the price charged for it is the criterion for determining whether the price is predatory,” *Transamerica Corp.*, 698 F.2d 1377, *Computer Co., Inc. v. International Bus. Machs.* 1384 (9th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 955, 104 S.Ct. 370, 78 L.Ed.2d 329 (1983).”

das cortes locais. Com efeito, no caso *Chroma Lighting v. Gte Products Corp.*, a Court of Appeals do Ninth Circuit entendeu que o caso Brooke não superou o caso Morton Salt justamente por julgar caso envolvendo eliminação da competição entre empresas produtoras (competição entremarcas, que o precedente chama de “primary line *competition*”<sup>281</sup>) e não de competição intramarca, entre distribuidores prejudicados, para o que, segundo o caso Morton Salt, basta a discriminação de preço, que *não* pode ser afastada pela prova de que não houve, de fato, prejuízo ao mercado concorrencial dos distribuidores (“secondary line *injury*”)<sup>282 283</sup>. Conforme ainda CLARK, em outros precedentes exige-se prova do prejuízo à competição (segunda linha) em razão da discriminação de preço, *não havendo ilícito em mercados que sejam competitivos*: “In *Boise Cascade Corp. v. FTC*, the D.C. Circuit held that -- because the Robinson-Patman Act must be construed in a fashion consistent with the other antitrust laws - - such an inference could be rebutted by a showing of no actual harm to competition in the relevant market at issue”<sup>284</sup>. Já o caso *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, julgado pela Corte Distrital de Nevada segue na linha do caso Brooke ao exigir prova da prática de preço predatório<sup>285</sup>.

Com relação aos demais requisitos desenvolvidos pela jurisprudência para a caracterização do ilícito concorrencial, além daqueles já expressamente previstos no texto do RPA, antes trabalhados, destacamos os seguintes:

(i) A diferença de preços deve ser entre distribuidores que sejam concorrentes no mesmo mercado relevante geográfico: devem, portanto, atuar na mesma linha econômica (em geral, na linha de distribuidores) e disputar o mesmo mercado relevante geográfico. Assim, não é a só diferença de preços entre os distribuidores que atrai a incidência do RPA, ainda que não

---

<sup>281</sup> Não confundir com “primary line injury” ou “secondary line injury”, que vimos tratando, que são os prejuízos causados pela discriminação na competição intramarca, na competição entre os distribuidores prejudicados por um mesmo produtor.

<sup>282</sup> *Chroma Lighting and Charles T. Vonder Avhe v. Gte Products Corp.*, U.S. Ninth Circuit Court of Appeals, nº 94-55581 (1997). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/9th/9455581.html>>, acesso em 15/02/2011.

<sup>283</sup> No mesmo sentido a Court of Appeals do First Circuit, segundo CLARK: “In *Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, for example, the First Circuit concluded that Brooke Group did not establishing that actual injury to competition must always be shown in secondary line cases -- as well as in primary line cases -- and therefore did not implicitly overrule *FTC v. Morton Salt*.” *The Robinson-Patman Act: Annual Update*. Discurso proferido no “Robinson-Patman Act Committee Section of Antitrust Law, Forty-Sixth Annual Spring Meeting, FTC, april, 1998. Disponível em <[http://www.ftc.gov/speeches/other/spring98.shtm#N\\_10\\_](http://www.ftc.gov/speeches/other/spring98.shtm#N_10_)>, acesso em 12.02.2011.

<sup>284</sup> *Idem*, s/ página.

<sup>285</sup> *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 957 F.Supp. 1184, 1192 (D. Nev. 1997).

possa ser justificada, ou seja, ainda que efetivamente discriminatória, sendo necessário prejuízo concorrencial (com a discussão se em primeira ou segunda linha) para o que se exige que os distribuidores sejam concorrentes no mesmo mercado relevante geográfico. No caso *Sawhney v. Mobil Oil Corp. and Ross Fogg Fuel Corp.*, 970 F.Supp. 366, 369-70 (D.N.J. 1997), “The District Court for New Jersey noted that a plaintiff must establish that -- at the time a defendant establishes a price differential -- ‘the favored and disfavored purchasers competed at the same functional level, i.e., all wholesalers or all retailers, and within the same geographic market’.”<sup>286</sup>

(ii) A diferença de preço deve ser substancial: a jurisprudência entende que a diferença de preços não justificada não pode constituir uma “de minimis difference”. É como uma *regra de bagatela* no direito concorrencial: ainda que haja diferença discriminatória, essa diferença somente será levada em conta quando for substancial, ou seja, quando tiver aptidão a provocar prejuízos concorrenciais ao distribuidor desfavorecido. A regra contém um conceito jurídico indeterminado: a definição do que seja uma *diferença substancial* dependerá da análise do mercado do produto. No caso *Chroma Lighting v. GTE Products Corp.*, a Court of Appeals, Ninth Circuit, entendeu que a diferença de 2,38% no preço de uma lâmpada pode induzir o consumidor a trocar de distribuidor, razão pela qual, nesse mercado, essa diferença não é considerada “de minimis”<sup>287</sup>.

(iii) A transferência de ônus ao distribuidor: sempre que restar demonstrado que o produtor transferiu a um distribuidor custos ou atividades que teria para colocar o produto no seu mercado de destino, que não foram suportados por outros distribuidores, poderá praticar preços diferenciados. Aqui se tem especialmente as ações de marketing e promoção de venda do produto, além das atividades necessárias à informação do consumidor, bastante prestigiadas pela Escola de Chicago. A jurisprudência chama esses descontos de “functional discounts”. No caso *Texaco, Inc. v. Hasbrouck*, a Suprema Corte, ainda numa aplicação rígida do RPA, seguindo a linha do caso *Morton Salt*, a que se refere em muitos pontos, firmou entendimento no sentido de que “It is true that a legitimate functional discount that constitutes a reasonable reimbursement for the purchasers' actual marketing functions does not violate the

---

<sup>286</sup> CLARK, Donald S., *op. cit.*, s/ página.

<sup>287</sup> *Chroma Lighting v. GTE Products Corp.*, 1997-1 Trade Cas. (CCH) 71,836 (9th Cir. 1997) (not for publication), at 79,885. *Apud* CLARK, Donald S., *idem*.

Act”<sup>288</sup>. Ressalvou, contudo, que é preciso uma relação de congruência entre os descontos e a economia do produtor com a transferência de ônus ao distribuidor: “However, the Act does not tolerate a functional discount that is completely untethered either to the supplier's savings or the wholesaler's costs”. No caso, conclui haver violação ao RPA pelo fato de “There was an extraordinary absence of evidence to connect Gull's and Dompier's discounts to any savings enjoyed by Texaco”.

Em síntese, muitas das críticas doutrinárias à rigidez e aos efeitos contraproducentes do RPA foram assimiladas pela jurisprudência, que acabou flexibilizando a aplicação do “act”. O caso Brooke representa uma virada na aplicação do RPA ao exigir que o controle concorrencial somente ocorra diante da prática de preço predatório, sem limitar essa aplicação da lei aos casos de concorrência entremarcas, em que a discriminação de preço é meio (e, assim, atinge indiretamente) para a eliminação da concorrência nessa linha (em geral da produção, mas também entre distribuidores concorrentes). Em sendo essa a orientação jurisprudencial a ser firmar quanto à aplicação do RPA, terá limitada eficácia para a solução de prejuízos concorrenciais envolvendo a prática de discriminação de preço intrarede e de discriminação de preço na comparação do preço intrarede com o preço a distribuidores independentes. De todo o modo, os requisitos, tanto legais quanto jurisprudenciais, para a exclusão da ilicitude, ou seja, os requisitos autorizadores da diferenciação de preços entre os adquirentes serão amplamente transpostos para a disciplina contratual da matéria (cap. 11).

## **11.2 A vedação à discriminação de preço no direito concorrencial brasileiro**

### 11.2.1 O modo de aplicação da Lei nº 8.884/94

#### 11.2.1.1 As finalidades do direito concorrencial brasileiro

O direito concorrencial brasileiro tem assento constitucional no art. 173, § 4º, a cujo teor “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, como aponta FORGIONI, antes de ser uma típica lei de proteção da concorrência, é uma lei que reprime o

---

<sup>288</sup> Texaco, Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543, n. 87-2048, j. 14/06/1990. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/496/543/>>, acesso em 17.02.2011.

abuso do poder econômico, ou seja, não o poder econômico em si, mas o mal uso que dele os agentes possam fazer tendo como objetivos a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros<sup>289</sup>. Nota-se, contudo, que o dispositivo constitucional é igualmente claro ao determinar a repressão ao abuso do poder econômico *sempre que* ou *na medida em que* gere prejuízos concorrenciais. O abuso do poder econômico que tenha como efeito só prejuízos aos interesses individuais dos agentes de mercado, como a redução de lucro ou das expectativas de lucro e os efetivos prejuízos (danos emergentes para o direito civil), não afetando a sua inserção no mercado concorrencial de forma essencialmente grave (“eliminação da concorrência”), não será objeto de proteção da lei concorrencial, sendo cabível a sua proteção por outros diplomas, especialmente pelo direito privado, cada qual com escopos e âmbito de aplicação próprios. Da mesma forma se o abuso não tiver como consequência a dominação de mercados ou a provável aptidão a ter como efeito, ter como resultado, a dominação de mercados relevantes, igualmente não será punido pelo direito concorrencial. Ou ainda se o aumento arbitrário dos lucros (em favor do produtor, por exemplo) não prejudicar a atuação do distribuidor no mercado concorrencial, não poderá haver incidência da lei concorrencial. Nesse último aspecto, há uma discussão sobre a possibilidade de que esse efeito esteja vinculado à proteção direta dos consumidores, entendidos em sentido amplo como compradores e não no sentido estrito de consumidor final adotado pela lei consumerista, por não se tratar, a princípio, de conduta que prejudique o jogo concorrencial<sup>290</sup>.

A jurisprudência do CADE posiciona-se firmemente contra o uso do direito concorrencial para a proteção dos concorrentes, já que tem como bem jurídico tutelado a concorrência, o mercado como um todo. Em um precedente, asseverou que “É importante lembrar que a função deste Conselho não é de garantir margens confortáveis aos agentes, mas sim garantir a viabilidade da concorrência”<sup>291</sup>. Em outro, registrou: “Cabe destacar também que não há nada nos autos que permita crer que esta prática apresenta efeito sobre a concorrência. De fato, parece tratar-se, pura e exclusivamente, de controvérsia que interessa

---

<sup>289</sup> *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 269.

<sup>290</sup> Essa é a posição levantada no direito brasileiro por FORGIONI, Paula. *Op. cit.*, p. 279-282.

<sup>291</sup> Processo Administrativo (PA) nº 08012.008088/2003-31, Plenário CADE, Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, j. 11/04/2007. Representante: Berkel Chapas Acrilicas Ltda. Representadas: Unigel Química S/A, Proquigel Química S/A e Resarbras da Bahia S/A.

exclusivamente aos agentes específicos envolvidos, não merecendo intervenção por este CADE”<sup>292 293</sup>.

Questão delicada é saber de que finalidades o direito concorrencial, na sua missão de regular o mercado concorrencial, pode estar a serviço. FORGIONI coloca que, na clara opção constitucional brasileira presente no art. 170, a concorrência é um instrumento para “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A ordem econômica é estrutura na livre iniciativa (caput do art. 170) e na livre concorrência (inciso IV do art. 170), mas também na defesa do consumidor (inciso V), na redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e no tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (inciso IX), e no princípio maior da promoção da existência digna a todos (caput do art.170). Assim, o direito concorrencial poderia servir de instrumento para o atingimento de fins sociais e políticos na sua tarefa de regular o mercado de forma justa: outros interesses dignos de tutela, além da livre concorrência, poderiam ser considerados como revelantes na regulação justa do mercado<sup>294</sup>. Assim, tem-se como fim legítimo no direito concorrencial brasileiro a proteção dos concorrentes menores, sem poder ou com pouco poder de mercado, no que tange à discriminação de preços de venda, ilícito concorrencial previsto no inciso XII do art. 21 da Lei nº 8.884/94.

No direito concorrencial norte-americano a livre concorrência é considerada, segundo FORGIONI, como um fim em si mesma<sup>295</sup>. Podemos colocar a questão de um outro modo, como visto antes, ao considerar que a discussão no direito norte-americano é saber se a regulação concorrencial deve ter como único fim a proteção das “eficiências econômicas” geradas no mercado ou se é passível de servir a outros fins, como a proteção de concorrentes menores. Não há dúvida de que o RPA adota como finalidade, ao proibir a discriminação de preços entre distribuidores, a preservação no mercado de concorrentes menores. Assim, se não foi declarado inconstitucional, é de se concluir, forçosamente, que o direito norte-americano admite que a regulação do mercado sirva a outros fins.

---

<sup>292</sup> PA nº 08012.005660/2003-19, Plenário CADE, Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, j. 19/07/2006. Representante: Intermarítima Terminais LTDA. Representada: Tecon Salvador S.A.

<sup>293</sup> Na doutrina de FORGIONI ao apontar os diferentes escopos da Lei da Propriedade Industrial (nº 9.279/96) e da Lei Antitruste: “É no bem jurídico diretamente tutelado pelos dois diplomas que encontramos a diferença entre as normas antitruste e aquelas de repressão à concorrência desleal. Nestas, o bem imediatamente tutelado refere-se ao *concorrente*, ao passo que o direito antitruste atenta à *concorrência*, ao *mercado*”. *Op. cit.*, p. 287.

<sup>294</sup> *Op. cit.*, p. 190-193. Fundamenta, ainda, a sua posição, no voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIn 319/4 – DF, julgada em 03/03/1993.

<sup>295</sup> *Idem*, p. 178 e ss.

A questão, portanto, ganha contornos práticos na medida em que as normas antitruste são levadas ao âmbito de aplicação pelos tribunais. *É verdadeiramente na aplicação que essa predisposição do direito antitruste para uma só eficiência econômica com a preponderância do princípio da livre concorrência vai prevalecer ou será dada igual importância aos demais fins e interesses protegidos no direito antitruste.* Na jurisprudência norte-americana, uma postura inicial de importância à vedação à discriminação com a sua harmonização aos demais fins buscados pelo direito antitruste, principalmente a eficiência econômica, foi cedendo espaço a uma aplicação menos rígida do RPA, por meio do estabelecimento de requisitos mais elevados para a caracterização do “standard” de violação ao “act”.

A nossa proposta, pois, é precipuamente investigar o efetivo modo de aplicação do inciso XII do art. 21 pela autarquia federal brasileira com jurisdição administrativa para “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei” (art. 3º e 7º, inciso II, da Lei nº 8.884/94). Tenha-se presente que, por certo, apenas se considerou os interesses dos concorrentes menores na discriminação de preço como dignos de tutela na Lei Antitruste brasileira na sua função de regular o mercado concorrencial, sendo esse o bem jurídico tutelado. Assim, é de se frisar, o ilícito será aplicado quando corresponder a abuso de poder econômico que produza efeitos anticoncorrenciais, conforme moldura constitucional. O prejuízo à concorrência, ao mercado concorrencial, como bem difuso, é que deve nortear o aplicador. A consideração ao interesse dos concorrentes menores poderá ter maior ou menor relevância a depender dos requisitos de aplicação da norma pela jurisprudência administrativa do CADE.

#### 11.2.1.2 A ligação do ilícito aos efeitos anticoncorrenciais

A Lei Antitruste brasileira adota uma forma sofisticada de normação de ilícitos concorrenciais, qual seja, a de exigir, na hipótese de incidência, que os atos tipificados, em rol não taxativo, no art. 21, tenham por objeto ou possam produzir os efeitos arrolados no art. 20. O art. 20, seguindo a diretriz constitucional, exige que os atos efetivamente produzam ou possam produzir os seguintes efeitos anticoncorrenciais: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva

posição dominante. A lei define um ilícito objetivo, ou seja, sem necessidade de prova de agir culposo ou doloso (*caput* do art. 20).

A maior dificuldade na aplicação da lei em razão dos efeitos recai, na verdade, quanto à demonstração dos efeitos potenciais. A dificuldade está nos elementos de prova ou indícios necessários para se demonstrar, por presunção, que o ato tem aptidão a produzir os efeitos anticoncorrenciais arrolados. Aqui também importa analisar a jurisprudência do CADE e construir elementos de prova ou elementos indiciários de uma situação em que, presumivelmente, serão provocados efeitos anticoncorrenciais punidos pela lei. No que tange à espécie de juízo presuntivo, o CADE tem orientação num sentido rigoroso, de exigir um juízo de “elevada probabilidade” de que o efeito possa vir a ser produzido pelo ato<sup>296</sup>.

A depender de que efeito o ato esteja vinculado, alteram-se os requisitos para a configuração do ilícito. Daí a importância da identificação do efeito em causa. O efeito do inciso I, prejudicar a livre concorrência, é o mais genérico, que exige menos requisitos para a configuração do ilícito; é o efeito a que os demais efeitos, mesmo o aumento arbitrário de lucro, podem ser reconduzidos acaso os seus requisitos próprios não estejam configurados em concreto<sup>297</sup>. O inciso II, a dominação de mercado relevante, conquanto não exija prova de posição dominante do agente, até porque é a posição dominante o que ele busca com a dominação, exige provas ou indícios de que tenha suficiente poder de mercado que, somado ao objeto do ato praticado, diante da peculiar situação do mercado concorrencial, tenha aptidão, num juízo de elevada probabilidade, a conduzir o agente a dominar mercado relevante, ou seja, a passar a dispor de posição dominante nesse mercado. O inciso IV, abuso de posição dominante, exige requisitos mais específicos e densos: o agente a praticar o ilícito deve possuir posição dominante no mercado relevante em que atue. Necessário registrar que, mesmo para o abuso de posição dominante, exige-se demonstração de prejuízos

---

<sup>296</sup> Processo administrativo nº 08012.009312/1998-39, Plenário CADE, Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, j. 18/04/2007. Do voto do Relator se extrai: “No nosso entender, a ausência de comprovação fática da produção de efeitos é insuficiente para se concluir pela inexistência da infração antitruste. Como já afirmamos em mais de uma oportunidade, para a condenação das representadas temos que primeiro provar a existência e materialidade dos fatos alegados. Posteriormente, verificar se eles se enquadram na hipótese do propósito objetivamente visado de que se produzam os efeitos anticompetitivos ou na hipótese de elevada probabilidade de que se produzam tais efeitos. Como é explícito no art. 20 *fine*, a efetiva obtenção dos efeitos é irrelevante para o antitruste brasileiro”.

<sup>297</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 271 e ss.

concorrenciais, não podendo ser considerado somente o ato abusivo em si, mas o ato abusivo enquanto causador de danos à concorrência<sup>298</sup>.

Importa notar, contudo, que provada uma situação de abuso de exercício de posição dominante, em que o mercado já é concentrado e a ação abusiva do agente econômico com poder tende a produzir efeitos anticoncorrenciais em maior escala, reduz-se o ônus da prova efetiva ou da demonstração presuntiva desses mesmos efeitos anticoncorrenciais no caso concreto.

Por fim, o inciso III, que se refere ao aumento arbitrário dos lucros, parece estar descolado do objeto da tutela do direito concorrencial, que é a justa concorrência no mercado, uma vez que a investigação sobre os lucros de uma empresa não denota, via de regra, qualquer prejuízo concorrencial. Bem pontua FORGIONI que uma empresa pode aumentar seus lucros sem aumentar seus preços, em razão da forma eficiente que atue no mercado, ou aumentar seus preços sem que isso represente aumento nos lucros, dada a sua ineficiente atuação. A indagação sobre os lucros da empresa, assim, além de excessivamente invasiva da liberdade das partes, seria desnecessária para fins concorrenciais. Conclui, assim, a Autora, abrindo discussão no direito concorrencial brasileiro, que a existência da previsão desse efeito deve ser entendida, tendo em conta o histórico legislativo, como tendo por finalidade a proteção imediata dos consumidores (adquirentes) que, de alguma forma, sejam indevidamente explorados pelo vendedor, em especial numa situação de rede de distribuição<sup>299</sup>. O aumento arbitrário do lucro é tipicamente associado à prática de preços excessivos pelo vendedor (inciso XXIV do art. 21). Vamos aventar, aqui, a hipótese de auferimento de lucro arbitrário por um grande distribuidor que obtenha, em razão do seu poder diante do produtor, preços menores que os seus concorrentes distribuidores e não os repasse ao consumidor final, apoderando-se, portanto, desse excedente na forma de lucro que, em tese, possa ser considerado arbitrário.

Dado o sem números de atos, além dos tipificados no art. 21, que possam produzir os efeitos anticoncorrenciais do art. 20, a aplicação da lei antitruste requer que o ato em concreto seja bem enquadrado, o que significa, a precisa identificação do ato, o seu

---

<sup>298</sup> Nas palavras de FORGIONI: “Entretanto, a linha que separa o *abuso* de posição dominante de seu *exercício normal* é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os *efeitos anticoncorrenciais* da prática analisada”. *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 276-277.

<sup>299</sup> Desenvolve essa matéria em: *Contrato de distribuição*, cit., p. 412-417.

mercado origem e o mercado alvo e o objetivo buscado pelo agente, para que seja subsumido a um dos efeitos anticoncorrenciais. A identificação do objetivo do agente com a prática de um ato não se confunde com o fato de ser despicienda a prova de culpa ou dolo para a sua responsabilização. É necessário, pois, uma correta interpretação da conduta supostamente anticoncorrencial. A conduta de discriminação de preço, pela aptidão que possui para produzir efeitos anticoncorrenciais horizontais e verticais e poder ser imposta pelo produtor ou mesmo por um distribuidor com grande poder de mercado, e ainda por ter aptidão, em tese, a provocar os quatro efeitos anticoncorrenciais, essas fronteiras devem ser delimitadas para melhor compreensão da questão.

#### 11.2.1.3 O enquadramento da discriminação de preços como ato anticoncorrencial

A discriminação de preço é enquadrada como uma restrição vertical, dentro da classificação entre restrições horizontais e verticais<sup>300</sup>. Conquanto não restrinja, de forma direta, o agir do agente econômico vinculado a outro, porém atuante num nível de atividade econômica abaixo, ela definitivamente conforma, modo indireto, a ação desse agente, na medida em que o preço é elemento fundamental de qualquer atividade econômica. Maior importância ainda possui na atividade de distribuição, em que a permanência no mercado do distribuidor depende, em muito, do preço de compra dos produtos que revende (cap. 5.1).

No campo dos contratos de distribuição, o produtor pode se valer da discriminação de preço para ganhar mercado de um produtor concorrente (competição entremarcas), em que a discriminação tem efeitos horizontais. Esse ganho de mercado pode se dar tanto pela redução dos preços aos membros de sua rede que atuem no mesmo mercado relevante do rival, discriminando os distribuidores independentes, quanto pela oferta de preços menores aos distribuidores independentes, discriminando os distribuidores da sua rede. Na primeira hipótese, aumenta-se o custo do rival, que não conseguirá utilizar as redes de distribuição já existentes para escoar a sua produção. Na segunda hipótese, torna a compra mais atrativa para os independentes, estando mais seguro quanto à posição de domínio que possui sobre os membros de sua rede, em muitos casos de total domínio em razão de cláusula de exclusividade de compra pelos distribuidores (cap. 5.1.3). A discriminação, então, pode se

---

<sup>300</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 308 e ss.

dar entre dois grupos de adquirentes: os distribuidores intrarede e os distribuidores independentes.

De outra parte, interessa ao presente estudo a discriminação que atinja a concorrência intramarca, a concorrência entre dois ou mais distribuidores que comprem de um mesmo produtor. Essa discriminação pode se dar por diversos motivos, que não possuem relevância para fins de aplicação da lei concorrencial, mas que permitem entender a racionalidade da conduta do infrator, o que ajuda na interpretação e na aplicação da lei concorrencial. O primeiro deles é como reflexo da discriminação realizada para restringir a concorrência entremarcas. O segundo deles é pela colusão que possa haver entre produtor e um de seus distribuidores<sup>301</sup>. O terceiro deles é pela eventual imposição ao produtor da parte de um grande distribuidor de um preço injustamente mais favorecido. É quando se pode ter grave prejuízo à concorrência ou, no caso de o distribuidor não repassar o desconto indevidamente recebido ao preço de revenda, o locupletamento de lucros arbitrários.

No que tange à aplicação do direito concorrencial às relações intrarede, tem-se que, de um modo geral, aplicam-se os mesmos requisitos da lei concorrencial para distribuidores discriminados que façam ou não parte da rede. De um modo particular, contudo, o direito concorrencial é naturalmente vocacionado à análise caso a caso das particulares condições de mercado em que se encontrem os agentes em embate. Nesse sentido é que a pertença a uma rede vai suscitar questões fáticas que serão consideradas pelo direito concorrencial, cabendo destacar a extensão dos efeitos anticoncorrenciais da conduta discriminatória do produtor diante do fato de os distribuidores em rede dependerem economicamente do produtor.

Nesse passo, é preciso observar que (i) o direito concorrencial, como um todo, é refratário a punições a restrições verticais que não produzam efeitos anticoncorrenciais na linha horizontal, ou seja, na concorrência entremarcas, por meio da elevação do custo do rival, da implantação de barreiras à entrada de novos agentes no mercado e da facilitação na formação de cartéis. Assim, (ii) muito maior é a aversão do direito concorrencial para a consideração de embates entre competidores intramarca organizados em rede, o que é uma

---

<sup>301</sup> SALOMÃO Filho, Calixto. *Op. cit.*, p. 293.

marca da jurisprudência do CADE. Na pesquisa de jurisprudência que fizemos<sup>302</sup>, encontramos 11 casos tratando de discriminação de preços: 9 averiguações preliminares e 2 processos administrativos. Das 9 averiguações preliminares, 6 foram arquivadas por ausência de configuração do ilícito, 1 arquivada pela prescrição e em apenas 2 o CADE considerou a existência de indícios suficientes para prosseguir a investigação, convertendo as averiguações em processos administrativos. Os 2 processos administrativos foram arquivados pelo órgão julgar não estar caracterizado o ilícito concorrencial. Ou seja, não houve nenhuma condenação pela prática de discriminação de preço pelo CADE na pesquisa que fizemos.

Isso tem como explicação a presunção, *de todo válida*, de que o comportamento racionalmente esperado do organizador da rede (produtor ou distribuidor) é no sentido de preservar, tanto quanto possível, o equilíbrio e a eficiência do funcionamento da sua rede como um todo, o que é feito por meio da consideração equilibrada, equânime e igualitária dos interesses individuais dos membros da rede<sup>303</sup>. Assim, eventual atitude que quebre essa presunção, gerando prejuízos a um dos membros da rede, seria questão *interna corporis*, que não traria consequências danosas ao mercado concorrencial visto amplamente, razão pela qual o foro adequado para a solução de tais problemas é a justiça comum sob a normação do direito civil-contratual. Daí a construção de requisitos rígidos e seletivos para a aplicação da Lei Antitruste.

Na aplicação da Lei Antitruste para a conduta de discriminação de preço no mercado intramarca, entendemos que a principal *variável aplicativa* a ser considerada para a caracterização do ilícito concorrencial reside na *finalidade protetiva* a se ter presente no momento da *medição dos efeitos anticoncorrenciais*: (i) a proteção ao concorrente prejudicado com a discriminação apta a afastá-lo do mercado; ou (ii) a proteção do mercado concorrencial em que atue os diversos distribuidores menores no sentido de se verificar a existência de prejuízo de parcela relevante nesse mercado. Aqui faz todo o sentido a tese

---

<sup>302</sup> Pesquisa realizada em fevereiro de 2011 com o conector “discriminação” na pesquisa de jurisprudência oferecida no site do CADE. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>.

<sup>303</sup> Essa presunção foi esposada pelo CADE no Processo administrativo nº 08012.003592/98-44, Plenário CADE, Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, j. 22/02/2002. Do voto do Relator, extrai-se: “Note-se, por outro lado, que as editoras evidentemente não têm qualquer interesse, individualmente ou em grupo, de prejudicar o funcionamento ou aumentar o custo da rede de distribuição por livrarias. (...). É portanto do interesse de cada editora, individualmente, que a infraestrutura de livrarias permaneça financeiramente saudável para que possa investir e manter um ambiente competitivo que proporcione às editoras o menor custo de distribuição e o maior alcance aos leitores”.

defendida por FORGIONI de que o direito concorrencial é instrumento para a adoção de políticas públicas de maior ou menor proteção a determinados setores ou agentes econômicos e de maior ou menor repressão a determinadas condutas anticoncorrenciais a depender das *estruturas* arraigadas em cada sociedade e do momento histórico que carrega as suas próprias e passageiras *conjunturas*<sup>304</sup>.

Ainda que brevemente é preciso analisar alguns conceitos que funcionam como condições de aplicação da Lei Antitruste brasileira, tais como o de mercado relevante e o de posição dominante.

## 11.2.2 A definição do mercado relevante

### 11.2.2.1 O mercado relevante comumente definido

O mercado relevante é o ambiente em que serão medidos os possíveis efeitos anticoncorrenciais da conduta do agente. É onde será medido se o mercado é competitivo ou não e definido quem possa ser considerado como detentor de posição dominante. A definição do mercado relevante sobrepõe na medida em que a competição entre dois ou mais distribuidores num mesmo mercado relevante geográfico é alçada a requisito para a configuração do ilícito de discriminação de preço, tanto pela jurisprudência norte-americana, quanto pela jurisprudência do CADE<sup>305</sup>.

O Anexo V da Resolução CADE nº 15/1998 informa os conceitos de mercado relevante do produto e mercado relevante geográfico:

“1.6.1. MERCADO (S) RELEVANTE(S) DO(S) PRODUTO(S) Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas

---

<sup>304</sup> Tese amplamente defendida em todas as suas obras sobre o tema. Para referência: *Os fundamentos do antitruste, cit.*, p. 193-199.

<sup>305</sup> AP nº 08012.000487/00-40, Plenário CADE, Rel. Thompson Almeida Andrade, j. 20/06/2001. Representante: Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores – Fenabrave. Representadas: Associação Nacional de Fabricantes de Veículos – Anfavea, Fiat Automóveis S/A, Volkswagen do Brasil Ltda., General Motors do Brasil Ltda., Ford Motor Company Brasil Ltda. Extraí-se do voto do Relator: “Diferenças de tempo trânsito podem ter alguma relevância para transporte de veículos entre concessionários localizadas em diferentes regiões do país, porém estes concessionários não concorrem entre si. Assim, para concessionários localizados num mesmo município ou região, os intervalos de tempo previstos e concedidos sem a cobrança de encargos são similares e as beneficiam igualmente”.

*características, preços e utilização.* Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

1.6.2 MERCADO(S) RELEVANTE(S) GEOGRÁFICO(S). Um mercado relevante geográfico compreende *a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços.* A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.” (Grifou-se)

O procedimento é primeiro definir o mercado do produto e, após, restringir o mercado geográfico em que este produto é oferecido “em condições suficientemente homogêneas em termos de preços e preferências dos consumidores” ao consumidor (sentido amplo). A definição do mercado relevante não é tarefa fácil, nem tencionamos dirimi-la nesta seara. A ampliação ou redução do mercado relevante é decisiva para a configuração da discriminação de preço e para a aferição de eventual posição dominante do infrator.

Importa observar que a definição de mercado relevante atende a fins concorrenciais e *poderá não ser inteiramente importada para a análise da ilicitude da discriminação de preço no campo contratual.* Citemos um exemplo. Pelo teste do monopolista hipotético e mesmo pela análise da satisfação das necessidades do consumidor<sup>306</sup>, pode-se chegar à conclusão que os postos de combustíveis bandeirados, aqueles vinculados a distribuidoras de combustíveis (BR Distribuidora, SHELL, ESSO, por exemplo) por meio de contrato de distribuição com exclusividade de compra, não compartilham do mesmo mercado relevante que os postos chamados de “bandeira branca”, que atuam sem vinculação a uma determinada distribuidora (subdistribuidores independentes), já que, mesmo diante de um certo aumento de preço pelos postos bandeirados, o consumidor não irá migrar para os “bandeira branca” dada a confiabilidade e a qualidade que inspiram os postos bandeirados. Assim, eventual discriminação de preço

---

<sup>306</sup> O primeiro teste é o mais usado no direito norte-americano e indicado pelo CADE na Portaria conjunta SDE/SEAE nº 50/2001, enquanto que a análise da preferência do consumidor é mais utilizado na Europa

praticada por uma distribuidora entre um posto da sua rede e um posto independente será irrelevante para a caracterização de ilícito concorrencial.

O ilícito deve ser analisado no mercado relevante em que produza ou tenha aptidão a produzir efeitos. No caso das restrições verticais, em que o mercado da produção está ligado ao mercado da distribuição, a análise se torna mais complexa e deve oscilar entre a competitividade existente no mercado de origem da prática e os efeitos produzidos no mercado alvo, o que será trabalhado adiante.

#### 11.2.2.2 O mercado intrarede forma um mercado relevante próprio?

A questão que se coloca é: se o mercado relevante é definido a partir da análise do grau de substituíbilidade dos produtos adquiridos pelos consumidores (sentido amplo), a rede contratual, em que a possibilidade concreta de substituição dos produtos adquiridos pelos distribuidores é bastante remota, poderia ser considerada um mercado relevante próprio?<sup>307</sup> Nesse apartado mercado relevante, estaria desvelada a real e concreta “posição dominante” exercida pelo produtor organizador da rede e, assim, a aplicação da lei concorrencial no ambiente intrarede seria amplamente admitida e rigidamente eficaz.

Em termos mais concretos, a análise do mercado relevante entremarcas ao nível da produção, por exemplo, releva quais as empresas produtoras que disputam o mesmo mercado do produto e geográfico por oferecem, aos distribuidores, produtos substituíveis entre si em razão do preço e das suas características num dado espaço geográfico em que os distribuidores possam adquiri-los em condições homogêneas de concorrência. Assim, a verificação da posição dominante de um desses produtores será analisada comparativamente aos demais produtores atuantes nesse mercado relevante, medindo-se a parcela de mercado que detenha ao nível da produção, por comercializá-la ao nível da distribuição. O que a doutrina norte-americana tem procurado desenvolver é que, além desse mercado em que se analisa a atuação dos produtores em relação a todos os distribuidores que deles adquiram produtos, independentemente de haver vinculação contratual impositiva nesse sentido, há o mercado específico das relações entre produtor e os distribuidores que lhe sejam vinculados em rede. Para esses distribuidores, o custo para se desvincular da rede (pela quebra do

---

<sup>307</sup> Lança luzes no direito brasileiro sobre esse ponto, com a habitual competência, FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*, cit., p. 396 e ss.

contrato) é por demais oneroso, a ponto de, concretamente, impedir que venham a adquirir produto dos demais produtores. Assim, haveria um terceiro mercado, o mercado relacional entre produtor e distribuidores, em que o produtor possuiria inegável posição dominante, a cujo controle seria chamado o direito concorrencial<sup>308</sup>.

O tema demanda duas respostas: a primeira quanto à definição de mercado relevante; a segunda quanto à adequação dogmática da consideração a um mercado relevante próprio da rede contratual.

Não há como justificar a existência de um mercado relevante intrarede pelas definições de mercado relevante oferecidas pela doutrina e pelas *guidelines* lançadas pela autarquia responsável pela defesa da ordem econômica, extraindo-se delas uma forçosa caracterização de mercado relevante intrarede. Isso porque essas definições são elaboradas a partir do ponto de vista do consumidor que está, presumivelmente, em uma situação de liberdade de escolha diante dos vendedores; então o mercado é mensurado pela oferta de produtos que atendam às necessidades dos consumidores dentro dos preços que venham a ser praticados concretamente pelos vendedores numa dada região geográfica. Assim, quando se fala em preços concretamente praticados por vendedores em uma dada região geográfica, está-se referindo aos preços que concretamente *oferecem* nesse mercado aos consumidores. A definição do mercado relevante é, pois, realizada pelos produtos substituíveis a preços compatíveis, preços esses oferecidos pelos vendedores em um dado mercado, sem qualquer consideração de ônus de outra natureza que os consumidores possam ter, na situação individual de cada um, para a aquisição daqueles produtos. Em conclusão, o mercado relevante é definido tendo em conta a *situação concreta* dos produtos e preços *oferecidos* em um dado mercado e a *situação potencial* de que venham a ser *adquiridos* pelos consumidores (sentido amplo). Não são consideradas as situações concretas de impedimentos individuais que determinados consumidores ou grupos de consumidores, por força de restrições contratuais outras, tenham nesse mesmo mercado. Os conceitos são postos para que se identifiquem o mercado como um todo: todo o mercado em que diferentes produtores concorram nas suas vendas a potenciais distribuidores e não o particular mercado dominado por um produtor nas suas vendas a concretos distribuidores.

---

<sup>308</sup> SULLIVAN, Lawrence; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. Saint Paul: West Group, 2000, p. 475. *Apud* FORGIONI, *Contrato de distribuição*, cit., p. 399.

De outra parte, a segmentação do mercado relevante para abarcar o mercado intrarede, sem mais, subverte “(...) a lógica do direito da concorrência e os efeitos típicos por ele perseguidos (proteção da concorrência e não do agente econômico singularmente considerado)”<sup>309</sup>. A consideração do mercado intrarede como um mercado relevante é dogmaticamente imprópria dentro dos limites normativos do direito concorrencial e teria como consequência a migração de embates pontuais de dentro da rede, em que sempre haveria posição dominante do organizador, sem efeitos prejudiciais à concorrência no mercado atingido pela prática, para a esfera do direito concorrencial. Assim, em síntese, deve ser afastada essa possibilidade. Isso significa dizer que a situação de dependência econômica dos distribuidores *não é suficiente para ser utilizada como critério* para a definição de um mercado relevante, com todas as consequências daí advindas, mas não significa dizer que essa situação de dependência econômica não possa ser utilizada como *prova de prejuízo concorrencial* a ser levada em consideração para fins de caracterização do ilícito concorrencial, como se verá.

### 11.2.3 A posição dominante

A posição dominante é definida no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.884/94 nos seguintes termos: “Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”. O § 3º traz uma presunção de existência de posição dominante a partir da medição do *market share* de uma empresa ou grupo de empresas: “A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

De acordo com a melhor doutrina, a posição dominante se caracteriza pela independência e pela indiferença do agente em um determinado mercado relevante, no sentido

---

<sup>309</sup> FORGIONI, *op. cit.*, p. 401. A Autora admite a segmentação do mercado intramarca quando o prestígio da marca for tamanho que indique a possibilidade de haver mercado relevante apartado, mas em razão dessa qualidade mesma do produto para todos os distribuidores e não pela vinculação contratual em rede, segundo interpretamos do texto.

de poder fixar preços e adotar estratégias de atuação no mercado sem que sofra retaliações que lhe possam causar prejuízo concorrencial relevante<sup>310</sup>.

O que importa observar é que a posição dominante é considerada, para as restrições verticais em geral, como a única situação em que se terá efeitos anticoncorreciais passíveis de punição, seja por atingir os concorrentes na linha horizontal, seja por prejudicar o consumidor final na linha vertical. Ocorre que, na hipótese da discriminação de preço, tem-se, de fato, que a lei elegeu como interesse protegido a preservação de concorrentes pequenos no mercado como fim válido a se promover uma concorrência mais aberta, com a manutenção do maior número de competidores no mercado. Assim, a discussão se desloca para o campo da ponderação dos interesses protegidos pela lei concorrencial, que terá reflexos na precisão dos requisitos necessários para a existência do ilícito.

#### 11.2.4 Análise dos requisitos para a existência do ilícito

O estudo vai se dirigir exclusivamente à discriminação de preços que tenha efeitos verticais, ou seja, a discriminação de preço no mercado concorrencial intramarca, em que atuam os distribuidores que adquirem de um mesmo produtor. Com efeito, não importa, para o presente estudo, que se propõe analisar a vedação à discriminação de preço entre distribuidores que adquiram de um mesmo produtor (competição intramarca), a discriminação de preço praticada por produtor com o objetivo de conquistar mercado dos seus concorrentes (competição entremarcas), para o que se exige, sempre, posição dominante.

##### 11.2.4.1 Efeitos concorreciais com posição dominante

O enquadramento da discriminação de preço como ilícito concorrencial dependerá da interpretação dos interesses protegidos pela norma do inciso XII do art. 21 e do peso a ser atribuído a eles na aplicação da norma. Pode-se considerar como interesses tutelados pela norma: (i) a proteção dos concorrentes menores contra a discriminação de preço (“primary line injury”); (ii) a proteção dos concorrentes menores somente na medida em que a discriminação possa levar à exclusão deles do mercado concorrencial (“secondary line injury”); ou (iii) a proteção dos concorrentes menores somente na medida em que a provável

---

<sup>310</sup> FORGIONI, *idem*, p. 396.

exclusão deles do mercado provoque prejuízos no mercado do consumo final (consideração ponderada dos interesses dos consumidores na aplicação da norma – “total social wealth” da Escola de Chicago).

Assim, ainda que os efeitos anticoncorrenciais sejam diretamente produzidos no mercado da competição intramarca (mercado da distribuição), parte-se da análise da competitividade existente no mercado de origem, o mercado entremarcas em que atuam os produtores e pode-se chegar à análise do impacto no mercado do consumidor final.

Na discriminação de preço sancionada pelo direito concorrencial, pode-se concluir que a exigência de posição dominante, seja pelo produtor que discrimine, seja pelo distribuidor favorecido pela discriminação, é a regra, justamente porque é a situação em que se pode presumir, em juízo de “alta probabilidade”, que a conduta trará consideráveis impactos anticoncorrenciais nos respectivos mercados, condição essa que seria necessária para a aplicação da Lei Antitruste.

No caso de se ponderar os interesses do consumidor final, será inafastável a exigência de abuso de posição dominante no mercado relevante ao nível da distribuição, ou seja, somente haverá prejuízos ao consumidor final se a discriminação de preço favorecer um distribuidor com posição dominante nesse mercado. Para o prejuízo concorrencial no mercado do consumo final, importa o exercício de posição dominante no mercado da distribuição.

O mercado relevante ao nível da distribuição é formado por todos os distribuidores que revendam produtos substituíveis entre si numa mesma área geográfica: há concorrentes intramarca e concorrentes entremarcas nesse mercado, portanto. Em geral, mas não necessariamente, a baixa competitividade no mercado da distribuição é reflexo da baixa competitividade no mercado da produção. Assim, nessa concepção de interesse protegido, não haveria ilícito sem que pelo menos o beneficiado com a discriminação, o distribuidor, detivesse posição dominante no mercado de competição intramarca e entremarcas ao nível da distribuição. É possível que um grande distribuidor concentre a atividade de revenda, detenha posição dominante nesse mercado, de forma que, uma vez favorecido com preços injustamente menores lhe concedidos pelo produtor, possa aumentar ainda mais o seu domínio no mercado e, com a só redução de seus preços, produzir efetivamente ou ter aptidão a produzir efeitos anticoncorrenciais de exclusão de *relevante parcela de competidores menores*

atuantes no mercado da distribuição. Essa situação, por si só, diante do fundamento de que a provável exclusão de um grande número de concorrentes no mercado da distribuição terá efeitos concorrenciais, no médio e longo prazos, maléficis ao consumidor final, poderia autorizar a aplicação da Lei Antitruste.

Uma ponderação que atribua ainda maior peso à finalidade de se alcançar bem-estar do consumidor, com uma aplicação menos rígida do direito concorrencial (“high standard” anticoncorrencial), poderá ainda exigir que o distribuidor com posição dominante favorecido com a discriminação de preços venha a praticar *preços predatórios* no mercado, e não simplesmente preços menores que os praticados pelos seus concorrentes. A prática de preços predatórios, aliada a sua posição dominante no mercado, é que permitiriam supor a eliminação de relevante parcela de competidores menores no mercado da distribuição, com a fixação de preços “supracompetitivos”, ao depois, pelo distribuidor como forma de recuperar os gastos que teve com a prática predatória e, assim, prejudicar efetivamente o mercado do consumo final. Essa exigência mais rígida foi adotada no caso Brooke, pela análise das suas razões como requisitos genéricos da aplicação do RPA, como estudado na jurisprudência norte-americana.

No caso de se ponderar a proteção dos distribuidores discriminados na medida em que atinja o mercado concorrencial da distribuição (“secondary line injury”), a análise da posição dominante se volta ao mercado entremarcas da produção. Nesse sentido, somente haveria ilícito se o mercado entremarcas *upstream* não for competitivo. O raciocínio é que, em havendo competição no mercado entremarcas, não haveria efeitos anticoncorrenciais no mercado da distribuição, na medida em que o distribuidor discriminado simplesmente deixaria de comprar desse produtor e passaria a se abastecer com os demais produtores que atuam em forte concorrência no mercado da produção. Uma vez constatado que o produtor discriminador detenha posição dominante no mercado, passa-se a verificar em que medida a discriminação de preços efetivamente tenha prejudicado o mercado concorrencial ao nível da distribuição. Nesse ponto, procede-se à verificação do grau de competitividade existente no mercado da distribuição e quais os preços de revenda praticados nesse mercado. De fato, pode ser que, mesmo em havendo posição dominante do produtor, a discriminação de preço por ele praticada não tenha o condão de provocar a exclusão de competidores menores no mercado da distribuição, em razão de ser um mercado pulverizado em que as vantagens auferidas por um ou mais de um distribuidor vá se diluir sem perda de *market share* pelo distribuidor

desfavorecido. A reclamação do distribuidor desfavorecido, portanto, deverá ser acompanhada da prova de efetivo prejuízo concorrencial (perda relevante de *market share* na razão direta da prática discriminatória de preços) ou de forte presunção de que esse efeito irá ocorrer, por meio da demonstração da baixa de preços promovidas pelos distribuidores concorrentes na razão direta do favorecimento que tiveram com a discriminação. Com efeito, pode bem ocorrer que o distribuidor favorecido pela discriminação de preço não repasse essa vantagem ao seu preço de revenda, apropriando-a como lucro, de forma que nenhum efeito anticoncorrencial ensejará.

A jurisprudência do CADE não é conclusiva a respeito dos requisitos necessários para a configuração do ilícito, seja pela existência de poucos processos administrativos que investiguem a fundo a conduta potencialmente discriminatória, já que a maioria dos casos são de averiguações preliminares em que existem outras circunstâncias capazes de afastar, de plano, a necessidade de maior investigação, seja porque o órgão fica adstrito ao interesse concretamente reclamado na representação, não dispondo sobre as condições gerais exigidas pela Lei nº 8.884/94 para a configuração do ilícito da discriminação de preços.

No Processo administrativo nº 53500.013140/2005, Plenário CADE, Rel. Paulo Furquim de Azevedo, j. 09/04/2007, algumas empresas que prestam serviço de acesso à internet (provedoras de acesso à internet) representaram contra o Grupo Telemar pelo fato de a Oi Internet, empresa do grupo, ter lançado serviços de acesso à internet a preços predatórios, em razão da sua integração *upstream* com a Telemar. O processo administrativo foi arquivado, dentre outros motivos, pelo fato de o preço reduzido para o acesso numa determinada velocidade ter sido oferecido às demais concorrentes, e porque a Oi Internet, em sendo empresa entrante no mercado, não disporia da posição dominante necessária para a imposição de preços discriminatórios no mercado de prestação de serviço de acesso à internet. Aqui o Conselho ficou vinculado à denúncia de prática de preço predatório pela Oi Internet.

Na Averiguação Preliminar nº 08012.006722/1999-45, Plenário CADE, Rel. Fernando de Oliveira Marques, j. 14/04/2004, um dono de posto, que se dessume “bandeira branca” (subdistribuidor independente), representou contra a SHELL em razão de suposta prática de discriminação de preços em favor dos postos da sua rede. Aqui, sim, o principal argumento utilizado para afastar o ilícito foi a existência de competitividade no mercado

entremarcas de distribuidoras de combustíveis, de modo que, mesmo em tese, não se considera viável a produção de efeitos anticoncorrenciais. Do voto do Relator, extrai-se:

“Vale registrar que a SDE, concluindo sua manifestação, afirma que, mesmo que tal fato (de a Shell administrar os postos supostamente beneficiados pela adoção da conduta noticiada) tivesse sido demonstrado, a representada teria, à época, de ter enfrentado a concorrência de pelo menos quatro grandes distribuidoras de combustíveis, como são a BR, a Ipiranga, a Esso e a Texaco. Nesse ambiente de forte rivalidade, a ação de favorecer, além do razoável, certos revendedores não se sustentaria por um tempo que pudesse justificá-la. Por isso, *dado o real poder de contestabilidade do mercado, não se afigura sustentável, ou até mesmo possível a prática denunciada*, não obstante não ter sido, ao menos, trazidos indícios de que ela poderia ter ocorrido.” (Grifou-se).

Em um caso de julgamento de ato de concentração, Ato de concentração nº 08012.001723/2008-64, Plenário CADE, Rel. Luiz Fernando Rigato Vasconcellos, j. 07/05/2008, envolvendo a criação de uma *joint-venture* entre a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e a sul-coreana Dongkuk Steel Mill Co. para atuar na fabricação de placas de aço, que tem como insumo o minério de ferro, de que a CVRD detém inegável posição dominante no mercado nacional, sendo mesmo líder de vendas no mercado internacional, o CADE demonstrou preocupação quanto a uma cláusula (de teor confidencial) que apresentava condições comerciais (não se sabe quais) mais benéficas à *joint-venture* em comparação com as demais empresas siderúrgicas do mercado nacional. Daí porque aprovou o ato com a ressalva de que as condições mais benéficas fossem estendidas para as demais empresas atuantes no mercado da siderurgia, que adquirem o seu principal insumo, o minério de ferro, da CVRD. Isso a apontar a preocupação do CADE com a discriminação praticada por produtores que detenham posição dominante.

Por fim, pode-se trazer à consideração a situação do distribuidor com posição dominante no mercado que consiga obter do produtor preços injusta e excessivamente menores, sem que tal se reverta em prejuízo concorrencial no mercado da distribuição pelo fato de esse distribuidor não repassar o desconto ao seu preço de revenda. Quando isso ocorra com distribuidores sem posição dominante no mercado, o ato não terá qualquer relevância jurídico-concorrencial, mesmo porque a redução do preço foi determinada pelo produtor, com ou sem colusão com o distribuidor, mas não imposta pelo distribuidor com posição dominante no mercado. Essa imposição do distribuidor com forte poder de mercado a produtores em

situação vulnerável em mercado competitivo na linha da produção, em que se obtenha preços excessivamente reduzidos não repassados ao consumidor pode, em tese, ser associada ao efeito do inciso III do art. 20 – aumento arbitrário dos lucros. Assim, o efeito do inciso III não estaria necessariamente ligado à finalidade de proteção do consumidor (sentido amplo) explorado por vendedor que aufera, pela prática de preço excessivo, lucros arbitrários, *podendo desvelar uma finalidade geral de vedação ao auferimento excessivo e desleal (a compor a arbitrariedade) de lucros da parte de qualquer agente econômico*. É uma das possíveis consequências, extrema, sim, do *buyer's power*, que é referida aqui somente como uma possibilidade, em tese, da aplicação da lei concorrencial.

#### 11.2.4.2 Efeitos concorrenciais sem posição dominante

A concepção mais protetiva que pode ser dada ao inciso XII do art. 21, de que serve à imediata proteção dos competidores sem poder de mercado, no pressuposto de que a sua manutenção, a qualquer custo, no mercado promova uma concorrência mais justa na medida em que preserve esses agentes, foi a adotada pela jurisprudência norte-americana no caso Morton Salt, ainda seguida por algumas cortes locais, como estudado. Para essa concepção, basta a prova de uma injusta diferenciação de preço, que seja substancial, para se presumir, quase que de forma absoluta, a existência de efeitos anticoncorrenciais que a lei pretenda afastar. Nos casos norte-americanos analisados, não houve a discussão sobre a existência de poder dominante da parte do produtor que tenha praticado a discriminação de preços. Pode-se concluir que, nessa linha de interpretação/aplicação da lei concorrencial brasileira, fosse suficiente a limitação da livre concorrência protegida pelo inciso I do art. 20, que é presumivelmente atingida pelo direto atingimento dos concorrentes discriminados, sem que, de fato, se perquirisse a existência de posição dominante da parte do infrator (produtor que discrimina).

A partir de uma análise geral do modo como o CADE enfrenta o tema (na pesquisa realizada, não encontramos nenhuma condenação) e pela firme concepção de que o direito concorrencial não se presta à proteção dos concorrentes, mas da concorrência, é possível afirmar, com certa segurança, que o CADE não sancionaria atos de discriminação de preço em que se tenha apenas “primary line injuries”, com presunção de afetação do mercado concorrencial, sem a presença dos demais fatores antes trabalhados.

No caso de se ponderar a finalidade de proteção dos concorrentes na medida em que a discriminação seja de tal forma contundente que possa se inferir a exclusão deles do mercado concorrencial (“secondary line injury”), ainda que normalmente se exija a existência de posição dominante da parte do produtor que discrimine, pode-se visualizar efeitos anticoncorrenciais ligados ao inciso I do art. 20, e, portanto, sem a necessidade de posição dominante, quando, na situação concreta, o distribuidor discriminado fizer parte de uma rede contratual de distribuição.

Com efeito, um dos elementos de análise do prejuízo concorrencial concreto ou presumido é justamente a abertura do mercado entremarcas ao nível da produção, por possibilitar ao distribuidor discriminado adquirir produtos substituíveis entre si de outro produtor. Ocorre que a sua presença em uma rede de distribuição denota, via de regra, uma situação de dependência econômica, com origem em rígidas limitações contratuais (como a exclusividade de compra e a obrigação de aquisição de quantidades mínimas) ou em situações propriamente econômicas de vinculação (poder da marca, por exemplo – cap. 7.3), que impede completamente ou limita fortemente a possibilidade de que o distribuidor discriminado possa contornar essa situação de prejuízo com potencialidade de interferir no mercado por meio do recurso a outro produtor concorrente. Assim, ainda que a situação de inserção em rede não possa ser utilizada como critério para a demarcação de mercado relevante próprio, ela pode ser utilizada como prova de prejuízo concorrencial que possa atrair a incidência da Lei Antitruste.

Aceitar essa aplicação da Lei Antitruste brasileira, contudo, exige uma posição do órgão aplicador, especialmente na jurisdição administrativa, que é o primeiro lugar em que as questões serão solucionadas, de aberta consideração à proteção dos concorrentes menores ante à possibilidade de que venham a ser excluídos do mercado, tendo como fundamento, que, na verdade, é o fundamento comum às demais concepções – o que varia é a sua forma de concretização -, a necessidade de preservação, tanto quanto possível, do maior número de competidores em um dado mercado. Temos fundadas dúvidas de que essa será a postura do CADE, sem qualquer conotação crítica nessa observação, pois é válido que se reserve uma aplicação da Lei Antitruste para casos em que a discriminação tenha maior repercussão no mercado, podendo mesmo a lei ganhar em eficácia se for firmemente aplicada em hipóteses tais. De repente, no caso levantado, poder-se-ia exigir prova de que a discriminação de preços aos membros de uma rede bastante capilarizada tivesse atingido muitos deles em favor de

apenas um distribuidor com relativo poder de mercado, situação que, somada à especial vinculação da marca aos consumidores finais, possa indicar grave prejuízo no mercado concorrencial de distribuição intramarca<sup>311</sup>.

#### 11.2.5 As circunstâncias que autorizam a diferenciação de preços

Da análise da jurisprudência do CADE, recolhem-se as seguintes circunstâncias que justificam a diferenciação de preço, ou seja, na presença das quais, não se pode considerar a diferenciação como discriminatória, hipótese em que não há necessidade de se ingressar na prova dos prejuízos à concorrência antes delineados. Essas circunstâncias se somam às extraídas dos casos norte-americanos. São elas:

(i) A existência de diferenças comerciais entre dois distribuidores que importem a economia de custos do produtor nas vendas dos mesmos produtos: é a economia de escala que se pode ter com o volume adquirido, o transporte (cláusula CIF ou FOB), os métodos de produção e a forma de pagamento (à vista, por exemplo). No Processo administrativo nº 08012.003592/98-44, Plenário CADE, j. 22/02/2002, o Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto considerou essas diferenças sob o critério que chamou de “racionalidade individual de rentabilidade comercial”. Nas suas palavras:

“As diferenças observadas podem portanto ser atribuídas a práticas comerciais legítimas de livre negociação, que podem gerar combinações distintas de ofertas de condições de preços, descontos, prazos para pagamento, aceitação de devolução de estoques e outras variáveis da transação, em função de atributos particulares do cliente e da transação, como volume da venda, crédito do cliente, etc.”

Na Averiguação preliminar nº 53500.005669/2002, Plenário CADE, Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, j. 13/07/2007, considerou-se justificável a diferença de preços para os mesmos produtos quando em contrato por tempo determinado e quando em contrato por tempo indeterminado, uma vez que “(...) o grau de incerteza gerado pelo contrato por tempo indeterminado é repassado para o preço, ocasionando sua elevação”.

---

<sup>311</sup> FORGIONI esposa entendimento no sentido de que a vinculação à marca pelos consumidores finais pode ser de tal forma elevada a justificar mesmo um mercado relevante próprio. *Contrato de distribuição, cit.*, p. 399 e ss.

(ii) O oferecimento dos mesmos preços ou das mesmas condições comerciais vantajosas de venda a todos os distribuidores que compitam no mesmo mercado relevante: o que restou expressamente aceito no Processo administrativo nº 53500.013140/2005, Plenário CADE, Rel. Paulo Furquim de Azevedo, j. 09/04/2007.

(iii) O oferecimento de preço promocional: ainda no Processo administrativo nº 53500.013140/2005, o Rel. Paulo Furquim de Azevedo, seguindo jurisprudência do próprio CADE, firmou entendimento de que o oferecimento de preços promocionais, em que há limitação de tempo e quantidades ofertadas, não pode ser utilizado como parâmetro de comparação para fins de caracterização de ilícito de discriminação de preços.

Não se pôde concluir com precisão qual o interesse que o CADE entende protegido no ilícito do inciso XII do art. 21, nem o peso a ser dado a esse interesse quando diante de outros interesses protegidos pelo direito concorrencial (precisamente a concorrência no mercado do consumo final), com a definição dos requisitos para a configuração do ilícito. O que se tem é que a jurisprudência do CADE aponta para uma aplicação branda da Lei Antitruste, exigindo-se um elevado padrão (“high standard”) para a configuração do ilícito, geralmente associado ao exercício abusivo de posição dominante em razão dos efeitos potencializados que efetivamente produz ou tem aptidão a produzir no mercado concorrencial. Nesse sentido, a proteção do distribuidor individualmente discriminado em uma rede contratual de distribuição, no ordenamento jurídico brasileiro analisado do ponto de vista da efetiva aplicação de suas normas, é fornecida de forma precípua pelo direito civil-contratual (resultado da unificação do direito privado em matéria obrigacional), objeto do capítulo que segue. A análise da *ratio* que permeia o direito concorrencial, quando comparada com a *ratio* do direito contratual será de fundamental importância no estabelecimento de relações jurídico-instrumentais entre ambos no que tange aos *requisitos exigidos* para a configuração do ilícito *civil* de discriminação de preços dentro da rede contratual de distribuição.

## 12. A limitação civil-contratual pelo exercício abusivo de direito

O campo da vedação à discriminação de preço entre os membros de uma rede contratual de distribuição em que o objeto da tutela jurídica seja propriamente os interesses patrimoniais dos contratantes é o do direito contratual, cuja disciplina – contratos entre civis e entre empresários - foi unificada no Código Civil de 2002. No direito privado unificado é que terá *relevância jurídica própria* (i) a consideração direta e individual dos interesses dos contratantes de que não venham a sofrer prejuízo pela injusta diferenciação de preço praticada pelo produtor, (ii) a circunstância negocial de estar um contrato ligado funcionalmente a outro numa rede contratual (ambiente intrarede), de modo a alterar o entendimento da função econômica do direito de determinação de preço atribuído ao organizador da rede e a concretização dos deveres laterais decorrentes da boa-fé nesse novo contexto negocial, e (iii) a situação de dependência econômica entre os distribuidores e o organizador da rede, de modo a atrair *maior controle* sobre o exercício do direito de fixação de preço, admitindo-se, assim, que o controle possa ser gradual. Os requisitos para a configuração do ilícito civil serão construídos em atenção a essas três diretrizes próprias do direito civil-contratual, tendo papel relevante o estudo anteriormente realizado sobre o direito concorrencial no sentido de permitir aproximações e distanciamentos entre os dois regimes jurídicos reguladores de uma mesma situação fático-contratual a partir das diferentes finalidades, critérios de justiça e exigências normativas (de prova ou demonstração potencial de danos e de requisitos configuradores do ilícito) existente entre ambos.

O controle na definição do preço pelo organizador da rede de distribuição, no âmbito do direito civil-contratual unificado, será feito pela aplicação do art. 187 do CC/02, que trata da vedação ao abuso de direito no ordenamento brasileiro<sup>312</sup>. Existe fundada dúvida em enquadrar normativamente esse controle pela aplicação do princípio da boa-fé constante na cláusula geral do art. 422 (<sup>313</sup>) ou pela cláusula geral de ilicitude pelo exercício abusivo de direito do art. 187. Entendemos que o melhor *enquadramento normativo* é no *thopos* do exercício abusivo de direito. A um porque se está efetivamente diante de um direito potestativo considerado lícito, em que o controle se desloca para o modo do seu exercício *in concreto* nas redes contratuais de distribuição. A dois porque a limitação, em certa medida, é

---

<sup>312</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>313</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

já informada pelo fim econômico com que conferido o direito potestativo ao produtor organizador da rede, controle esse próprio do art. 187 que estaria fora do alcance do art. 422. A três porque, como será melhor desenvolvido, não se trata propriamente, aqui, da boa-fé na sua função de limitação do exercício de direitos nas hipóteses tipicamente construídas pela doutrina e jurisprudência (especialmente *non venire contra factum proprium*), em que a limitação decorre da proteção da confiança gerada na contraparte, mas do desenvolvimento de deveres laterais de conduta que possam orientar, tal qual um *standard* comportamental, o modo de exercício do direito de fixação de preço que exija um tratamento igualitário aos membros da rede. Por fim, do ponto de vista do *conteúdo normativo*, será aproveitado todo o largo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do princípio da boa-fé para aplicação do art. 187, apontando apenas uma sutil, mas importante, diferença de aplicação que pode ser extraída da comparação das duas cláusulas gerais, que decorre da exigência de “excesso manifesto” presente na cláusula geral do art. 187. O presente capítulo, assim, tem como objeto identificar dogmaticamente a existência de ilícito civil-contratual de discriminação de preço entre membros de uma rede contratual de distribuição e construir os requisitos necessários para a sua configuração, a partir das relações que possam ser travadas com o direito concorrencial e à luz da jurisprudência dos tribunais cíveis brasileiros nesse particular.

### **12.1 Preliminarmente: a extensão do art. 488 do CC/02**

Defendemos que o regime jurídico típico do contrato de compra e venda não poderia ser aplicado ao contrato de distribuição, a menos quando cabível a aplicação pelo recurso à analogia (cap. 9). Assim, pelo teste da analogia não passou o art. 489 do CC/02 que veda, nos contratos de compra e venda, que o preço seja arbitrariamente definido por uma das partes. Dentro da vedação geral ao arbítrio que pode se inferir como princípio do direito contratual, demonstramos os fatores jurídicos que justificam a licitude da cláusula que atribui ao produtor a fixação unilateral do preço nos contratos de distribuição. Há que considerar, ainda, a norma do art. 488 do CC/02 que tem pretensão de resolver, a seu modo, o problema da ausência de prévio acordo das partes sobre o preço. A norma dispõe que “Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor”. Se ainda persistir o impasse quanto ao exato preço que corresponda ao praticado pelo vendedor nas suas vendas habituais, o parágrafo único do artigo determina

que seja adotado o preço médio entre o que o vendedor entende como cabível e o exigido pelo comprador a partir de prova do valor que praticou em outros contratos similares na mesma época.

O histórico legislativo da norma revela ainda que foi importada do CCom 1850 ao regular o contrato de compra e venda mercantil, contrato que, como visto, correspondia, em parte, ao hoje denominado contrato de distribuição (cap. 5.1.2). A norma estava presente no art. 193 do Ccom 1850 (<sup>314</sup>). Assim, sobleva em importância a análise do art. 488, já que traz, para o regramento da compra e venda, norma cunhada para os contratos tipicamente comerciais de distribuição à época do CCom 1850. Admite-se, pois, que a norma seja aplicável, por analogia, aos contratos de distribuição.

A título de comparação, PONTES DE MIRANDA considerava aplicável a regra do art. 193 do CCom 1850 aos contratos de compra e venda então regulados pelo CC/16 como critério para a determinação do preço na ausência de sua pactuação. Fazia ainda a interpretação do dispositivo no sentido de se guardar a igualdade de tratamento para casos que correspondessem a condições comerciais de venda similares: “Se o vendedor costuma fazer abatimento conforme os fregueses, sómente se pode entender que o fez se o freguês entra na classe daqueles a que normalmente ou conforme prática do vendedor se faz a dedução de preço.”<sup>315</sup>

A questão que se coloca é se a norma do art. 488 seria suficiente para dar solução normativa adequada ao problema objeto do presente estudo: a discriminação de preço decorrente do exercício do direito potestativo atribuído ao organizador da rede. Entendemos que não. Conquanto, de fato, o dispositivo legal possa contribuir para a construção de sentido do princípio da boa-fé, um dos critérios para se aferir o abuso do direito, na sua interação sistêmica com as demais normas e valores informados pelo ordenamento jurídico-privado, não incide diretamente na regulação da hipótese em análise.

---

<sup>314</sup> Art. 193. Quando se faz entrega da coisa vendida sem que pelo instrumento do contrato conste preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e lugar da entrega; na falta de acordo por ter havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, prevalecerá o termo médio.

<sup>315</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, tomo XXXIX. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 39.

Com efeito, o suporte fático da norma do art. 488 é diferente do suporte fático do caso objeto do estudo. A norma incide quando o contrato não prever nenhum modo de determinação do preço: é o caso em que exista uma forte relação de confiança entre as partes e que os pedidos do distribuidor ao produtor vão se sucedendo até que se chegue ao termo combinado entre as partes para pagamento (final do mês, em geral). Nesse momento, o produtor apresenta os valores de cada pedido ao longo do mês, que deverá corresponder, pela incidência do art. 488 como *ius dispositivum*, ou seja, como direito aplicável na ausência de estipulação entre as partes, o preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Em havendo discordância pelo distribuidor, prevalecerá o preço médio, ainda segundo a norma.

Diferente é o suporte fático em que as partes concordam em que o preço seja definido pelo produtor, em que se admite que, então, pela vontade das partes, que o preço possa refletir uma *política de preço* adotada pelo produtor diante dos vários segmentos de distribuidores que atenda (importa aqui a divisão entre os distribuidores intrarede e os distribuidores independentes) e de tratamento aos distribuidores dentro de cada segmento. Nessa hipótese, não há necessidade de incidência de *ius dispositivum*, pois o contrato prevê uma forma própria de determinação do preço – direito potestativo ao produtor -, que deverá prevalecer em um primeiro momento. As normas cogentes do ordenamento jurídico vão incidir em um segundo momento, quando do exercício desse direito, quando do controle dos critérios que informam essa política de preço tal como exercida pelo produtor, que desafiará as medidas de justiça presentes no art. 187. A existência de cláusula que atribua ao produtor o direito de fixar o preço é mais comum em contratos de distribuição do tipo integrado (cap. 5.1.3) e, em geral, situados em rede, de modo a permitir justamente que a política de preço definida pelo produtor possa servir como um dos instrumentos para a inserção do produto no seu mercado de destino, como, por exemplo, a fixação de um preço elevado para manter a exclusividade de produtos diferenciados, o que vai exigir uma análise normativa mais densa no sentido de se verificar a correção da fixação do preço pelo produtor.

Além disso, a pretensão do distribuidor desfavorecido com o preço discriminatório fixado pelo produtor para a sua rede de distribuição será que lhe seja aplicado o menor preço fixado para contratantes que estejam em condições comerciais similares e não o preço médio, que é a solução dada pelo art. 488.

De todo o modo, a *ratio* do art. 488 contribui para o desenvolvimento de limites ao produtor no exercício da fixação de preço nas redes de distribuição, pelos critérios do art. 187. O art. 488 serve para estabelecer parâmetros para que o distribuidor não seja vítima de preços abusivamente cobrados pelo produtor. Na ausência de acordo sobre o preço e não sendo ele definido por meio de arbitragem de terceiros (art. 485) ou tabelamento (conforme previsão do art. 488), a *ratio* da norma do art. 488 é que se busque nos preços habitualmente praticados pelo produtor, com a ressalva da doutrina de PONTES DE MIRANDA, em que se exige a consideração a circunstâncias comerciais que assemelhem ou diferenciem os distribuidores para fins de fixação de preços diferenciados, um limite contra a possível abusividade do produtor.

Há ainda que considerar o fundamento material de eventual dever lateral de conduta consistente na exigência de trato igualitário aos membros da rede no que tange à fixação do preço, independentemente do dispositivo em que esteja positivado. Trata-se da distinção entre a norma (conteúdo) e seu veículo (continente). Ainda que se considerasse o art. 488, numa aplicação analógica à hipótese de fixação unilateral de preço pelo produtor, como o dispositivo que veicule um dever de tratamento igualitário quanto à determinação do preço pelo produtor, é preciso pontuar que os deveres laterais de conduta numa relação obrigacional possuem como norma fundante, como fundamento material de existência, o princípio da boa-fé, independentemente de estarem previstos em outros dispositivos legais ou contratuais (que seria a hipótese em que houvesse cláusula no próprio contrato exigindo que o preço fosse fixado de forma não discriminatória). Há duas consequências de ordem prática nessa distinção. A primeira é que, em sendo revogado o dispositivo legal, no caso o art. 488, permanece vigente a norma por estar atrelada ao princípio da boa-fé objetiva. A segunda é que o desenvolvimento do dever lateral a partir da boa-fé objetiva pode levar a comportamentos mais exigentes que os veiculados pelo dispositivo legal, assim como a construção de exceções ou diferenciações não previstas no dispositivo, o que dará um novo influxo interpretativo-aplicativo ao dispositivo em razão da referência que faz ao princípio que lhe é subjacente<sup>316</sup>.

---

<sup>316</sup> Nesse sentido, é a doutrina de SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90-91 e nota de rodapé nº 151.

Passemos, portanto, à análise da norma, como conteúdo, da vedação à discriminação de preço no direito contratual prevista nos critérios de limitação ao exercício de direito veiculados pela cláusula geral do art. 187.

## 12.2 O exercício abusivo do direito e seus requisitos genéricos

### 12.2.1 O abuso do direito no CC/02

O abuso do direito está positivado no art. 187, na Parte Geral do Código Civil de 2002, como uma das cláusulas gerais definidoras da ilicitude civil, ao lado do art. 186 que define a tradicional ilicitude do *neminem laedere* culposo. O abuso do direito positivado no CC/02 tem inspiração no texto do art. 334º do Código Civil português<sup>317</sup>. Afasta-se do abuso do direito de *matriz subjetiva* que marcou a introdução, pelas mãos da jurisprudência francesa, do instituto jurídico na dogmática desenvolvida sob o influxo do movimento codificatório do século XIX (<sup>318</sup>). Nessa matriz subjetiva, o abuso do direito é caracterizado pela adoção de atos emulativos por parte do seu titular, em que o direito é exercido com a intenção de prejudicar terceiros, sendo de pouca ou mesmo nenhuma utilidade para o titular<sup>319 320</sup>.

O abuso do direito adotado pelo CC/02, a sua vez, é de *matriz objetiva*. Nessa matriz objetiva, o abuso do direito não depende da análise da vontade do sujeito quanto à causação de danos a terceiros por força do exercício mesmo do seu direito. São adotados critérios para se aferir quando o exercício deixa de ser regular para ser considerado abusivo sem que a incidência da norma dependa de ato doloso ou culposo da parte do titular do direito que incorra em abuso. São três os critérios adotados pelo art. 187: o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé e os bons costumes. Dada essa dissociação com a origem do instituto, origem em que foi batizado como “abuso do direito”, alguns juristas entendem que o

---

<sup>317</sup> Art. 334º. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

<sup>318</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 55 e ss.

<sup>319</sup> São os famosos casos franceses da falsa chaminé para prejudicar a visão do vizinho e a colocação de hastes de madeira de dezesseis metros de altura para furar o dirigível utilizado pelo vizinho. Ver em JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>320</sup> Não é incomum ainda se encontrar na jurisprudência julgados que exijam a prova de ocorrência de ato emulativo para o enquadramento do ato como abusivo. Especificamente quanto à questão dos preços discriminatórios, cite-se o precedente firmado na Apelação cível nº 70021143268, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Dos Santos Caminha, j. 19/02/2009. Autor: Petrolí E Vedana Ltda; Ré: Liquigas Distribuidora S.A., a ser comentado adiante.

novo instituto deve igualmente receber um novo nome, qual seja, o de “exercício jurídico disfuncional”, até porque o “abuso” pode se dar pelo exercício disfuncional de qualquer posição jurídica ativa<sup>321</sup>. Entendemos que pode ser utilizada a mesma fórmula (“abuso do direito”), desde que seja alterado o seu conteúdo. Importa o entendimento da *ratio* do instituto, que na precisa visão de MARTINS-COSTA corresponde ao que segue:

“Por intermédio desta figura, compreende-se que as variadas formas do exercício jurídico configuram, necessariamente, a expressão da integração de liberdades coexistentes – pois são sempre liberdades e direitos, poderes, posições e faculdades que se exercem na ordem social, num ambiente regido pelo Direito e, portanto, polarizado por suas funções primárias de assegurar expectativas e de direcionar condutas”<sup>322</sup>.

Não importa aos fins do presente trabalho o debate sobre a natureza jurídica do instituto, se ilícito típico ou se ato ilegítimo (ilícito atípico)<sup>323</sup>. O Código expressamente o elege como um ilícito civil, ao defini-lo na Parte Geral em que trata dos atos ilícitos, e, de todo o modo, entendemos que não há contradição em termos em se considerar ilícito o exercício abusivo do direito. O direito continua a existir, tal como a lei expressamente venha a definir o seu conteúdo, estando, contudo, submetido a controle no seu exercício pelos critérios do art. 187. O direito não passa a ser considerado um ilícito; o seu exercício, quando ultrapasse os parâmetros estabelecidos pela cláusula geral do art. 187, é que é tipificado juridicamente como ilícito<sup>324 325</sup>. O exercício de forma abusiva é o ato tido como reprovável

---

<sup>321</sup> Usam o termo exercício disfuncional: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, p. 880. MARTINS-COSTA, Judith. O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 96, março de 2008, p. 48-58.

<sup>322</sup> *Op. cit.*, p. 50 (suprimidos grifos do original).

<sup>323</sup> Para o debate, remete-se o leitor para obra que se dedica em grande parte a ponderar as diversas posições doutrinárias a respeito: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>324</sup> Bruno MIRAGEM explica a diferença para o ilícito tradicionalmente concebido pelo ordenamento jurídico: “A existência de limites não desnatura a configuração do direito subjetivo, porquanto tem sua concepção vinculada sempre a um poder jurídico conferido pelo ordenamento. Diferencia-se, assim, do conceito formal de ilicitude já demonstrado, *pelo fato de não estabelecer sua causa como violação direta e expressa a norma legal*, ou seja, uma violação *a priori*, distinguida de modo imediato mediante o breve exame de uma dada relação jurídica. Trata-se, aqui, da violação a limites que a um só tempo são expressos por conceitos plurissignificativos, que buscam assegurar tanto as finalidades para as quais foram concebidos os direitos subjetivos e institutos jurídicos em geral quanto os elementos ético-juridicizados dos quais se utiliza o legislador para pontuar o esquema legal de previsão desses mesmos direitos”. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110-111.

<sup>325</sup> Defende a natureza jurídica de ato ilícito a obra de BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

pelo ordenamento jurídico. Além disso, a discussão não tem maior relevância para fins prático-aplicativos do instituto.

Necessário ainda pontuar que o CC/02 separou o plano da ilicitude (art. 187) do plano da responsabilidade civil (art. 927). Assim, como bem observa Bruno MIRAGEM, em sua tese de doutoramento sobre o tema, não é necessário, para a existência do ilícito do abuso do direito, que haja danos efetivos à parte atingida pelo exercício do direito<sup>326</sup>. De fato, a marca do ilícito é a reprovabilidade pelo ordenamento, que pode sancionar o ilícito de diversas formas: (i) pela sua invalidação, (ii) pela sua ineficácia, (iii) pela sua cessação, (iv) pela exigência que o exercício do direito atenda aos padrões exigidos pela função econômico-social do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes e (iv) pela reparação dos danos provocados (responsabilidade civil). Ou seja, a reparação de danos é uma das consequências de um ato ilícito; consequência bastante comum, por certo, porém não a única, *nem a que possa atender adequadamente ao interesse da parte lesada com a conduta abusiva*. A existência de dano é, pois, um requisito para que haja reparação civil e não propriamente para que se tenha como configurado o ilícito. Evidente que o ato ilícito depende, ao menos, de uma potencialidade danosa reconhecida pelo ordenamento jurídico, sob pena de se estar sancionando atos no vazio, sem qualquer perigo de dano, sem qualquer relevância jurídico-social para se justificar uma sanção, portanto, e sob pena de a parte reclamante, que não consiga demonstrar sequer potencialidade de dano, ser considerada carecedora de interesse jurídico-material na tutela do Estado. O que não pode haver é a exigência de dano como requisito genérico necessário para a configuração do ilícito do abuso do direito. Esse ponto ficará claro ao desenvolvermos os requisitos específicos para a limitação do exercício do direito de determinação do preço pelo organizador da rede. Estamos, ainda, no plano de estabelecimento da existência e extensão da limitação, na construção do *standard* orientador do exercício desse direito.

Assim, veja-se que a reprovação de um ato pelo fato de ser potencialmente lesivo não é circunstância que torna excepcional o modo de aplicação da Lei Antitruste. Nem mesmo a vinculação dos atos a determinados efeitos. Ao passo que a Lei Antitruste vincula o

---

<sup>326</sup> Nas palavras do Autor: “Nesse caso, note-se que não se exige para aplicação do artigo 187 do Código Civil a existência de dano, nem tampouco de relação jurídica já estabelecida entre as partes. Basta, pois, o exercício de direito que gere prejuízo a outrem, consistente em danos atuais ou potenciais, supressão de prerrogativas jurídicas, ou mesmo a imposição de deveres jurídicos de manter dadas relações ou efeitos jurídicos, em benefício daquele a quem proteja o fim econômico e social, a boa-fé ou os bons costumes naquela determinada situação concreta”. *Op. cit.*, p. 96.

ilícito à produção efetiva ou potencial de efeitos prejudiciais à concorrência, a lei civil vincula o ilícito à produção efetiva ou potencial de efeitos prejudiciais às partes individualmente consideradas de uma relação obrigacional com origem contratual ou legal. A especificidade da Lei Antitruste, em verdade, reside sobre a qualidade própria dos efeitos potenciais que protege – a justeza no mercado concorrencial como um todo –, que difere da qualidade própria, mais “modesta” e de mais fácil comprovação, dos efeitos potenciais danosos aos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais dos particulares. A limitação do exercício de posições jurídicas incide sobre as relações jurídicas de origem legal ou contratual, limitando-se o presente estudo às relações com origem contratual, propriamente nos contratos de distribuição em rede.

Ainda, uma terceira característica (além do perfil objetivo do ilícito e da sua separação com o plano da responsabilidade civil) da norma do art. 187 é ela ter sido formulada como cláusula geral, que é uma espécie de positivação, ao lado da positivação por meio de regras ou do simples enunciado exposto de princípios, que também podem ser encontrados implicitamente vigentes num determinado ordenamento jurídico, em que a hipótese de incidência e, bem assim, a consequência jurídica não são definidas de forma precisa, fechada, específica, com a determinação imediata dos comportamentos vedados pela norma a que se atribua uma determinada e certa consequência jurídica<sup>327</sup>. A cláusula geral do art. 187 traz em sua hipótese de incidência conceitos jurídicos indeterminados (fim econômico e social e bons costumes) e o princípio jurídico da boa-fé objetiva. O fato de ser cláusula geral, portanto, exige a construção de sentido normativo, ou seja, a identificação, tanto quanto precisa possa ser, dos comportamentos vedados ou exigidos para que um exercício não seja considerado abusivo. Assim, a concreção da cláusula geral se dá principalmente por meio do estabelecimento de *standards* de conduta pela reiterada jurisprudência dos tribunais e pelo trabalho de fundamentação e sistematização realizado pela doutrina, que têm como material os referenciais valorativos da cláusula, os padrões de comportamento socialmente exigidos em cada situação e as finalidades apontadas pela norma. Aqui vai importar o filtro aplicativo e orientador do *standard* empresarial de conduta trabalhado na primeira parte (cap. 2.3).

---

<sup>327</sup> Especificamente sobre cláusulas gerais e sua diferença em relação aos princípios jurídicos, ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 316 e ss.

A aplicação da cláusula geral será sempre modulada de acordo com o caso concreto, de forma que a mesma norma poderá ser aplicada diferentemente a depender dos elementos do caso concreto. Um é o padrão exigido para a fixação de preço em um contrato de distribuição celebrado sem ligação funcional com outros contratos. Outro é o exigido quando em rede (cap. 6). Mesmo em rede, há restrições por cláusulas contratuais mais ou menos intensas (cap. 5.1.3 e 6) e circunstâncias econômicas de vinculação diferenciadas (cap. 7.3), a revelar uma situação de maior ou menor dependência econômica do distribuidor diante do produtor. A cláusula contratual que define o modo de determinação do preço também pode variar, sendo mais restritiva a que atribua um tal direito à potestade do produtor; mesmo aqui se pode investigar se a potestatividade é ou não exercida de fato (cap. 8.2). A situação do mercado concorrencial também pode exigir aplicações diferenciadas no controle do produtor (cap. 5.1.1 e 11.2.4). O nosso objetivo é partir de uma situação contratual delineada em termos abstratos, porém precisos, com o intuito de se buscar um padrão comportamental mais bem definido, admitindo-se, sempre, a *gradação do controle* de acordo com o caso concreto. A situação contratual centralmente estudada é a do contrato de distribuição em rede em que há dependência econômica dos distribuidores diante do produtor organizador da rede, a quem se confere o direito potestativo de determinar o preço de venda dos produtos.

Importante notar, com Bruno MIRAGEM, que o exercício abusivo não é apenas definido em *termos negativos*, já que os limites do exercício podem ser traduzidos em *termos positivos*, o que significa dizer em pautas de conduta que devam ser seguidas para que não se configure o abuso<sup>328</sup>.

### 12.2.2 Os três critérios e o “excesso manifesto”

Bruno MIRAGEM separa o critério da finalidade econômico-social do direito como um critério que informa um *limite interno* ao exercício do direito, porque decorrente da finalidade econômica ou social que o ordenamento atribui ao direito conferido às pessoas. Os outros dois critérios (boa-fé e bons costumes) informariam limites ditos, por oposição,

---

<sup>328</sup> “Neste caso, os limites ao exercício destes direitos, além daquele representado pela lei, que circunda e pré-define seu conteúdo, também conta com os fixados pelo artigo 187, não apenas para negar possibilidade de ação, ou rejeitar a ação concreta do titular no exercício dos seus direitos, no que se poderia indicar como *eficácia negativa* destes limites. Contudo, o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes também assumem a natureza de *standards* de conduta, e de paradigmas para o exercício regular dos direitos, uma *eficácia positiva* que orienta tanto o titular do direito, ao exercê-lo, quanto o juiz, na avaliação da conduta individual no exercício daquele direito.” *Op. cit.*, p. 103.

*externos*, já que possuem fundamentos desde uma perspectiva de fora do funcionamento próprio e finalístico do direito<sup>329 330</sup>.

A questão prévia que se coloca é se o legislador teria forçado o campo de aplicação do abuso do direito ao estendê-lo à boa-fé objetiva, sendo propriamente do conteúdo da norma que veda o abuso a consideração à função própria de cada direito e o limite que essa consideração funcional-finalística imponha por si só ao seu exercício<sup>331</sup>. Em termos mais concretos, a questão é saber se a boa-fé objetiva do art. 422, especialmente na sua função de criadora de deveres laterais de conduta na relação obrigacional, é a mesma do art. 187 que poderia se valer desses deveres positivos de conduta para construir o *standard* a ser seguido pelo titular no exercício de um dado direito.

Pois bem. O art. 187 pode ser entendido como cláusula geral que positiva expressamente a função de limitação do exercício de direitos reconhecida à boa-fé pela doutrina<sup>332</sup>, ao lado da função hermenêutico integrativa (positivada no art. 113) e criadora de deveres laterais de conduta (positivada no art. 422). Essa positivação representa, sim, ganho em aceitação da aplicação da boa-fé nessa função limitadora do exercício de posições jurídicas ativas.

---

<sup>329</sup> *Op. cit.*, p.

<sup>330</sup> MENEZES CORDEIRO entende que a consideração da função econômico-social do direito como um limite imanente ao seu exercício é ainda situar o abuso do direito no movimento da segunda codificação, em que o avanço é tímido, ainda situado ao conceito de direito subjetivo e da análise da teleologia das normas definidoras de direitos (*Da Boa-fé no Direito Civil, cit.*, p. 684). Afirma, assim, tratar-se de um simples problema de interpretação da norma, de forma que uma tal teoria não possui conteúdo material, sendo apenas “axiologismo formal” (*Op. cit.*, p. 880). Defende o Autor que se situe o abuso do direito como exercício disfuncional de posições jurídicas, dentro do raciocínio que marca a terceira sistemática, que vai do periférico ao central, buscando, na análise de casos, conteúdos próprios ao instituto “irredutíveis às restrições comuns”. Contudo, ao tratar dos casos tipicamente reconduzíveis ao exercício disfuncional (*exceptio doli, venire contra factum proprium*, inalegabilidades formais, *suppressio, surrectio, tu quoque* e desequilíbrio no exercício), não desenvolve nada a respeito de outros conteúdos, que não internos, possam ser extraídos do critério da função econômico-social do direito. Tanto que a maioria dos casos que trabalha pode ser reconduzida à proteção da confiança. Dessa forma, ficamos com a doutrina que desenvolve esse limite como imanente ao exercício de direitos. Pode-se apontar para algum desenvolvimento quanto à separação e consideração de um atendimento a um fim social, como limite externo, o que demandaria um reflexão bem maior e mais aprofundada, imprópria aos limites do presente trabalho.

<sup>331</sup> Parece ser essa a idéia por trás do Enunciado nº 37 aprovado na I Jornada de Direito Civil, a cujo teor: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (grifou-se). AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (org). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2007, p. 20. Disponível em <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>, acesso em 20/02/2011.

<sup>332</sup> Por todos, ver: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 719 e ss.

A segunda questão é, de fato, problemática na medida em que se trabalhe com deveres de conduta extraídos da boa-fé para fins de orientação do modo como deva ser exercido um direito, que é exatamente o que se dá na hipótese ora estudada, como se verá adiante. A primeira resposta é que não há do ponto de vista do conteúdo e da construção dogmática que se faça a respeito da boa-fé objetiva na sua função jurígena de deveres laterais de conduta entre a boa-fé do art. 187 e a boa-fé do art. 422, devendo ser concretizado o princípio de acordo com os parâmetros valorativos e as pautas de conduta desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. Uma segunda possível resposta aponta uma sutil diferença de aplicação na duas previsões normativas em razão da fórmula adotada na cláusula geral do art.187, que exige, como requisito para a configuração do ato abusivo, o “excesso manifesto”.

De fato, parte da doutrina entende não ter valor aplicativo essa expressão inserta na norma, na medida em que vai importar tão somente o estabelecimento de limites, construídos a partir dos três critérios, para o exercício do direito. Uma vez ultrapassado esses limites por ato do titular, a ser aferido objetivamente, pouco importa tenha havido um excesso da sua parte para fins de aplicação da norma<sup>333</sup>. Entendemos que o modo como positivada a cláusula geral possa apresentar uma variável aplicativa importante. Partimos do princípio que a lei não possui palavras vazias e que, portanto, o requisito do “excesso manifesto” deva ser considerado. É preciso ter presente que se trata da limitação do exercício de um direito, ou seja, primeiramente, a ordem jurídica concedeu ao titular uma posição de liberdade de atuação em uma situação concreta, confere-lhe, pois, um direito. Em um segundo momento, regula o seu modo de exercício, por meio de limitantes que sejam iminentes ao próprio modo funcional com que foi atribuído o direito e mesmo por meio de limites entendidos como externos (boa-fé e bons costumes). Assim, diante da situação inaugural de licitude e total legitimidade da posição do titular, o controle somente seria exercido acaso “manifestamente excedidos” os limites impostos pelo art. 187.

Com efeito, esse entendimento pode ser válido para algumas situações jurídicas específicas, quais sejam: (i) quando o direito em tela seja dinâmico, como o é a fixação de preço, em que o seu titular, num contrato habitual, deve tomar decisões rápidas, sujeitas a uma série de fatores de ordem externa, não controláveis, que sejam suscetíveis de mudanças rápidas no tempo, e (ii) ou quando for difícil estabelecer o *standard* que o sujeito deva seguir

---

<sup>333</sup> Essa é a posição defendida por Bruno MIRAGEM na sua tese de doutoramento sobre o abuso do direito. *Op. cit.*, p. 134-135.

para que o exercício do seu direito seja considerado regular. Nesses dois casos, parece-nos que é inteiramente aplicável o requisito do “excesso manifesto”, variável aplicativa que poderia explicar a diferença entre a imposição de deveres de conduta na orientação do exercício de direitos do art. 187 e a imposição de deveres de conduta “propriamente ditos”, ou seja, apenas deveres laterais em uma situação contratual, sem que se tenha sob hipótese a orientação do modo de exercício de um direito, do art. 422.

Para os fins do presente trabalho, os dois critérios que importam no que tange à vedação à discriminação de preço são a finalidade econômica ou social e a boa-fé, razão pela qual não será abordado o critério dos bons costumes.

### 12.3 A finalidade econômica ou social do direito

O fundamento do critério da finalidade econômica ou social do direito reside no fato de que ao legislar o legislador tem em vista, em grande parte das normas, uma situação fática padrão, a normalmente verificada na realidade social, sob a presumível racionalidade do agir das pessoas, e uma finalidade a ser alcançada (cap. 2.3). A adoção desse critério como limitativo do exercício do direito está a revelar propriamente isso. Significa reconhecer a *funcionalidade* própria de todo o sistema jurídico e considerá-la como um limite imanente, interno ao exercício de posições atribuídas pelo ordenamento às pessoas no relacionamento com as demais pessoas. Significa, ainda, aquele convívio de liberdades mencionado por Judith MARTINS-COSTA que dá justamente a medida do que seja um exercício regular, razoável, socialmente aceitável de uma liberdade (autorização ampla de agir) ou de um direito (autorização específica de agir) ou qualquer outra posição jurídica ativa que está em potencial confronto com outras posições jurídicas ativas ou passivas das demais pessoas.

Quando o direito tem origem contratual, é necessário transmutar o plano de análise para o contrato no qual foi reconhecido. Vai importar, pois, a análise da causa do contrato, da sua ligação com outros contratos tendo em vista o alcance de uma finalidade econômica ulterior, maior, supracontratual, os demais elementos do contexto negocial, em especial a realidade do mercado (competição entremarcas e intramarca) para que se possa chegar ao *perfil próprio de cada direito* dentro do contrato em que esteja previsto. O objetivo

é justamente identificar a que finalidade serve o específico direito em tela, qual a sua função dentro do contrato em que previsto, para que se delinieie os limites internos ao seu exercício.

### 12.3.1 O funcionamento econômico da rede de distribuição

É preciso entender o funcionamento econômico das redes contratuais de distribuição, ainda que em linhas gerais suficientes para se visualizar uma situação de fato que demande proteção jurídica, sendo desnecessário, portanto, uma investigação profunda das relações econômicas existentes e das externalidades, ou efeitos produzidos diante do mercado, das redes<sup>334</sup>. O objetivo aqui é traçar um panorama estritamente econômico, como ponto de partida da análise jurídica que será feita sob os critérios do art. 187, que serão desenvolvidos em tópicos próprios.

As redes contratuais são organizadas por produtores ou distribuidores (que formam redes de subdistribuição) como instrumento para a inserção dos seus produtos no mercado de destino, como amplamente estudado (cap. 4 e 6). Em uma análise puramente econômica, portanto, as redes são um instrumento para que o organizador atue no mercado do modo como lhe parecer mais eficiente, mais vantajoso economicamente. Nem sempre o que for vantajoso economicamente ao organizador, contudo, também o será para os distribuidores. Os distribuidores, cientes dos objetivos da rede, abrem mão de uma série de liberdades jurídicas e econômicas para aderir ao projeto comum maior proposto pelo organizador (finalidade econômica supracontratual). Aderem ao projeto, pois, também em razão de uma escolha economicamente racional, a de que, na sua perspectiva particular, terão mais vantagens dentro da rede do que atuando fora dela. Os aderentes têm como intuito, portanto, auferir o máximo de vantagens, dentro de um panorama equilibrado e no horizonte do possível, da rede.

Há uma relação, ainda que em *termos indiretos*, de crescimento conjunto do organizador e dos membros da rede, decorrente dos ganhos que a rede obtenha em termos globais. Essa mesma relação indireta ocorre no sentido inverso, quando há perda de mercado ou problemas de qualidade ou de imagem da rede no mercado final, são atingidos o organizador e todos os demais distribuidores. Pode-se falar, pois, em *equilíbrio sistêmico*

---

<sup>334</sup> ECONOMIDES, Nicholas. The economics of networks. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 14, nº 2, março 1996.

dentro da rede contratual, na medida em que, indireta e presumivelmente, os ganhos conjuntos e as perdas conjuntas são distribuídos entre os membros da rede. Essa distribuição não é sequer paritária, porque depende de fatores múltiplos de organização de cada empresa distribuidora. Poder-se-á pedir distribuição igualitária de ônus ou bônus somente quando tal depender unicamente da conduta do distribuidor, e não de fatores externos ou internos que sejam incontrolláveis. Assim, não há qualquer garantia econômica de ganhos, tal como na grande maioria dos contratos, para os distribuidores que aderirem à rede, podendo ocorrer, por circunstâncias de mercado, que venham a se encontrar em situação econômica muito pior do que se tivessem permanecido fora da rede<sup>335</sup>. Se não identificado nenhum ato juridicamente reprovável do organizador da rede, essa situação é própria do *risco normal* de qualquer negócio e das vantagens competitivas de cada empresa (cap. 2.3).

Diz-se que a relação é indireta porque não se trata de uma sociedade empresarial, em que a relação de ganhos dos sócios e da sociedade é propriamente direta, já que cada sócio participa dos lucros da empresa, mas também é chamado a suportar as perdas, na proporção das quotas ou ações que disponha na sociedade. A relação é indireta justamente porque as empresas continuam a atuar em nome e por conta própria, dispondo cada qual de estrutura operacional própria, com seus respectivos custos totais, margem de lucro e administração próprias. Mesmo as estratégias de atuação no mercado de cada distribuidor, dentro do espectro (maior ou menor) de autonomia deixado pelo organizador para a estratégia individual de atuação do distribuidor de mercado. Assim, cada empresa, de acordo com as suas vantagens competitivas próprias, poderá se beneficiar mais ou menos das oportunidades econômicas que jazem na rede de distribuição.

O organizador da rede assume os custos com a administração da rede e aplica a margem de lucro que entende devida dentro dos horizontes do mercado em que atue (mais ou menos competitivo). Dessa forma, a eficiência da rede poderá levar a um aumento de lucros pelo organizador, que não necessariamente será partilhado entre os membros da rede, como na forma de redução de preço, por exemplo. Isso vai depender fortemente do nível de competitividade do mercado. De fato, o aumento dos lucros do organizador é, a princípio, completamente legítimo, pois reflete a eficiência com que vem administrando a sua rede. De outro lado, na existência de prejuízos, em razão do aumento de custos da rede e mesmo por

---

<sup>335</sup> LORENZETTI afasta a existência de pretensão jurídica quanto ao asseguramento das expectativas individuais de ganhos na rede, como visto no cap. 2.3.

má gestão do organizador, eles poderão ou não ser repassados ao preço de venda cobrado, a depender aqui, da mesma forma, da competitividade do mercado entremarcas. Assim, não se pode assegurar que lucros do organizador serão transformados em bônus, como a redução do preço aos distribuidores, nem se pode assegurar que prejuízos se reverterão em ônus.

O ponto do presente trabalho é demonstrar que juridicamente é possível se assegurar que, quando repassados, os lucros ou prejuízos, que o sejam de forma justa no que reflitam a fixação do preço de venda. Os critérios de justiça serão buscados nos limites econômico funcionais do próprio direito em exercício e por *standards* de conduta leal e proba que se espera do organizador da rede.

### 12.3.2 A potestatividade própria do direito

Foi visto, numa análise sistemática do ordenamento jurídico, que é importante para se traçar os limites funcionais de cada direito, que existe norma vedando expressamente, para os contratos de compra e venda, que a fixação de preço fique ao talante de uma das partes (cap. 9). Que o ordenamento jurídico brasileiro veda, o que pode ser alçado a princípio geral, o puro arbítrio, até porque o puro arbítrio é a negativa do próprio direito. Pode-se acrescentar ao quanto trabalhado no cap. 9 que a norma do art. 187 é mais uma norma a justificar a vedação do arbítrio como princípio geral implícito no nosso ordenamento jurídico e mesmo de inspiração universal, pois lida propriamente com a ontologia do direito. A vedação ao exercício abusivo de um direito é a vedação ao exercício arbitrário desse mesmo direito.

Em razão do estudo da causa do contrato de distribuição como uma causa cooperativa, mais que desempenhando uma função de troca, da habitualidade do contrato (que vai informar a causa) e a presumível racionalidade de ação do produtor diante do distribuidor nessa função cooperativa, admite-se que o preço possa ser determinado pelo produtor por meio de cláusula que lhe confira tal direito potestativo. Assim, o direito potestativo, na espécie, já nasce no limite entre a licitude e a ilicitude de sua previsão, que tem como efeito *um controle qualificado de seu exercício*.

Além disso, a situação de dependência econômica em que se encontrem os distribuidores é um elemento do caso concreto que reforça o *standard* de controle na determinação do preço (cap. 7.3).

Nesse sentido, a vedação ao arbítrio que pode ser vista como condição imanente do exercício do direito potestativo de definição do preço aponta primeiramente para a vedação de fixação de um preço abusivo, excessivo, arbitrário. Preço excessivo é o que representa uma margem de lucro arbitrária da parte do produtor, ou seja, é um preço que excede em muito o seu custo total de produção e não possui correspondência com o preço de mercado. Veja-se que a situação é absolutamente diferente quando o preço é o resultado da livre negociação das partes em que, a princípio, não há qualquer controle da parte do ordenamento jurídico, ainda mais quando se está diante de uma relação negocial entre empresários<sup>336</sup>. O controle vai ser exigido no caso de potestatividade na definição do preço aliada a uma situação de dependência econômica.

Observe-se que a natural limitação apontada pela análise funcional do direito potestativo é a vedação ao preço excessivo. Essa primeira análise do contrato de distribuição pactuada de forma isolada, portanto, nada aponta para a vedação à discriminação de preço. Impede-se o preço excessivo, não o preço discriminatório. O preço excessivo será aferido na comparação com o preço praticado no mercado pelos demais distribuidores e poderá ser justificado em termos de elevação de custos da parte do produtor. O que importa, tal qual no direito concorrencial, é a vedação ao lucro arbitrário, ou seja, para um determinado custo total de produção, o produtor fixe um preço que lhe garanta um lucro demasiado, excessivo, tendo como comparação preço fixado no mercado em que compita. É possível, pois, um lucro alto, mesmo demasiado, se tal for o preço praticado no mercado pelos demais produtores, porque, por uma questão de economia livre de mercado, a procura pode ser elevada e os adquirentes estarem dispostos a pagar um preço alto por aquele produto.

Quando pactuado em rede o contrato de distribuição, pode-se fazer uma inserção do preço excessivo na comparação direta dos preços que o produtor pratique com os demais distribuidores da sua rede. Quer dizer, quando em rede, a perspectiva do critério da funcionalidade do direito se amplia para que a verificação de eventual abusividade na fixação

---

<sup>336</sup> Nesse sentido Francesco GALGANO, que admite, contudo, o avanço da jurisprudência no sentido do controle de preço quando a desproporção for tamanha a retirar a própria causa do contrato. Nas suas palavras: “In linea di principio, al giudice non è consentito di sindacare l’equivalenza delle prestazioni, ogni determinazione circa la congruità dello scambio contrattuale essendo rimessa all’autonomia dei contraenti, secondo il generale principio dell’art. 1322, comma 1°, cod. civ. o, se si preferisce, secondo l’altro generale principio dell’art. 1372, comma 1°, per il quale il contratto ha forza di legge fra le parti. *In economia di mercato il giusto prezzo è il prezzo di mercato, quale si determina nelle libere contrattazioni*” (grifou-se). *Il contratto*. Padova: CEDAM, 2007, p. 528.

de preço seja feita dentro da própria rede. Mas ainda aqui a vedação à discriminação é indireta: pune-se a discriminação somente na medida em que o produtor pratique um preço excessivo a um dos membros da rede e não aos demais. Parece-nos que a só limitação pela função econômica do direito de fixação de preço não impede que o produtor pratique livremente preços diferenciados entre os seus distribuidores, sem estar adstrito a qualquer outro critério que não o abuso da potestatividade que tenha como reflexo um preço excessivo. O problema está no excesso e não na discriminação.

Uma outra função econômica de se atribuir ao produtor o direito potestativo de fixar preço em uma rede de distribuição está, como antes mencionado, no fato de os distribuidores abertamente permitirem ao produtor que se valha do preço para fins de inserção do produto no seu mercado final. O preço é instrumento de atuação no mercado sob o controle do produtor para fins de manutenção da exclusividade da marca ou em atenção as considerações de mercado que possibilitem, por exemplo, à rede estruturada dos distribuidores, com uso de marca do produtor e forma de apresentação da loja e do produto, praticar um preço final de revenda maior que os distribuidores independentes que não dispõem de tal estrutura. Aqui se fala em permitir ao produtor o estabelecimento de uma *política de preços* para a sua rede. Nesse segundo sentido, sim, podemos falar em proibição de discriminação. Isso porque se a função do direito é servir a uma política de preços, a política tem naturalmente como características uma aplicação geral e igualitária aos atingidos por ela. Assim, exige-se do produtor que execute a política de preços para a qual o direito potestativo é meio de modo a atingir a todos os membros da rede de uma forma não discriminatória. Isso não significa, desde logo é de se frisar o impedimento de diferenças de preço intrarede, mas que essas diferenças sejam justificáveis dentro da política de preços transparentemente adotada pelo organizador da rede.

### 12.3.3 A presunção da racionalidade do agir do organizador da rede

Na análise da função econômica do direito potestativo de fixação de preço pelo organizador da rede, é ainda preciso ponderar a presumível racionalidade de ação desse sujeito, a variar diante das circunstâncias do mercado em que inserido, o que terá relevância para fins de análise preliminar da ocorrência do ilícito (de que maneira se justifica racionalmente a conduta do organizador da rede que pratica preços discriminatórios) e na construção dos requisitos para a configuração do ilícito.

Partimos da análise do mercado concorrencial nos moldes do direito concorrencial, ou seja, não considerando a rede contratual como um mercado apartado. Um mercado que seja competitivo ao nível em que atua o organizador da rede (produção ou distribuição<sup>337</sup>) terá como consequência racional a pressão do organizador para que pratique um preço competitivo e reduza as suas margens de lucro. Além disso, em um ambiente de pressão competitiva, presume-se que o produtor vá procurar sempre preservar a sua rede de distribuição, para o que se supõe a fixação de preços justos, que lhe permitam competir no seu mercado próprio em que se reflete a concorrência entremarcas.

A conclusão a que podemos seguramente chegar é que, num ambiente de forte competição entremarcas, o produtor não terá condições de mercado para praticar preços excessivos. Isso não é garantia, contudo, de que não irá praticar preços discriminatórios. Com efeito, é preciso agora transpor a conduta do produtor diante da sua rede de distribuidores nesse mesmo mercado competitivo. Dentro da rede, em que se presume a dependência econômica dos distribuidores, no sentido de não terem acesso à compra de produtos fungíveis oferecidos pelos demais produtores, ou quando o acesso for bastante limitado, o produtor irá praticar preços competitivos para não perder *market share*, porque a inserção de seu produto no mercado depende da atuação dos distribuidores, que precisam fixar preços de revenda competitivos.

Por outro lado, é preciso ponderar que, nesse mesmo mercado competitivo, o produtor estará suscetível a que alguns dos distribuidores da sua rede, os maiores, tenham um maior poder de barganha, no sentido de negociarem descontos ou vantagens econômicas em termos injustos, desleais para com os demais membros da rede. O produtor poderá agir sob a seguinte racionalidade econômica: compensar a redução da margem de lucro que tenha em uma negociação com o aumento da margem nas demais negociações com distribuidores menores da sua rede, praticando assim preços injustamente diferenciados, ou seja, preços discriminatórios. Contará com a dependência econômica dos membros da rede, que não poderão adquirir de outros produtores, sendo obrigados a acatar o preço fixado pelo produtor. *Vale a máxima: quanto maior dependência, maior controle sobre o exercício do direito de*

---

<sup>337</sup> Sempre que não fizermos qualquer ressalva, o tratamento jurídico da questão sob a ótica do produtor quer significar a análise da posição do organizador da rede, ou seja, estende-se à situação em que o organizador da rede seja um distribuidor na sua relação com os subdistribuidores.

*fixação de preço pelo organizador da rede.* As redes em que os contratos uniformes de distribuição integrada possuam restrições jurídico-contratuais como a obrigação de exclusividade de compra pelo distribuidor e a aquisição de quantidades mínimas exigirá maior controle do exercício da fixação do preço.

Em síntese, enquanto que a competitividade entremarcas, para o direito concorrencial, faz presumir a ausência de danos ao mercado concorrencial, essa presunção não pode ser transposta ao direito contratual em que haja uma rede de distribuição e para o que se exija a consideração dos interesses individuais dos membros da rede e não da repercussão desses prejuízos ao mercado concorrencial.

#### 12.3.4 A dinâmica própria do direito de fixação de preço

A depender do mercado do produto, a definição do preço pelo produtor é extremamente dinâmica e rápida. Dinâmica pela dependência da variação dos preços dos insumos que adquire para o fabrico do produto a ser comercializado com os distribuidores. A rapidez está relacionada com o curto espaço de tempo em que essas variações possam ocorrer. É o caso do mercado de combustíveis, em que há ampla variação de preços no mercado internacional do petróleo, que baliza os preços do refino. Essa variação que era extremamente rápida, contudo, vem perdendo essa característica no Brasil em função da política de não repasse imediato de preços que a Petrobras vem adotando nos últimos anos<sup>338</sup>.

A dinâmica e rapidez da determinação do preço, aliada às muitas variáveis econômicas que podem justificar juridicamente uma diferenciação de preço que não seja discriminatória, apontam para que o ilícito civil somente seja configurado diante de uma *prática de discriminação de preço*, e não propriamente um ato isolado de discriminação, na media em que a prática dependa da sistematicidade com que a indevida diferenciação ocorra.

#### 12.3.5 Circunstâncias econômicas

Deve-se frisar, sob o viés da autorização econômica do exercício do direito de fixação de preço, que, a princípio, os elementos econômicos que (i) *importarem redução de*

---

<sup>338</sup> Política essa discutida nos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98, Rel. originário Luís Fernando Rigato Vasconcellos (vencido), Rel. para acórdão Rel. Luiz Carlos Delorme Prado, Plenário CADE.

*custo* ou (ii) *se referirem a circunstâncias de mercado* são amplamente admitidos para a diferenciação de preços. Com efeito, de modo simplificado, temos que o preço é o resultado do *custo total* do produtor (custos operacionais, custos com a produção, custos com o transporte e custos com a atividade mesma de venda) acrescido de uma *margin de lucro* dentro de uma determinada *realidade de mercado*, que pela lei da oferta e da procura vai indicar o quanto os consumidores estejam dispostos a pagar e, assim, modular a margem de lucro para cima ou para baixo. Dessa forma, via de regra, e a princípio, admite-se amplamente que diferenças comerciais entre dois contratos justifiquem a fixação de preços diferenciados pelo produtor desde que importem redução dos custos com a produção, transporte ou venda ou que digam respeito a circunstâncias mesmas de mercado, como as que definam a política de preço a ser adotada pelo produtor e a situação de concorrência enfrentada em cada mercado relevante.

De fato, há que ponderar que é economicamente permitido ao produtor uma ampla margem de discricionariedade na fixação de preço em razão de disputas no mercado, tal como autorizado pelo direito concorrencial. Assim, a redução de preço para dar competitividade a distribuidor que atue em mercado em que os concorrentes tenham reduzido fortemente os preços (“guerra de preço”) é justificável do ponto de vista econômico (“meeting competition”). Essas circunstâncias, contudo, ainda que justificáveis do ponto de vista econômico e que não sejam limitadas por esse critério do art.187 podem ser barradas pelo padrão de conduta leal exigido pela boa-fé objetiva, que se passa a analisar.

É preciso deixar claro que o controle aqui defendido não recai propriamente sobre a definição do preço, que compete ao produtor com um espaço de liberdade, garantido pelo princípio da autonomia privada, que é submetido a um controle graduável: praticamente sem controle na hipótese de o preço ser resultado do acordo entre parte em situação próxima de igualdade fática até um controle mais forte quando o preço for fixado unilateralmente pelo produtor e houver uma situação fática de dependência econômica. A proibição de preços excessivos foi analisada a partir da interpretação da função econômica do direito potestativo de fixação de preço, podendo indicar, reflexamente, a discriminação de preços. O objeto específico do estudo recai sobre a discriminação desse preço definido pelo produtor entre os membros da sua rede de distribuição.

## 12.4 A boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico aceito como implícito no nosso ordenamento jurídico mesmo antes da sua positivação nos artigos 113, 187 e 422 do CC/02<sup>(339)</sup>. E mesmo antes da positivação, a doutrina já consagrava as suas múltiplas funções: hermenêutico-integrativa (art. 113), limitativa do exercício de direitos (art. 187) e criadora de deveres laterais de conduta, ampliando a relação obrigacional, que passa a ser vista como um todo, como um complexo (art. 422)<sup>340 341</sup>.

Conquanto um princípio tenha um conteúdo imediatamente finalístico<sup>342</sup>, flexível<sup>343</sup>, aberto<sup>344</sup> e esteja sujeito à concretização por meio do trabalho fundamentado da doutrina e da atuação sistemática da jurisprudência, há um limite na construção do sentido normativo do princípio que é informado pelo próprio conteúdo semântico da palavra que o define (boa-fé)<sup>345</sup>. Assim, o conteúdo semântico da boa-fé remete especialmente a dois valores: *lealdade e correção*.

A vedação à discriminação de preço na rede contratual de distribuição, é o que pretendemos demonstrar, tem como fundamento o *standard* de agir leal e probo que se exige do organizador da rede diante dos distribuidores a ele vinculados. Trata-se de dever lateral de conduta a orientar o exercício do direito potestativo de fixação do preço. É preciso, portanto, distinguir a proteção das expectativas das partes pelo princípio da confiança, em que se limita o exercício de um direito em razão da situação de confiança gerada pela outra parte contratual, da consideração das expectativas das partes em que venham a receber, do organizador da rede, um tratamento igualitário no que tange ao preço, em que a proteção

---

<sup>339</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 33. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 446.

<sup>340</sup> Sobre as funções da boa-fé, além das obras antes citadas, refira-se o profundo estudo de: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

<sup>341</sup> Sobre a obrigação como um todo: LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37 e ss.

<sup>342</sup> ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

<sup>343</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 332.

<sup>344</sup> GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: Studi dei Teoria e Metateoria del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 120. *Apud* ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>345</sup> Nas palavras de Jorge Ferreira da SILVA: “Desta forma, tem-se como norte unificador o conteúdo semântico dos termos “boa-fé” e “confiança” – de sorte que a norma concreta incidente no caso sempre poderá e deverá ser reconduzida ao conteúdo semântico dessas expressões -, mas não se possui um conjunto fixo, e prévio, de suportes fáticos”. *A boa-fé e a violação positiva do contrato, cit.*, p. 104-105.

ocorre pela incidência da boa-fé na concretização de deveres laterais que orientem o exercício do direito e atinjam a finalidade de proteger as expectativas das partes.

#### 12.4.1 Autonomia privada x boa-fé

O princípio da autonomia privada é princípio implícito na ordem jurídica brasileira, com raízes constitucionais<sup>346</sup>, e que compõe a plêiade de princípios que fundamentam o nosso direito privado contratual. Dentro dessa mesma plêiade, encontra-se o princípio da boa-fé. Não é fácil, contudo, estabelecer qual a exata relação dogmática entre os dois princípios. Na classificação de ÁVILA, a relação entre os princípios pode ser de quatro espécies: (i) de interdependência, em que o fim de um princípio sempre leva à obtenção do fim do outro princípio, como no caso dos sobreprincípios; (ii) de conflito, em que o fim de um exclui o fim de outro, caso em que não há limitação e complementação de sentido entre os princípios, mas exclusão de um em preferência a outro: “Isso significa que, quando a realização do fim instituído por um princípio excluir a realização do fim estipulado pelo outro, não se verificam as citadas limitação e complementação recíproca de sentido. A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição de um deles. Essa situação é semelhante, portanto, ao caso de colisão entre regras”<sup>347</sup>; (iii) de parcial imbricância, quando o fim de um princípio leve à realização de parte do fim do outro: “Nesse caso ocorrem limitação e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de imbricamento”<sup>348</sup>; e (iv) de indiferença, quando não há conflito entre os princípios. A questão é saber se a boa-fé e a autonomia privada são princípios conflitantes ou parcialmente imbricados.

A princípio, quando a boa-fé está na sua função *típica* de criação de deveres laterais de conduta, na presença de circunstâncias fáticas sobre a qual se reclame a incidência da boa-fé, parece haver exclusão do princípio da autonomia privada que, nessas circunstâncias, cede totalmente espaço ao regramento imposto pela boa-fé. Assim, na venda de uma máquina extremamente complexa e cara, ainda que não haja previsão contratual, incide a boa-fé para exigir do vendedor deveres de informação mínimos quanto à instalação e ao modo de funcionamento da máquina. São simplesmente deveres laterais de conduta que

---

<sup>346</sup> É considerado direito fundamental implícito, como visto (cap. 10.3), decorrente da proteção da liberdade, da propriedade privada e da livre iniciativa.

<sup>347</sup> ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

<sup>348</sup> *Idem*.

devem ser observados pelo vendedor: aqui não se vislumbra qualquer atuação do princípio da autonomia privada.

A hipótese em estudo, contudo, suscita essas indagações, porque se coloca um tanto quanto *a laetere* das situações típicas de incidência da boa-fé. De fato, como será visto, não se trata da limitação de direitos tipicamente atribuída à boa-fé em que se exige que a parte não seja contraditória com o comportamento anterior que gerou na outra uma situação de confiança a pedir proteção. Nessa hipótese típica (*venire contra factum proprium*), igualmente, tem-se como afastada autonomia privada, em favor da incidência ampla, nessa circunstância de fato, do princípio da boa-fé.

A hipótese em estudo é de limitação do exercício de direito orientada por um padrão de conduta exigido pela incidência da boa-fé sobre determinadas circunstâncias de fato e de direito. Assim, tem-se a autonomia privada a liberar o produtor a fixar o preço do modo que lhe convier e os limites trazidos pela boa-fé ao exigir do produtor um agir leal e reto com os distribuidores que lhe estejam em situação de dependência econômica. O dever de conduta extraído da boa-fé na orientação do exercício do direito não afasta completamente a autonomia privada - ou melhor, apenas a afasta limitadamente -, que ali permanece para atribuir ao produtor toda a liberdade que não esteja pontualmente suprimida pela boa-fé, que traz apenas vedações específicas a que a determinação do preço deva estar adstrita, como a vedação à discriminação de preços. Nesse quadro, tem-se, de fato, “limitação e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de imbricamento” entre a boa-fé e a autonomia privada.

Ainda que se parta de uma relação contratual entre empresários, em que se tem, previamente, um *standard* empresarial de conduta como orientador interpretativo-aplicativo das normas do regramento privado unificado em matéria obrigacional (cap. 2.3), em que o princípio da autonomia privada deve ser privilegiado, há situações concretas de fato e de direito que vão autorizar a incidência *limitativa* da boa-fé objetiva em relação à autonomia privada no exercício do direito de determinação do preço pelo produtor. São as seguintes circunstâncias genericamente consideradas:

(i) O ambiente contratual que já exige uma incidência qualificada da boa-fé: os contratos de distribuição, como visto, reclamam uma incidência qualificada, reforçada, forte da boa-fé.

Admite-se gradação do controle quanto maior for o índice de integração do contrato de distribuição, a ser verificado pela existência de cláusulas de licença de uso de marca, de exclusividade de compra, de obrigação de aquisição mínima, de orientação técnico-operacional pelo organizador da rede, entre outras (cap. 5.1.3).

(ii) A cláusula potestativa de fixação de preço pelo organizador da rede: circunstância jurídica, podendo também decorrer de potestatividade verificada no plano dos fatos (cap. 8.2), sobre a qual recai controle já pelos limites internos do abuso do direito. Trata-se de situação de sujeição jurídica, geralmente acompanhada de sujeição econômica, suficiente a limitar fortemente a aplicação do princípio da autonomia privada. Com efeito, esse direito potestativo *impede, preliminarmente, mesmo uma consideração de igualdade jurídico-formal entre as partes*, não precisando sequer adentrar na questão da paridade de forças no plano fático-material que fundamenta a aplicação do princípio da autonomia privada.

Importa ponderar que, ainda quando haja negociação de fato entre produtor e distribuidor, num ambiente de rede de distribuição em que se tenha dependência econômica, deve-se admitir o controle do preço final pactuado em comparação com o preço fixado para os demais distribuidores em rede, porque, nessa situação jurídica, a negociação foi mera liberalidade do produtor que pode servir apenas como aparência de legitimidade de determinação do preço para o seu distribuidor; uma espécie de admissão previamente definida e controlada pelo produtor de algum pedido de barganha pelo distribuidor, como que para “confortá-lo” em razão de uma aparente negociação. De fato, o produtor já tem as suas margens de lucro máxima (preço máximo ou “cheio”) e mínima (preço mínimo ou com desconto) que pode atingir para cada situação comercial de venda previamente definidas, podendo informar ao distribuidor um preço máximo e admitir uma aparente barganha da parte do distribuidor que, porém, na comparação com outro distribuidor em igual situação comercial, poderia receber uma redução ainda maior. Essa análise dependerá do caso concreto. A princípio, nessa situação de negociabilidade fática de preços entre produtor e distribuidor, reduz-se o grau de controle em relação aos distribuidores que praticam a negociação. *Aqui vale a máxima: maior negociação no plano dos fatos, menor controle.*

(iii) A vulnerabilidade do preço no contrato de distribuição: importa considerar que a definição do preço é um elemento fundamental para o sucesso da atividade de distribuição, já que propriamente o ganho do distribuidor recai sobre a diferença entre o preço pelo qual

compra do produtor e o preço pelo qual revende ao consumidor (cap. 5.3.2). Isso terá reflexo na questão da prova do prejuízo para se configurar a discriminação de preço.

(iv) A situação de dependência econômica intrarede: é a situação de fato e de direito sobre a qual vai incidir a boa-fé objetiva a partir da lealdade e da correção que os distribuidores esperam legitimamente do organizador da rede quanto à fixação do preço.

O fundamento a ser considerado para o afastamento ou limitação do princípio da autonomia privada é a situação de paridade de forças no plano fático-material, que supere aquela situação de jurídico-formal que se mostra insuficiente para autorizar, sob os auspícios da justiça contratual, uma aplicação irrestrita da autonomia privada. É o sentido trilhado amplamente na doutrina, conforme lição de HESSE (cap. 10.1) e conforme sustenta, com densidade intelectual, MENEZES CORDEIRO, ao defender firmemente a recepção da liberdade legada pelo liberalismo, desde que seja preenchida com valores de equidade material nesses termos:

“Como ponto de encontro para uma saída, pode assentar-se em que o liberalismo legou aos vindouros, como conquista não discutível, com seriedade, o princípio da liberdade das pessoas, distribuído, nos seus efeitos, formalmente, por igual. As críticas surgidas têm a ver com a supressão, imputada à prática liberal, da liberdade efectiva do maior número ou de muitos. Admita-se, pois, um mínimo de jussubjetivação, sem o que a livre esfera de cada um torna-se mera graça do poder instituído. Nesta base, o assumir as críticas ao direito subjectivo liberal é aceitar a necessidade de, no seu nível significativo-ideológico, complementar a máxima da liberdade com os elementos necessários à sua materialização equitativa. O que implica, simplesmente, isto: introduzir, no próprio direito subjectivo, os elementos que, a nível macro-jurídico, têm vindo a colorir as ordens jurídicas pós-liberais: igualdade e consideração social. Esta linha, seguida mais ou menos explicitamente por vários autores do pós-guerra, acrescentou, ao nível significativo-ideológico do direito subjectivo, centrado na liberdade, por exemplo, a cooperação, a participação e a responsabilidade ou a existência de deveres imanentes, de que a ch. função social é exemplo, pouco explorado, na prática.”<sup>349</sup>

Seguimos pela forma de proteção das expectativas na perspectiva própria da boa-fé, apartando-se da tutela da confiança.

---

<sup>349</sup> *Da boa fé no direito civil, cit.*, p. 666.

#### 12.4.2 A proteção das legítimas expectativas: entre a tutela da confiança e a boa-fé

Nesse ponto, adota-se a tese de doutoramento de CARNEIRO DA FRADA no sentido de se tentar atribuir à tutela da confiança uma autonomia dogmático-aplicativa de modo a sustentar uma responsabilidade própria pela confiança, afastando-se do campo próprio destinado à boa-fé que é propriamente o de criação de deveres de conduta. Importa o estudo na medida em que a incidência da boa-fé como limitadora do exercício de direito tratada na hipótese em estudo, como dito, afasta-se da construção exigida nas figuras típicas a que se liga a boa-fé na limitação do exercício de direito, especialmente o *venire contra factum proprium*. De fato, em um primeiro momento, poder-se-ia sustentar que a proibição de discriminação decorreria da aplicação do *venire* no ambiente de rede contratual, em que a definição do preço para um contratante serviria como situação de confiança criada nos demais e a que o produtor estaria adstrito, ou seja, não poderia contradizer com um segundo comportamento diferenciado. Ocorre que essa construção normativa não é nem um pouco adequada para o tratamento do ilícito em tela, competindo-nos situar a proteção das expectativas das partes nesse ilícito.

O *venire contra factum proprium* exige os seguintes requisitos: “(...) [i] a actuação de um facto gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; [ii] a adesão do confiante a esse facto; [iii] o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua actividade posterior sobre a confiança gerada – um determinado investimento de confiança – de tal forma que [iv] a supressão do facto provoque uma iniquidade sem remédio”<sup>350</sup>.

A doutrina de CARNEIRO DA FRADA, ao analisar o *venire*, considera que a razão material para que se proteja o confiante reside *exclusivamente na situação de confiança gerada*, por vontade própria, pela outra parte, fazendo nascer no confiante *expectativas legítimas* de que a conduta da outra parte irá seguir o sentido anteriormente por ela indicado. Assim fundamenta a responsabilidade pela confiança na existência de uma norma implícita no sistema com o seguinte conteúdo: dever de correspondência à situação de confiança gerada. A responsabilidade pela confiança tem as seguintes características, segundo CARNEIRO DA

---

<sup>350</sup> Valemo-nos da clara construção de requisitos para o *venire* na doutrina de: MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 758.

FRADA: (i) é objetiva, (ii) a cominação do dever somente pode ocorrer “(...) *ex post* com respeito à ocorrência da situação de confiança: porque ela surgiu e na medida em que ela se tenha verificado”, (iii) depende de prova do sujeito lesado de que efetivamente criou uma expectativa a partir do comportamento da outra parte e (iv) tem como única consequência jurídica admissível a reparação dos danos causados (efeito reparatório, responsabilidade civil)<sup>351</sup>.

Entende, pois, que uma norma que tenha como única hipótese de incidência a proteção contra a frustração da expectativa concretamente gerada a partir do comportamento anterior de uma parte, que proteja exclusivamente a situação de confiança gerada em termos concretos, somente será encontrada na tutela da confiança e não nos deveres de conduta da boa-fé, criticando assim a confusão gerada quando se tenta explicar a proteção da confiança como resultado da proteção tributada aos deveres de conduta de boa-fé <sup>352</sup>.

O que ocorre com a boa-fé é diferente, explica CARNEIRO DA FRADA. Serão criados deveres de conduta de boa-fé que levem em consideração, para um grupo de situações sociais com determinadas características, as expectativas das partes em que os seus interesses sejam protegidos, tendo como fundamento os valores a que a boa-fé se referencia <sup>353</sup> – lealdade, correção e cooperação, segundo entendemos. Assim como o ordenamento jurídico protege a expectativa do credor em que seja cumprido pelo devedor o prometido em contrato, criando normas para tornar obrigatório o pactuado e dotar o credor de pretensão para exigí-lo, tendo como fundamento material o princípio do *pacta sunt servanda*, assim também atua a boa-fé quando impõe deveres que tenham como finalidade a proteção de expectativas recolhidas da realidade social entendidas como justas e dignas de tutela pelos referenciais valorativos que lhe são próprios.

Na hipótese em estudo, a vedação à discriminação de preço não decorre, pois, da proteção da eventual expectativa gerada pelo comportamento do produtor em relação a um distribuidor quanto aos demais distribuidores no que tange à fixação do preço, alargando-se a aplicação do *venire* para uma situação contratual de rede. Primeiro porque não se consegue

---

<sup>351</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. 1ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2007, p. 385-413.

<sup>352</sup> Crítica, aqui, a posição majoritária da doutrina, em que inclui CANARIS e MENEZES CORDEIRO, registrando abertamente que expressa uma “posição heterodoxa”. *Op. cit.*, p. 401 e ss., nota de rodapé nº 410.

<sup>353</sup> *Op. cit.*, p. 382-387.

preencher os requisitos do *venire*: os demais distribuidores sequer têm conhecimento, via de regra, dos preços praticados pelo produtor com seus pares, pelo que não há depósito de confiança em situação que sequer se conhece. Entendemos que está dogmaticamente correta a divisão proposta por CARNEIRO DA FRADA entre tutela da confiança e deveres de conduta decorrentes da boa-fé que recolham as expectativas das partes num momento pré-norma a partir de um grupo de casos com circunstâncias fáticas e jurídicas similares em que se possa recortar o que esperam as partes quanto à proteção dos seus interesses e, assim, quanto à conduta da contraparte.

A proibição da discriminação de preço é dever que entendemos decorrente da boa-fé, nos seus vetores lealdade e correção, que tenha como finalidade a proteção das expectativas dos distribuidores em rede de virem a receber um tratamento igualitário no que tange à fixação do preço, respeitados todos os requisitos para a incidência da norma que estamos desenvolvendo.

#### 12.4.3 Os deveres de conduta decorrentes da boa-fé: proteção e lealdade

A relação obrigacional é hoje entendida como uma relação complexa. A doutrina promoveu a distinção entre deveres principais, secundários e laterais a compor a obrigação complexa, conforme ensina Jorge Cesa Ferreira da SILVA, a partir de competente trabalho de investigação da doutrina germânica<sup>354</sup>. Os dois primeiros dizem respeito ao cumprimento da prestação objeto do contrato, sendo pois chamados de *deveres de prestação*. Já os deveres laterais nasceram para a proteção, *a latere* da relação contratual, da *pessoa* e do *patrimônio* das partes, para que não saíssem da relação contratual, quanto à pessoa e ao patrimônio, e não quanto à prestação principal (o que pode variar pelo risco próprio do negócio), em situação pior da que ostentavam quando nela ingressaram. Após, os deveres laterais alteraram o seu sentido original para compor também deveres indiretamente ligados à prestação principal, no sentido de “determinar que o adimplemento se dê da forma qualitativa e objetivamente mais satisfativa aos interesses do credor e de forma menos onerosa ao devedor”<sup>355</sup>. Os deveres laterais são, pois, chamados de *deveres de proteção*, têm como fonte

---

<sup>354</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 55-119. Trabalha, com total acuidade, fundamentalmente, a obra de STOLL, Heinrich. Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. *Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen: J.C.B. Mohr, nº 136, 1932.

<sup>355</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Op. cit.*, p. 95.

fática fundamentalmente as circunstâncias negociais e como fonte normativa a incidência do princípio da boa-fé objetiva<sup>356</sup>.

A idéia inicial, pois, é que, no desenvolvimento de uma relação contratual, os contratantes, além de cumprir com os deveres de prestação, não possam causar danos diretos à pessoa, como agressões de qualquer ordem, danos à personalidade, ou danos diretos ao patrimônio do co-contratante, como se ocorresse se o caminhão de entrega, ao chegar à casa do credor para lhe entregar o produto adquirido em cláusula CIF, batesse no veículo do credor ali estacionado ou derrubasse o portão da sua garagem, em um singelo exemplo. Daí a reação de parte da doutrina contra a consideração desses deveres como fazendo parte da relação obrigacional contratual, quando deveriam dizer respeito à responsabilidade civil aquiliana do art. 186 do CC/02. Os deveres de proteção ganharam em aplicação quando admitiu-se a sua extensão para orientar os deveres de prestação, o que não interesse no caso.

Interessa retomar aqui o dever lateral de proteção ao patrimônio dos contratantes. Quando um produtor fixe, para dois distribuidores em condições comerciais economicamente relevantes idênticas, preços diferenciados, favorecendo um distribuidor e prejudicando outro, estará causando danos indiretos ao patrimônio do prejudicado. Mas, a princípio, poder-se-ia argumentar, o organizador da rede teria liberdade, dado o princípio da autonomia privada, a fixar preços discriminatórios entre os distribuidores que contratam consigo e não teria como se buscar a vedação unicamente no dever de proteção decorrente da boa-fé, pois esse dever impede que uma parte provoque danos patrimoniais diretos à contraparte, o que não é o caso, já que o dano é indireto e só é verificável por força de juízo comparação entre o tratamento dispensado aos dois distribuidores. De fato, *o dever de proteção, nesse caso, porque se refere a um dano patrimonial indireto, não é suficiente para vedar a prática discriminatória*. Vale, contudo, como argumentação juridicamente válida para justificar a existência do dever de não discriminação.

A razão material, o fundamento da vedação à prática discriminatória é encontrado, com mais precisão dogmática, no *dever de lealdade que se exige do produtor*

---

<sup>356</sup> Ainda segundo Jorge Cesa Ferreira da SILVA: Por seu turno, *os deveres laterais* possuem como *fonte fática o conjunto de fatos ensejadores e/ou decorrentes do acordo*, independentemente do momento genético. Eles não têm por base, assim, as declarações de vontade gênese do contrato, mas as atuações das partes (inclusive eventualmente declarativas de vontade superveniente) e o conjunto de circunstâncias, mesmo que decorrentes de terceiros, envolvidas na relação.” *Op. cit.*, p. 96.

*diante dos distribuidores que formem uma rede contratual de distribuição.* Ainda no agir correto e *probo* que se espera do organizador no sentido de que não vá abusar do direito que lhe foi consentido pelos distribuidores de fixar potestativamente o preço dos produtos vendidos. Por um agir correto entendem e esperam os distribuidores que não haverá privilégios odiosos dentro da rede justamente quanto ao preço, que é o ponto em que são vulneráveis, e que poderá definir a sorte na competição intramarca. Os distribuidores, em situação de dependência econômica, esperam que o organizador da rede zele pela garantia de igualdade de condições de competição intramarca no elemento que lhe seja controlável, o preço. Esperam, ainda, que a política de preços, um dos limites econômicos internos ao direito potestativo, seja aplicada imparcialmente a todos os membros da rede. Essas expectativas são, pois, colhidas pela incidência da boa-fé tendo como fundamento a lealdade, a correção e a proteção patrimonial dos contratantes em rede, justificando a criação de um *dever de não discriminação* ou, formulado em outros termos, de um *dever de trato igualitário* aos membros da rede no que tange ao exercício do direito de fixação do preço pelo produtor.

A adesão à rede contratual implica ao distribuidor estar sujeito a uma série de restrições jurídicas e econômicas, que caracterizam um estado de dependência em relação ao organizador da rede, situação essa contrabalançada justamente pelas vantagens que espera auferir na rede. Assim, é preciso que o exercício do direito de preço pelo menos mantenha aquele frágil equilíbrio contratual inicial no momento dinâmico do contrato, que é o momento da sua execução (cap. 7.2).

MENEZES CORDEIRO, ao delimitar positivamente o conteúdo do princípio da boa-fé, atribui a ela a função de “proteção da materialidade das situações consideradas”, pela qual a boa-fé incide amplamente para a tutela fina dos interesses em jogo quando se tratar de situação de igualdade simplesmente formal entre as partes, para o que o sistema não confere outras normas protetivas aos sujeitos, o que é especialmente válido na relação entre empresários<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> Nas suas palavras: “A boa fé, enquanto factor de expressão do princípio da materialidade, introdu-lo, nessas conjunturas, de modo intenso, com uma oportunidade acrescida pela facilidade com que, em situações formalmente igualitárias, se esquece o peso substantivo dos vectores em jogo. Este estado de coisas explica a universalização da boa-fé e, quando tomado como base para desenvolvimentos linguísticos, a sua mitificação. Evitando esta última, repare-se que a boa-fé promove, em situações reguladas de forma explícita, uma ponderação mais fina das realidades em jogo, sublinhando os seus aspectos materiais. E quando num quadro ascendente de desamparo normativo, tal como acima se traçou, uma solução deva ser encontrada à luz da boa fé, ela não é adequada, apenas, por apresentar uma conformidade formal com o sistema que, de modo expresso,

As expectativas filtradas pela boa-fé na construção do dever de proibição de tratamento discriminatório quanto ao preço só existem para os membros que aderiram à rede. Com efeito, os demais distribuidores não assumiram os custos, nem aceitaram as restrições que implicam participar da rede, razão pela qual não há expectativa a ser protegida à luz da lealdade, já que não preenchidas as situações que demandam a incidência da boa-fé (cap. 12.4.1). Poderão apenas demandar a proteção do direito concorrencial ou a proteção limitada devida quando o preço for definido potestativamente, aliada a uma situação de sujeição econômica (potestatividade fática).

Dado haver uma comunhão de interesses na rede contratual e o partilhamento, ainda que indireto, de ganhos e prejuízos globais da rede, o favorecimento de um distribuidor se dá na razão direta da lesão provocada a outro. De fato, o dever de lealdade e correção veda ao organizador da rede que *compense* a redução da sua margem de lucro ou mesmo o prejuízo que tenha com a redução injustificada do preço para um distribuidor com a fixação de um preço maior para outro *que lhe ponha em desvantagem diante do distribuidor favorecido*. Em estando ambos em iguais condições comerciais que não justifiquem a diferenciação de preço, a redução da margem de lucro ou o prejuízo do produtor deverá ser sustentados para todos os distribuidores *que compitam no mesmo mercado relevante*.

Ou seja, tem-se aqui um requisito importante no *standard* a ser desenvolvido quanto ao dever de não discriminação: somente haverá abuso se a discriminação de preço ocorrer dentro de um *mesmo mercado relevante*. O requisito é o mesmo do direito concorrencial (cap. 11), porém o fundamento é outro. Pela só análise do dano e da proteção que deve se dirigir, no direito civil, à pessoa do contratante e não ao mercado, é sugestiva a resposta de não ser possível a discriminação para qualquer membro da rede, independentemente do mercado relevante em que atue. Ocorre que uma tal proteção seria muito extensa e reduziria excessivamente a autonomia privada do produtor, princípio que, tanto quanto possível deve ser preservado. Com efeito, a determinação do preço tem em conta basicamente três fatores: custo total, margem de lucro e circunstâncias de mercado (cap. 12.3.5). Assim é assegurado ao organizador da rede definir o preço, a princípio livre e

---

estatui com remissões para conceitos vagos – para a boa fé – mas, sobretudo, por ser consentânea com os vectores materiais que, ao caso, sejam chamados”. *Op. cit.*, p. 1255.

autonomamente<sup>358</sup>, em atenção aos três fatores acima, definindo a política de preço da rede. As circunstâncias de mercado envolvem o mercado relevante em que atua o distribuidor, tendo o produtor liberdade para fixar preços diferenciados para dois mercados relevantes distintos. Faz parte da sua política de preço levar em consideração o potencial de cada mercado e definir os preços que entenda cabíveis em cada qual, sobre o que não possui ingerência o distribuidor. A menos que o produtor adote uma segmentação arbitrária do mercado, caso em que o distribuidor prejudicado poderá demonstrar a falta de fundamento de uma tal segmentação sob os critérios do direito concorrencial, demonstrando, assim, que, de fato, compete com os demais distribuidores excluídos pelo produtor para fins de comparação de preço. A limitação do exercício, em síntese, recairá somente se praticar preços discriminatórios dentro de um mesmo mercado relevante.

Assim, em razão da preservação da autonomia privada, o dano ou o dano potencial que se tutela na vedação à discriminação de preço é aquele provocado entre dois distribuidores que atuem num mesmo mercado relevante, ou seja, protege-se esse dano efetivo ou potencial do distribuidor no mercado relevante em que atue. Por diferentes fundamentos, o direito concorrencial e o civil definem um mesmo requisito.

A doutrina não é pródiga na análise do tema.

Encontramos, na doutrina francesa, a obra de Laurence AMIEL-COSME que é uma referência no trato das redes contratuais de distribuição. É preciso ter como histórico a reticência da jurisprudência e doutrina francesas no sentido de admitir que o preço seja fixado unilateralmente pelo distribuidor, ante o art. 1591 do *Code Civil*, que exige a combinação de preço para tornar a venda perfeita. Assim, faz-se todo um esforço para não nulificar os contratos de distribuição, valendo-se do argumento de que, por se tratar de um contrato-quadro, sua natureza jurídica e regime jurídico diferem dos contratos “de aplicação” que se lhe seguem, que seriam, pois, contratos de compra e venda<sup>359</sup>, em que haveria uma obrigação de negociar de boa-fé<sup>360</sup>. Assim, a idéia passa a ser as obrigações de negociar de boa-fé ante a situação de dependência econômica dos distribuidores. A Autora entende haver um “princípio de negociação equilibrada e leal do preço”, de acordo com o art.1.134 do *Code*, que exige que

---

<sup>358</sup> Faz a única ressalva quanto ao preço abusivo decorrente de direito potestativo, já trabalhada no cap. 12.3.

<sup>359</sup> Entendimento sobre o qual discordamos (cap. 5.3).

<sup>360</sup> AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995, p. 240 e ss.

a execução do contrato seja feita de boa-fé<sup>361</sup>. Defende que a determinação do preço seria um aspecto da *colaboração ativa* que se espera das partes na rede.

Na doutrina espanhola consultada, não há manifestação sobre o tema da limitação do exercício do direito de fixação de preço pelo produtor, nem a abordagem da ligação dos contratos de distribuição em rede<sup>362</sup>.

Na doutrina argentina, Ricardo LORENZETTI defende a existência de dois princípios reitores das redes contratuais, o “princípio democrático” e o “princípio da coordenação”, dos quais extrai um dever de trato igualitário aos membros da rede e o dever de cooperação dos membros da rede (cap. 3.2). Tanto a doutrina francesa, quanto a doutrina Argentina enfatizam, pois, a existência de um dever de cooperação de todos os membros da rede, em especial da parte do seu organizador, que deverá *atuar diligentemente* no sentido de *preservar e tornar eficiente* a ação da rede no mercado.

Na jurisprudência, a hipótese da discriminação de preços é mais comumente tratada em litígios envolvendo postos de combustíveis (revendedores) e as distribuidoras. Há uma razão para isso: os postos devem informar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP os preços de compra das distribuidoras e os preços de revenda que praticam no mercado consumidor, que divulga esses dados. Outro ponto de vulnerabilidade dos distribuidores, que não os revendedores de combustíveis, recai justamente sobre a ausência de qualquer informação sobre o preço praticado pelo organizador da rede, a exigir dele, portanto, a mais firme correção no exercício desse direito. Dos casos selecionados, quatro são revendedores que atuam em rede de distribuição, sendo os outros dois, revendedores de GLP, não vinculados a uma rede de distribuição. Em todos os seis precedentes, conquanto a existência de um dever de trato igualitário não tenha sido expressamente debatido em alguns deles, o julgamento parte da sua existência, investigando se as provas produzidas permitem concluir pela existência da prática discriminatória de preços, com análise de requisitos justificadores da diferenciação de preços no caso de haver um cabedal probatório suficiente.

---

<sup>361</sup> *Idem*, p. 257-258.

<sup>362</sup> CORONA, Eduardo Galán. Los contratos de distribución: ideas generales. In: PINTO, María José Vaquero; VICENTE, José-Ramón García. *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Navarra: Aranzadi, 2010. HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

Nota-se que parte da jurisprudência ainda está arraigada a uma noção de abuso de direito como ato subjetivamente reprovável, em que se deva analisar dolo ou culpa. Na Apelação cível nº 70021143268, TJ/RS, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Dos Santos Caminha, j. 19/02/2009, caso em que revendedor de GLP que aparentemente não faz parte da rede de distribuição da distribuidora demandada (Liquigás Distribuidora), uma vez que não há contrato escrito, nem cláusula de exclusividade entre as partes, havendo apenas um contrato verbal de distribuição por força de vendas com finalidade de revenda habituais entre as partes, confirmou-se sentença em que se exige que eventual prática discriminatória decorra de ato emulativo da distribuidora nesses termos: “Diante disso, por evidente haverá oscilação do preço do gás, não significando essa oscilação que a requerida tenha *deliberadamente agido com o intuito de prejudicar a atividade da autora*, praticando preços diferenciados entre ela outros que atuem no mesmo ramo de atividade” (grifou-se).

Na Apelação Cível nº 2004.001.14706, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 17.08.2004, afastou-se o enquadramento da pretensão do posto de combustível integrado na rede de distribuição da Ré (Esso Brasileira de Petróleo Ltda.) por ausência de prova de prática de preços discriminatórios, concluindo que “Não estão presentes os elementos necessários à responsabilidade civil – conduta culposa, dano e nexo de causalidade (CC, art. 159 do CC de 1916)”.

Nos precedentes firmados em outros três casos, os pedidos dos distribuidores supostamente desfavorecidos com prática de preço discriminatório, ou foram afastados por ausência de fundamentação jurídica e fática suficiente quanto à discriminação de preço (“Impossível atender pedido atinente a obrigar a ré a dispensar tratamento igualitário às revendedoras de seus produtos com base em mera referência genérica e insubstancial - sem qualquer detalhe quanto às alegadas diferenças - de ocorrência de prática comercial discriminatória”), ou foram afastados pelo fato de a diferença de preços possuir justificativa juridicamente aceitável, que serão analisadas adiante<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup> Nos precedentes: (1) Apelação Cível nº 1.089.313-0/7, Tribunal de Justiça de São Paulo, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Dyrceu Cintra, j. 14.12.2007. Autor: SERVCAR COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. Ré: SHELL BRASIL S/A; (2) Apelação Cível nº 70033848706,

O único precedente em que foi reconhecida a prática de preços discriminatórios e condenada a distribuidora de combustíveis organizadora da rede à reparação dos danos provocados foi na Apelação Cível nº 2007.001.32543, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida, j. 18/12/2007. No caso dos autos, fora realizada prova pericial em que demonstrada significativa diferença de preço praticada em relação a concorrentes do posto revendedor. O argumento de defesa da distribuidora foi no sentido de que os descontos de preço eram resultado de um incentivo dado para cumprimento de metas, extensível a todos os distribuidores da rede. O julgado, contudo, entendeu que a distribuidora não se desincumbiu do ônus de provar que adotara essa política de incentivo. Exige que a diferenciação de preços tenha como base critérios leais: “O que está bem claro é que a diferença dos preços era significativa. E se o autor demonstrou essa diferença, caberia à ré o ônus processual de comprovar que essa política de incentivos não se baseava em critérios desleais”.

#### 12.4.4 A extensão das expectativas: tratamento mais favorecido que os distribuidores independentes?

A questão é saber se os distribuidores intrarede, pelos custos que suportaram para ingressar na rede, teriam legítima expectativa, portanto expectativa digna de proteção, de receberem um tratamento discriminatório positivo, ou seja, de que o preço intrarede visto como um bloco seja inferior ao preço que o produtor venha a praticar para os distribuidores independentes.

A resposta deve ser negativa. Deve-se sopesar aqui a autonomia privada que cabe ao produtor na definição da política de preços que entenda mais eficiente para a sua rede de distribuição, que poderá ser de preço mais baixo ou de preço mais alto. A expectativa digna de proteção é quanto à diferenciação de preço que desrespeite a política proposta pelo produtor, como quando se pratique preço injustificadamente mais baixo para distribuidores independentes quando atuar com preços mais baixos faça parte da política intrarede.

---

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. em 24/03/2010. Autor: MILAO DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. Ré: LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A.

Pode ser que, e isso é comum, o produtor não possua política de preço intra e extrarede, caso em que as distinções de preço deverão atender aos critérios que as justifiquem. O próximo capítulo tem como objetivo sintetizar os requisitos para a configuração do ilícito e as circunstâncias que afastem essa caracterização por justificarem os preços diferenciados.

## 12.5 Os requisitos para a configuração do ilícito civil

### 12.5.1 As possíveis relações entre o direito concorrencial e o direito civil-contratual

É possível aproveitar amplamente os requisitos de configuração do ilícito de discriminação de preço desenvolvidos pelo direito concorrencial, que naturalmente vale-se de forma mais densa de uma análise econômica dos casos, para o direito civil-contratual.

As relações entre os requisitos em espécie que possam ser feitas têm sempre como critério a finalidade a ser alcançada por cada diploma normativo. No caso do direito concorrencial, a proteção do mercado concorrencial, tendo como objetivo próximo, quanto ao ilícito da discriminação de preço, preservar a permanência no mercado de competidores menores, garantindo-lhes, sob os rígidos requisitos de aplicação da lei concorrencial, igualdade de condições concorrenciais no que tange ao preço. No caso do direito civil-contratual a proteção recai diretamente nos interesses patrimoniais individuais dos distribuidores em rede pela proteção das expectativas que nutrem ao suportar os ônus decorrentes de sua inserção em uma rede, tendo como fundamento normativo a boa-fé contratual, que irá informar o *standard* de conduta a ser observado no exercício do direito de fixação do preço, referenciando o valor lealdade.

Assim, na análise dos requisitos, deve-se ter o horizonte mirado por cada lei para verificar se há compatibilidade de fundamentos entre as exigências de cada sistema. Em linha geral, os requisitos para a configuração do ilícito da lei concorrencial são mais rígidos que os requisitos da lei civil.

### 12.5.2 Os requisitos positivos do ilícito

Além dos requisitos já analisados reflexamente nos pontos anteriores, que tiveram como meta principal a fundamentação da existência do ilícito na ordem civil, cumpre determo-nos na análise do dano como requisito ou não e a sua extensão.

No direito concorrencial, pode-se exigir, à dependência da tônica aplicativa a ser dada por cada ordenamento jurídico e seus órgãos jurisdicionais (mesmo de jurisdição administrativa), (i) prova de dano efetivo ou potencial em primeira linha (“primary line injury”), em que a análise recai somente sobre a substancial diferença de preços injustificada praticada pelo produtor, (ii) em segunda linha (“secondary line injury”), em que se analisa o efetivo prejuízo concorrencial ao distribuidor no mercado em que compete, e (iii) a repercussão de dano no mercado concorrencial que atinja o consumidor final (proteção com o bem-estar dos consumidores). Chegou-se à conclusão, ainda que em termos provisórios, de que, no direito brasileiro, o mínimo que se possa exigir, de acordo com a análise da jurisprudência do CADE, é a prova de dano efetivo ou potencial em segunda linha, diante do fundamento da tutela concorrencial, que é primacialmente o mercado (cap. 11.2.4).

No direito civil-contratual, a exigência é menos rígida. Consentânea com a finalidade da proteção nesse âmbito normativo, a conclusão a que se chega é que basta a prova da diferença de preços entre dois distribuidores intrarede que disputem num mesmo mercado relevante. A questão que se coloca é se a lei civil dá proteção ao dano potencial, ou exige o dano efetivo (dano emergente). Como visto, o ilícito do art. 187 separa os planos da ilicitude e da responsabilidade civil-contratual. Somente haverá necessidade de prova de dano para a reparação civil, mas não para a caracterização do ilícito, que exige mera potencialidade de dano (cap. 12.2.1). Poderá haver interesse na só caracterização do ilícito a fundamentar pedido inibitório da parte do distribuidor discriminado, ou seja, de que cesse a prática discriminatória. Dá-se um exemplo. Pode ocorrer que, mesmo discriminado no preço, um distribuidor repasse essa diferença ao preço de revenda do seu produto: no momento em que repassa a diferença, não há dano direto quanto à diferença de preço praticada. O distribuidor, contudo, ainda poderia provar danos demonstrando que, com o repasse da diferença ao seu preço final de revenda, acabou perdendo mercado (*market share*), recaindo, nesse ponto, outro dano efetivo que poderia ser demonstrado, o dano de prejuízo no mercado (correspondente ao “secondary line injury”). Pode acontecer que, mesmo tendo repassado a diferença de preço, o distribuidor não tenha perdido mercado. Daí a questão: nessa hipótese de ausência de prova de dano efetivo, deve ser sancionado o ato discriminatório? A resposta é

positiva. Com efeito, o fundamento do dever de não discriminação é o de garantir *igualdade de condições para a atuação dos seus distribuidores no mercado*, a partir do que cada distribuidor, de acordo com as suas vantagens competitivas, irá lucrar ou não, aumentar parcela de mercado, perder parcela, ter prejuízo, falir, enfim, o resultado depende da atuação do distribuidor e das circunstâncias de mercado. Há, na espécie, dano potencial, consistente justamente no fato de que, em sendo fixado o mesmo desconto dado ao seu concorrente diante de possuírem as mesmas condições comerciais, o distribuidor desfavorecido poderia repassar o desconto ao seu preço final de revenda, que iria diminuir, provavelmente resultando em ganho de mercado, ou poderia incorporar essa redução como lucro, quando mantivesse o seu preço final de revenda. Protege-se, portanto, a expectativa de ganho do distribuidor nesse panorama específico de vedação à discriminação de preço.

Fixado este importante ponto da necessidade ou não de prova de dano e sua extensão, podemos agrupar os requisitos até então trabalhados de forma difusa para a caracterização do abuso do direito de fixação de preço decorrente da violação do dever de não discriminação decorrente da boa-fé. Importa, aqui, fixar um *standard* de conduta não discriminatória exigida do organizador da rede: o *standard* foca nos elementos centrais da proibição, em torno dos quais gravitam elementos periféricos, que podem ou não vir a configurar o ilícito a depender da especial intensidade da sua interação com os demais, dentro da concepção de gradação do controle do exercício do direito<sup>364</sup>. São estes os requisitos:

- (i) A potestatividade do direito de determinação do preço pelo organizador da rede.
- (ii) A integração do distribuidor na rede contratual de distribuição do produtor.
- (iii) Uma *prática* discriminatória: essa exigência pode ser posta em suspeição, já que, a princípio e de forma rigorosa, basta um ato discriminatório para que seja reconhecido o ilícito. Permite-nos formulá-la o modo próprio de construção de ilícitos a partir de cláusulas gerais e princípios jurídicos, que é naturalmente flexível e visa a formação de um *standard* comportamental que seja suficientemente grave para que possa ser exigido do sujeito de

---

<sup>364</sup> É a idéia de aplicação dos requisitos pelo sistema móvel, de inspiração tedesca, assim definida por MENEZES CORDEIRO: “A articulação destes requisitos entre si não opera em termos cumulativos comuns: a falta de algum deles pode ser suprida pela intensidade especial que assumam os restantes. Neste domínio como noutros, a concretização da boa-fé impõe o abandono de subsunções conceptualísticas como modo de aplicar o Direito. A concatenação elástica em que eles se encontram pode ser expressada através da ideia de sistema móvel, a que se fará oportuna referência”. *Da boa fé no direito civil, cit.*, p. 759.

direito que dele não possui expresso conhecimento, tal como se estivesse formulado em uma regra<sup>365</sup>.

Deve-se, ainda, ponderar, que permitir a configuração do ilícito com apenas um ato discriminatório em um contrato de distribuição, cuja marca é a habitualidade, poderia levar a um recurso excessivo e demasiado das partes ao Judiciário, que passaria, indevidamente, à situação de instância revisora de preços.

Assim, em atenção à dinâmica própria da fixação de preço (cap. 12.3.4), à presumível racionalidade do organizador no tratamento dos membros da sua rede (cap. 12.3.3), à habitualidade do contrato de distribuição (cap. 5.1.1) e à necessária gravidade da conduta reprovável, exige-se que a discriminação seja sancionada quando representar uma *prática discriminatória*, ou seja, um ato sistemático dentro de um período razoável de tempo, a ser determinado no caso concreto com atenção à extensão dos danos efetivos ou potenciais provocados ao distribuidor discriminado.

(iv) Não é necessária a prova de dano efetivo, bastando o dano potencial decorrente da diferença discriminatória de preços.

(v) A diferença deve ser substancial: é o que propugna a jurisprudência norte-americana na aplicação do direito concorrencial (não pode ser “de minimis”) e também a jurisprudência brasileira quanto à análise do ilícito civil. Na Apelação Cível nº 2007.001.32543, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assentou que “O que está bem claro é que a diferença dos preços era significativa”. Na Apelação Cível nº 2007.001.06989, foi julgado improcedente o pedido, já que, além da diferenciação ter ocorrido sob justificativa válida, foi considerado pelo Tribunal que a diferença de preços “não ultrapassou pequena e razoável margem”.

(vi) A discriminação deve ocorrer entre os mesmos produtos.

(vii) A discriminação deve ocorrer entre distribuidores que atuem no mesmo mercado relevante geográfico.

---

<sup>365</sup> Isso não significa que o dever decorrente de um princípio seja menos exigível que o decorrente da regra; o que muda é a possibilidade de se construir requisitos mais fortes para a caracterização do ilícito. Quanto a maior reprovabilidade do descumprimento de uma regra do que de um princípio: ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 83-84.

Passemos à análise dos requisitos negativos do ilícito, ou seja, das circunstâncias que impeçam a configuração da ilicitude do ato por justificarem juridicamente a diferenciação de preços.

### 12.5.3 Os requisitos negativos do ilícito

#### 12.5.3.1 O filtro jurídico: os limites da racionalidade econômica

É preciso destacar o que já foi dito: a diferença de preços pode ser juridicamente válida ou juridicamente inválida. Haverá discriminação somente quando a diferenciação for inválida do ponto de vista jurídico.

Assim, por mais que nesse campo se admita de forma ampla que circunstâncias econômicas diferenciadas possam justificar a diferença de preços, é preciso pô-las em ordem sob critérios jurídicos. Vamos nos valer do conceito operativo de igualdade desenvolvido pelos publicistas para essa tarefa (cap. 10.4), transpondo as exigências relacionais entre os elementos normativos para um plano de análise das circunstâncias econômicas e sua aptidão jurídica de justificar a diferenciação de preços.

Parte-se dos três elementos básicos que compõem o preço: (i) custo total (custos operacionais, custos com a produção, custos com o transporte e custos com a atividade mesma de venda), (ii) margem de lucro e (iii) circunstâncias de mercado. Vai-se analisar as circunstâncias econômicas presentes em um contrato de distribuição e que não estejam em outro que possam repercutir em termos de redução de preço nesse contrato em que presentes; e, bem assim, das circunstâncias de mercado que possam justificar a interferência do produtor em um ou outro sentido, a princípio, dentro da sua liberdade de apreciação do que julgar mais eficiente para a rede. A margem de lucro, porque interna e não externa, como o são o que possa impactar em termos de redução de preço (redução de custo) ou o que possa impactar em termos de modo de *ação no* e *reação ao* mercado (circunstâncias de mercado), é insindicável para esses fins.

Então, nessa análise interna da relação entre os elementos, tem-se o seguinte: a definição das finalidades e os critérios de desigualação.

As finalidades aqui buscadas são as que possam justificar a diferenciação de preço: ou seja, quando atingidas essas finalidades, pode-se diferenciar preços. As finalidades, nessa análise interna, estão sujeitas a um filtro jurídico externo: devem passar pelo crivo das normas jurídicas que vedam a discriminação de preços. A norma que veda a discriminação de preço é a cláusula geral do art. 187, que se desdobra em duas: os limites impostos a partir da consideração da própria função econômica do direito e os limites impostos pelo princípio da boa-fé, tal como desenvolvidos. Esse controle jurídico externo não será apenas das finalidades a serem alcançadas nessa lógica interna, mas também dos próprios critérios de desigualação utilizados. O controle jurídico interno está na própria ordenação dos elementos e na extração de relações juridicamente aceitáveis entre eles.

Assim, as três finalidades que poderiam justificar, quando alcançadas, dentro dessa lógica interna de análise das circunstâncias diferenciadoras dos preços são as seguintes:

- (i) redução dos custos do organizador da rede com produção, transporte e venda;
- (ii) circunstâncias de mercado que reclamem ação ou reação do organizador da rede;
- (iii) preservação da rede de distribuição.

As duas primeiras são aceitas pelo limite da função econômica do direito, como visto expressamente, e pelo limite informado pela boa-fé somente na medida em que não importem violação à lealdade e as expectativas legítimas dos distribuidores em rede. A terceira decorre unicamente da boa-fé objetiva na medida em que exija do organizador da rede um dever de cooperação para com os seus membros, o que, a princípio, importa o reconhecimento de meios para tanto. Essa terceira hipótese será objeto de análise apartada no tópico que segue. Fiquemos nas duas primeiras por ora.

Para o atingimento dessas duas finalidades, apresentam-se múltiplos critérios de desigualação. Exige-se, aqui, uma relação fundada entre o critério de desigualação e a finalidade a ser atingida, no sentido de que, por meio de comprovação empírica efetiva ou presuntiva, esses critérios estejam aptos a atingir aquelas finalidades. Vamos analisar os principais:

(A) Critérios para atingir a redução de custos do organizador:

(i) As condições comerciais de venda para cada distribuidor: aqui se incluem as clássicas situações que diferenciam dois distribuidores e validamente permitem, pois, a diferenciação de preços. São as condições de volume de compra, de forma de entrega (se cláusula CIF ou FOB) e forma de pagamento (à vista ou a prazo, pagamento imediato ou diferido no tempo), todas amplamente consideradas no estudo de direito concorrencial.

(ii) A assunção de custos que seriam do organizador: essa diferença é buscada na jurisprudência norte-americana sobre o RPA e permite que, sempre que um custo originário do organizador da rede seja repassado a um distribuidor e não a outro, justifica-se a redução do preço para o distribuidor que assumiu tal ônus. É a circunstância que justifica, por exemplo, quando na ausência de uma política de preço própria intrarede, que sejam praticados preços menores aos distribuidores integrados em rede em relação aos distribuidores independentes, pois assumem custos de marketing e promoção de venda do produto, entre outros.

(iii) O valor investido pelo produtor em cada contrato: é normal em muitos contratos de distribuição que o produtor colabore mais efetivamente com determinados distribuidores no sentido de, no sentido inverso do item anterior, assumam custos que seriam dos distribuidores. Assim, quando o produtor cede em comodato os equipamentos necessários para que o distribuidor possa desenvolver a sua atividade, quando assume custos com a implantação de elementos de imagem no local (como totens e outros elementos em postos de combustíveis) ou assumem custos de manutenção de equipamentos e remediação ambiental, por exemplo. Nesses casos, poderá o produtor praticar preços superiores quanto a esses distribuidores já privilegiados.

#### (B) Critérios para agir no ou reagir ao mercado

(i) A política de preços do organizador: como estudado, admite-se ampla discricionariedade ao organizador da rede para definir uma política de preços com que deva inserir no mercado ou responder à competição entremarcas. Exige-se apenas que seja uma política que passe pelo crivo da lealdade exigida pela boa-fé e não frustre as expectativas legítimas dos distribuidores, aqui em um juízo bastante limitado de expectativas dos distribuidores que mereçam proteção. Exige-se, pois, que não haja quebra da política de preços em relação a alguns distribuidores, o que representará discriminação sancionável.

(ii) A fixação de um preço competitivo (“meeting competition price”): é o caso da resposta do produtor à competição de preços em certos mercados relevantes, amplamente aceita no direito concorrencial, e também aqui no direito civil. No julgado da Apelação Cível nº 2007.001.06989, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro admitiu essa possibilidade: “Não obstante a verificação de preços e prazos diferenciados entre os revendedores como afirmou o apelante tal prática, conforme apurado no laudo pericial, não ultrapassou pequena e razoável margem, aceitável até mesmo *diante da necessidade de coibir, momentaneamente, atuação de distribuidoras e revendedores concorrentes*”<sup>366</sup> (Grifou-se).

(iii) A reação ao mercado deve ser extensível aos distribuidores: essa a exigência para que todas as medidas que importem ação no mercado ou reação ao mercado, como a prática de preço promocional, por exemplo, sejam oferecidas aos demais distribuidores que atuem no mercado relevante em que a prática do organizador deva produzir efeito. Ou seja, aqui o mercado relevante em que serão feitas as comparações é aquele atingido pela ação do organizador.

#### 12.5.3.2 A finalidade de preservação da rede

A doutrina francesa e argentina, com base na boa-fé, enfatizam a existência de um dever de cooperação entre os membros da rede e um dever específico de cooperação e diligência do organizador no sentido de buscar a manutenção estável e equilibrada da sua rede. A questão que se coloca é se, atendendo a esse dever de cooperação, o distribuidor entenda que é mais eficiente para a rede como um todo que ele ajude um distribuidor em situação econômica precária utilizando-se da redução do preço como um instrumento. Assim, o organizador poderia discriminar preços em relação aos demais distribuidores atuantes naquele mercado relevante com o objetivo de cooperar com um distribuidor em específico que esteja em situação econômica precária.

Entendemos que a resposta deva ser negativa. Primeiro porque o dever de cooperação não pode olvidar do fato de serem os distribuidores empresas independentes que

---

<sup>366</sup> Apelação Cível nº 2007.001.06989, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 14ª Câmara Cível, Des. Rudi Loewenkron, julgado em 04.04.2007. Autor: POSTO MONZA LTDA. Ré: ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA.

devem aproveitar as oportunidades oferecidas igualmente pelo organizador da rede de acordo com a sua própria administração. Assim, o resultado de fracasso econômico é um dos possíveis resultados em toda a atividade que não pode ser contornado por meio do preço, que terá como repercussão imediata a redução de lucro ou perda de mercado dos outros distribuidores que ali atuem. O dever de cooperação, pois, estaria limitado pelo dever de não discriminação. Esse possível conflito entre deveres pode ser solucionado pelo modo ponderativo próprio do conflito entre princípios parcialmente imbricados, em que deve haver limitações de sentido<sup>367</sup>. Pelo teste da proporcionalidade, tem-se que a cooperação ao distribuidor em dificuldades pode dar-se de diversas maneiras, como com a concessão de crédito, com o auxílio técnico-operacional que apontem soluções, entre outros. Assim, o auxílio pode dar-se por outros meios menos restritivos aos interesses jurídicos dos distribuidores de não virem a ser discriminados no preço. O uso do preço como instrumento de auxílio, portanto, não resiste à máxima de necessidade da medida, devendo, pois, ser refutado.

---

<sup>367</sup> ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113 e ss.

## CONCLUSÃO

Apresentamos uma conclusão separada pelos capítulos objeto da presente dissertação.

### PRIMEIRA PARTE

I,

#### Cap. 1

Adotamos a teoria de BETTI de que a causa é elemento essencial do contrato, ao lado dos demais elementos estruturais, que denota a função econômico-social por ele desempenhada. Permite o entendimento funcional do contrato e, assim, auxilia na interpretação das obrigações assumidas pelas partes e das demais cláusulas. É elemento que deve ser considerado para a qualificação de um contrato como típico ou atípico, traçando semelhanças e diferenças com os demais. Constitui referência na aplicação do regime jurídico próprio dos contratos típicos e, principalmente, do regime aplicável aos contratos atípicos.

#### Cap. 2

A identificação de um contrato como típico ou atípico depende de um juízo primário gradual (índices do tipo) e de um juízo secundário de certeza, conforme teoria de PAIS DE VASCONCELOS. Os juízos de semelhanças e dessemelhanças entre os contratos servirão como um ferramental importante para a aplicação e para o afastamento da aplicação, por analogia, aos contratos atípicos do regime jurídico dos contratos típicos.

Propomos a adoção de um *standard* de conduta civil e um *standard* de conduta empresarial como elementos para servir a uma técnica jurídica de correção hermenêutica e aplicativa da lei civil unificada.

#### Cap. 3

Propomos a divisão do fenômeno jurídico da ligação funcional entre dois ou mais contratos para servir a uma mesma finalidade econômica supracontratual em (i) contratos conexos e (ii) redes contratuais, por apresentarem formas diferentes de ligação e efeitos típicos diferentes. As redes contratuais são identificadas pelo motivo comum determinante dos contratos individuais e têm como efeitos típicos a existência de deveres de

cooperação e lealdade entre os membros da rede, recaindo mais fortemente sobre o organizador da rede.

II,

#### Cap. 4

O contrato de distribuição é um dentre os contratos que são utilizados pelos produtores para fazer chegar os seus produtos, de um modo eficiente, no mercado de destino (distribuição indireta). A marca do contrato de distribuição é que o distribuidor atua em nome e por conta próprios, adquirindo os produtos a serem revendidos, assumindo os custos e responsabilidades com a operação de revenda.

#### Cap. 5

O contrato de distribuição é um contrato atípico firmado entre dois empresários juridicamente independentes pelo qual o distribuidor adquire do produtor, com habitualidade, produtos para que sejam revendidos, em seu nome e a sua conta, no mercado de destino, dando corpo, pois, a uma função cooperativa de escoamento da produção.

O contrato de distribuição admite diversos arranjos negociais, a depender das cláusulas pactuadas (exclusividade de compra, exclusividade territorial, aquisição mínima, licença de uso de marca, entre outras), podendo ser classificado como de distribuição integrada ou não integrada.

É necessário integrar ao estudo de direito civil-contratual o estudo de direito concorrencial, na medida o direito concorrencial regula, sob a sua específica finalidade e requisitos próprios de aplicação, muitas das restrições contidas em cláusulas contratuais.

#### Cap. 6

A integração de um contrato de distribuição em rede pode ser identificada em termos gerais ou analíticos. Em termos gerais, vai-se buscar, pela análise dos elementos de cada contrato individual, a adesão do distribuidor à finalidade econômica global da rede, o que vai ser denotado pela análise do motivo comum determinante. Em termos analíticos, pela presença das cláusulas de exclusividade e licença de uso de marca. Não se trata de um juízo seguro; requer um juízo gradual, por índices de aproximação contratual entre distribuidor e organizador da rede aos moldes do juízo utilizado para a verificação da tipicidade de um contrato.

## SEGUNDA PARTE

I,

### Cap. 7

A dependência econômica do distribuidor em relação ao produtor, que é presumível nas redes de distribuição, pode ter origem em restrições jurídicas, como a cláusulas de exclusividade de compra e aquisição mínima, ou em restrições econômicas, como o poder do produto ou da marca do produtor que reduza as possibilidades de sua substituição por outros existentes no mercado. O conceito de dependência econômica é conceito de direito civil com origem no direito concorrencial que substitui, com ganhos, o conceito impreciso de parte mais fraca, e tem como função atrair um regime protetivo maior.

### Cap. 8

Dada a habitualidade das vendas no contrato de distribuição e a concentração de poder decisório no organizador da rede, é comum que a cláusula de preço atribua ao produtor o direito potestativo de fixação do preço, já que o contrato de distribuição não tolera o impasse que poderia sempre haver no caso de as partes não acordarem sobre o preço. É preciso que a potestatividade seja analisada conjuntamente no plano fático.

### Cap. 9

Dada a diferença de objeto e principalmente de causa entre o contrato de distribuição e o contrato de compra e venda, em que o produtor e o vendedor agem sob racionalidades econômicas presumidas absolutamente diferentes, não se aplica, a princípio, a regra do art. 489 do CC/02 aos contratos de distribuição. Nesses contratos, o controle se desloca da nulidade da cláusula para a ilicitude do exercício do direito.

II,

### Cap. 10

A vedação à discriminação de preços nas redes de distribuição evoca o princípio da igualdade, que tem matriz constitucional. Defendemos uma eficácia mediata dos direitos fundamentais na relação entre os privados, em razão da necessária autonomia que deve ser garantida e respeitada ao direito privado. O conceito de igualdade como relação, cunhado pelos publicistas (ÁVILA), será utilizado, com as devidas adaptações, na análise da vedação à discriminação de preço no plano civil-contratual.

## Cap. 11

A Lei nº 8.884/94 positiva, em seu art. 21, inciso XII, a ser aplicado somente na medida em que ligado aos efeitos anticoncorrenciais do art. 20, como ilícito concorrencial a discriminação de preço entre adquirentes. Assim, foi preciso analisar a finalidade própria do direito concorrencial, o seu âmbito de aplicação e os requisitos para a aplicação do ilícito concorrencial em tela. Recorreu-se ao estudo comparado com o direito norte-americano em razão da existência de lei antitruste extremamente protetiva nesse sentido, o Robinson-Patman Act (RPA).

A jurisprudência norte-americana oscilou de uma aplicação extremamente rígida do RPA, dirigindo proteção direta aos concorrentes, até uma aplicação que retira o conteúdo próprio do RPA para tornar sancionável apenas a prática de preços predatórios e não discriminatórios.

A jurisprudência do CADE, conquanto não seja abundante, daí porque não se pode considerá-la conclusiva, aponta para uma aplicação mais branda do ilícito, exigindo posição dominante da parte do produtor para que se tenha como configurado efeitos anticoncorrenciais. Assim, sobreleva a importância da tutela aos distribuidores discriminados no âmbito do direito civil-contratual.

## Cap. 12

No âmbito civil-contratual, o controle do exercício do direito de fixação de preço pelo produtor nas redes contratuais de distribuição é dado pela cláusula geral do abuso do direito do art. 187. A limitação do exercício parte dos limites internos impostos pela função mesma desse direito potestativo em rede, que é a de servir à adoção de uma política de preços pelo produtor. Ainda, a própria potestatividade do direito é considerada válida pelo ordenamento na medida em que não seja exercido de forma arbitrária, o que tem como consequência imediata a vedação de prática de preços excessivos.

No campo da boa-fé, tem-se que o princípio, na verdade, atua como fonte normativa de deveres de conduta que formem um *standard* de comportamento exigível do produtor no fixação unilateral do preço. As diversas circunstâncias de vulnerabilidade dos distribuidores integrados na rede de distribuição reclama a incidência qualificada da boa-fé. Os fundamentos valorativos a que se reconduz a vedação à discriminação de preço aos distribuidores em rede são os deveres de proteção, de lealdade e de correção. A jurisprudência acompanha essa vedação à discriminação, ainda que não se posicione abertamente sobre esse dever. A análise das circunstâncias que admitem a diferenciação de preços foi feita com o

estabelecimento de finalidades, que sejam válidas diante das exigências normativas da boa-fé, e de critérios de desigualação, exigindo-se relação fundada entre ambos, a partir de importação do conceito operativo de igualdade construído no direito público.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Dottore Antonio Giuffrè Editore, 1962.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, 1998, p. 159-180.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplimento Contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, abril de 1998. p. 113-120.

\_\_\_\_\_. Contrato de Distribuição – Causa Final dos Contratos de Trato Sucessivo – Resilição Unilateral e seu Momento de Eficácia – Interpretação Contratual – Negócio *Per Relationem* e Preço Determinável – Conceito de “Compra” de Contrato e Abuso de Direito. *Revista dos Tribunais*, v. 826, agosto de 2004, p. 119-136.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di Pietro Perlingieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

\_\_\_\_\_. Causa del Negozio Giuridico (verbete). *Novissimo Digesto Italiano (diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula)*. Tomo III. Editrice Torinese, 1957.

BORK, Robert H. The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division. *The Yale Law Journal*, v. 74, april 1965, n. 5, p. 775-847.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder económico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. 1ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

CASSANO, Giuseppe. Introduzione. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 5-43.

CISTARO, Mariangela; FAVA, Pasquale; PANNICELLI, Serena; RELLA, Roberto. I contratti di distribuzione. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 49-133.

CLARK, Donald S. The Robinson-Patman Act: Annual Update. Discurso proferido no “Robinson-Patman Act Committee Section of Antitrust Law”, Forty-Sixth Annual Spring Meeting, april, 1998. Disponível em <[http://www.ftc.gov/speeches/other/spring98.shtm#N\\_10\\_](http://www.ftc.gov/speeches/other/spring98.shtm#N_10_)>, acesso em 12.02.2011.

COLINO, Sandra Marco. *Vertical agreements and competition law: a comparative study of the EU and US regimes*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, ano XIV, nova série, n.18, 1975, p. 54-65.

CORONA, Eduardo Galán. Los contratos de distribución: ideas generales. In: PINTO, María José Vaquero; VICENTE, José-Ramón García. *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Navarra: Aranzadi, 2010.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. 4ª ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2001.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

ECONOMIDES, Nicholas. The economics of networks. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 14, nº 2, março 1996.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Curso de Direito Commercial*, v. 1 – Parte Geral: Do Comerciante e seus Auxiliares. São Paulo: Salles Oliveira, Rocha & C., 1927.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw), p. 77-158.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito-PPGDir/UFRGS*, Edição Especial, v. 1, nº 3, novembro 2003.

\_\_\_\_\_. [Proposição de enunciado]. In *Jornada de Direito Civil*. Organização Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

GALGANO, Francesco. *Il contratto*. Padova: CEDAM, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOYDER, Joanna. *EU Distribution Law*. 3ª ed. Bembridge: Palladian Law Publishing, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUYENOT, Jean. *Que es el franchising? Concesiones comerciales*. Trad. S. Julio Rotman e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

HERRERA, Alicia García. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PALLARÉS, Beatriz; PIEDECASAS, Miguel A. *Código Civil Comentado: doutrina, jurisprudência, bibliografia: contratos: parte general (artículos 1137 a 1216)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. The Robinson-Patman act: a look backwards; a view forward. *The Antitrust Bulletin*, 31, fall 1986, p. 571-609.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KORAH, Valentine; ROTHNIE, Warwick A. *Exclusive distribution and the EEC competition rules*. 2ª ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Trad. espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARROUMET, Christian. La defensa de la responsabilidad contractual en derecho frances. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8. Rio de Janeiro: Editora Padma, outubro a dezembro 2001. p. 151-163.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, v. 832, fevereiro de 2005, p. 100-111.

LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. Wanderley Fernandes (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw), p. 3-74.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

LUCCA, Newton de. [Et. Al.] *Comentários ao Código Civil: do direito de empresa*, v. IX (arts. 966 a 1.087). Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 33, ano 9, janeiro-março de 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 28ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, volume V, tomo II (arts. 389 a 420): do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 7, v. 26, abril-junho 2006, p. 213-249.

\_\_\_\_\_. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista da AJURIS*, v. 32, n. 97, p. 143-169.

\_\_\_\_\_. A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Edição Especial, v. 2, n. 4 (jun 2004), p. 347-379.

\_\_\_\_\_. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, n. 45, p. 213-244.

\_\_\_\_\_. O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 96, março de 2008, p. 48-58.

MEESE, Alan J. Price theory and vertical restraints: a misunderstood relation. *UCLA Law Review*, n. 45, 1997, p. 143-204.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. I - Parte Geral, tomo I – Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Concorrência e direitos e liberdades fundamentais na União Europeia. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e (coord.). *Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2005.

MESSINEO, Francesco. Contratto collegato (verbete). *Enciclopedia del diritto*. Tomo X. Milano: Giuffrè, 1962. p. 48-54.

\_\_\_\_\_. *Doctrina General del Contrato*. Trad. (para espanhol) de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Tomo I e II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES,

Claudia Lima (Org.). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 176-225.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21. Rio de Janeiro: Editora Padma, janeiro a março de 2005, p. 95-119.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 28, 1999, p. 32-65.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

PELLEGRINI, Damiana. La somministrazione. In: VILLANACCI, Gerardo (org.). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 215-270.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, n. 27, julho-setembro de 2006, p. 252-278.

\_\_\_\_\_. Abuso do poder econômico-contratual e boa-fé. *Revista de Direito Privado*, n. 11, julho-setembro de 2002, p. 138-153.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, p. 135-182.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, tomo III (Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova). 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel; REALE Júnior, Miguel. Função social e boa-fé na valoração dos contratos. In: REALE, Miguel; REALE Júnior, Miguel. *Parecer: questões atuais de direito*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil*, ano XI, nova série, n. 7, 1972, p. 17-45.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial: parte geral*. Trad. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1931.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SABOYA, Lausiane Luz de; TIMM, Luciano Benetti. O contrato de distribuição no novo Código Civil (à luz da jurisprudência do TJRS). *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 9, vol. 35, julho a setembro de 2008, p. 75-99.

SALOMÃO Filho, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito concorrencial: as condutas*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCORZA, Guido. La concessione di vendita. In: CASSANO, Giuseppe (org.). *I Contratti di Distribuzione – agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising – figure classiche e new economy*. Giuffrè Editore: Milano, 2006, p. 496-554.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SOTO, Ricardo Alonso. Tipología de los contratos de distribución comercial. In: UREBA, Alberto Alonso et alii (org.). *Los contratos de distribución*. Madrid: La Ley, 2010.

SPINOZZI, Michele. La concessione di vendita. In: VILLANACCI, Gerardo (org.). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 271-300.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 812, junho de 2003, p. 22-40.

\_\_\_\_\_; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a

situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista da Esmape*, v. 8, n. 18, jul/dez 2003, p. 3-126.

VILLANACCI, Gerardo. Parte introduttiva. In: VILLANACCI, Gerardo (org.). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 1-55.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, V. 1 – I Commercianti. 5ª ed., 3ª reimpressão, rev. e ampl. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934.

WALD, Arnoldo. Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro. *Revista Forense*, ano 72, v. 253, janeiro a março de 1976, p. 93-104.