

UCAM – Universidade Cândido Mendes
Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito

TIAGO FERNANDES DE SOUZA

OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS E O ABUSO DO DIREITO NO
EXERCÍCIO DAS SUAS CLÁUSULAS

Natal – RN
2007

TIAGO FERNANDES DE SOUZA

OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS E O ABUSO DO DIREITO NO
EXERCÍCIO DAS SUAS CLÁUSULAS

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Universidade Cândido
Mendes e Praetorium, como requisito
parcial para a obtenção do título de
Especialista em Direito Privado.

Professora Orientadora Mônica Cristina
Queiroz

Natal – RN
2007

TIAGO FERNANDES DE SOUZA

OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS E O ABUSO DO DIREITO NO
EXERCÍCIO DAS SUAS CLÁUSULAS

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *lato sensu* apresentado a
Universidade Cândido Mendes e ao Praetorium, como requisito para obtenção do
título de Especialista em Direito Privado.

Aprovado em _____, _____, de 2007.

Professora Mestre Mônica Cristina Queiroz
Orientadora

Para maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir. Têm situações jurídicas em que se acham, ou em que se acha alguém, projeções do eu. (...) O egoísmo humano encontra em tal noção da vida jurídica a imagem que mais lhe agrada. (...) Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito.(...) a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício (...) Na realidade, quer dizer – quando se lançam na vida, quando se exercitam – têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros. (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro, t. LIII, 1966)

RESUMO

O abuso do direito é tema que sempre suscitou fervorosas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, fossem elas no cenário jurídico brasileiro ou mundial, vindo a galgar destaque atualmente em função da sua positivação no ordenamento jurídico pátrio em virtude da redação do artigo 187 do novel diploma civil, contido na parte geral.

O exercício do direito subjetivo para além dos parâmetros sociais, éticos e econômicos normalmente aceitáveis repercute no âmbito da responsabilidade civil dos sujeitos, em especial destaque no âmbito do direito das coisas e das obrigações, onde se reza pela atenção à função social dos contratos em contrapartida ao absolutismo da prerrogativa subjetiva colimada na regra jurídica.

Especialmente em relação às implicações do ato abusivo nas relações contratuais, será proposto o estudo dirigido nos contratos de distribuição de bebidas, estes que, por não possuírem regramento específico no ordenamento jurídico pátrio, ficam a mercê de interpretações a luz de diversos diplomas legais, alguns mais específicos e outros mais genéricos, o que dificulta a uniformização quanto à caracterização dos atos ilícitos passíveis de ensejar a responsabilização da parte que, apesar de estar no exercício de determinada prerrogativa contratual, invoca-lhe de forma abusiva, além dos limites previstos no artigo 187 do NCC¹, prejudicando o direito do outro contratante, geralmente o distribuidor, parte economicamente mais frágil.

Pretende-se instigar a discussão sobre a indenização decorrente do excesso na invocação de cláusulas contratuais nesta relação obrigacional em específico, bem como dos demais efeitos jurídicos decorrentes desta prática.

¹ Será utilizada a expressão NCC para fazer referência ao Código Civil de 2002.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS

2.1 Características e cláusulas essenciais

2.1.1 Exclusividade

2.1.2 Da aquisição mínima de produtos, da formação de estoque e da imposição de rotatividade deste

2.1.3 Manipulação do Preço de Revenda

2.1.4 Da dependência econômica

2.1.5 Do prazo: Formalmente determinado, mas na prática indeterminado.

2.1.6 Demais cláusulas próprias

2.2 Enquadramento legal do *contrato de distribuição de bebidas*: tipicidade ou atipicidade?

2.2.1 Contrato de “Distribuição” no Novo Código Civil

2.2.2 *Contrato de distribuição*: Concessão Comercial e Lei Ferrari (Lei 6729/79)

2.2.3 Paradigma Jurisprudencial

2.2.4 Conclusão

3 ABUSO DO DIREITO

3.1 Breve Histórico e o direito comparado

3.2 Problema existencial: Teorias Negativistas e Positivistas

3.3 Da positivação e da conceituação do abuso do direito no ordenamento jurídico pátrio

3.4 Abuso do Direito e ato ilícito: Distinção?

3.5 Critérios para a caracterização do abuso do direito

3.5.1 Boa-fé

3.5.2 Bons costumes

3.5.3 Fim econômico e social do direito exercido

3.6 Dos efeitos decorrentes da constatação do abuso do direito

3.6.1 Indenizações

3.6.2 Reflexos no âmbito da validade e eficácia do ato

4 DA ABUSIVIDADE NO EXERCÍCIO DAS CLÁSULAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS

4.1 O abuso do direito nos contratos

4.2 A causa, a boa-fé objetiva e a confiança como premissas interpretativas do contrato de distribuição

4.3 Parâmetros específicos para a configuração do abuso no contrato de distribuição de bebidas

4.4 Da venda direta na área de exclusividade

4.5 Venda a preço e condições diferenciadas em regiões contíguas

4.6 Estipulação de vantagens para os compradores nas vendas diretas

4.7 Ingerências nas distribuidoras: Manipulação nos preços de revenda

4.8 Pagamento de verbas com propaganda

4.9 Do abuso da dependência econômica

4.10 Do abuso do direito na extinção do contrato de distribuição de bebidas

4.10.1 Contratos por prazo determinado

4.10.2 Contratos por prazo indeterminado

5 INDENIZAÇÕES DEVIDAS PELO ABUSO DO DIREITO NA EXECUÇÃO E NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS

5.1 Pela prática de atos abusivos durante a execução do contrato

5.2 Pela prática de abuso no exercício do direito de extinguir o contrato

6 CONCLUSÃO

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

O estudo da imposição de limites éticos, sociais e econômicos ao exercício do direito subjetivo justifica a necessidade de situar o abuso do direito no ordenamento jurídico, sobretudo diante da concepção individualista até então em vigor e refletida, dentre outras formas, na autonomia privada, compreendida em suas duas principais vertentes, quais sejam, a propriedade privada e a liberdade contratual, que em si encerram, pelo menos em um primeiro contato, a idéia do exercício ilimitado da prerrogativa jurídica, quase sempre de maneira potestativa.

A labuta diária com o direito privado nos faz compreender que o sistema jurídico precisa frear corriqueiras interpretações literais de cláusulas contratuais, bem como do próprio texto da lei, impondo limites intersubjetivos aos atingidos pela prerrogativa outorgada pela letra da lei ou da regra contratual, sob pena de motivar o colapso do próprio sistema, ao infringir valores por ele mesmo ditado como inquebrantáveis.

Sem dúvida, o estudo do abuso do direito proporciona cada vez mais a possibilidade de aproximar o direito ao ideal de justiça - independentemente da corrente epistemológica adotada para conceituá-los -, e nisto consiste a essência de qualquer atividade jurídica, não sendo distinta a razão do presente estudo.

Inserir-se neste quadro análise de específica modalidade contratual: a distribuição de bebidas, principalmente em decorrência da atividade econômica envolvida nesta relação contratual, que até pode, sem maiores questionamentos, ser incluída no rol das principais atividades praticadas pela indústria nacional.

É bastante significativo o número de demandas judiciais que envolvem distribuidores de bebidas pleiteando indenizações em função da prática abusiva a que estão sujeitos no decorrer da execução do contrato, por muitas vezes não concedidas em razão da existência de cláusulas que admitem que o fornecedor de mercadorias exerça seus interesses suplantando absurdamente o interesse legítimo e justo da outra parte contratante.

A experiência prática demonstrou que é escassa a doutrina sobre o tema, bem como que a jurisprudência, ainda que demonstre sinais da justeza da indenização que mereceria o distribuidor, prende-se à legalidade contratual para afastar e recomposição pecuniária pretendida, olvidando-se, portanto, dos limites aos quais estão sujeitos os direitos subjetivos buscados pelos fornecedores de mercadorias na execução e estipulação de regras específicas do contrato em exame.

Diante deste quadro, justifica-se a elaboração do presente trabalho, que buscará estabelecer uma visão sistematizada sobre o tema, atribuindo-lhe conclusões a partir do relacionamento das obrigações contratuais com a parte que

disciplina os negócios jurídicos e seus vícios de validade, além das pertinentes elucidações sob a responsabilidade civil inserida neste contexto.

O trabalho será elaborado a partir da pesquisa teórica sobre os institutos de direito civil e, em certa parte, comercial, inerentes ao desenvolvimento do tema.

Doutrina, jurisprudência e textos de lei serão utilizados como ponto de partida para a resolução dos problemas abordados. Os aspectos jurídicos extraídos da análise destes suportes científicos serão conjugados para a sistematização do estudo e suas conclusões.

Em síntese, buscar-se-á a resolução do problema ligado à conceituação e enquadramento do contrato de distribuição de bebidas no denso conjunto de normas são afetas a esta relação negocial. Serão demonstradas as cláusulas que comumente integram o contrato de distribuição de bebidas, para então buscar a essência jurídica destes a partir daquelas, sempre se utilizando de comparativos com figuras contratuais semelhantes existentes no direito brasileiro.

No segundo passo, será realizada uma abordagem geral do tema do abuso do direito, trazendo uma breve evolução do posicionamento doutrinário sobre o seu conceito e a sua natureza jurídica, bem como os efeitos decorrentes da sua prática.

Por fim, será realizado um estudo sobre o exercício abusivo das cláusulas dos contratos de distribuição, em especial daquelas que são da essência desta relação obrigacional, concluindo com a abordagem do tema da responsabilidade do contratante ao pagamento de verbas indenizatórias específicas em função do exercício anormal do seu direito subjetivo.

Ainda que não seja de forma exaustiva, pretende-se delimitar qual o regramento jurídico do contrato de distribuição de bebidas, expondo a questão da caracterização do abuso de direito no exercício das cláusulas essenciais deste contrato, de forma sistematizada, expondo grande parte das nuances que devem ser consideradas na análise deste tema, atreladas, sobretudo, às particularidades das relações obrigacionais que envolvem a distribuição de bebidas, dentre elas a indenização decorrente do excesso na invocação de cláusulas contratuais nesta relação obrigacional em específico, bem como dos demais efeitos jurídicos decorrentes desta prática.

2 CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS

O potencial de comercialização de determinado produto determina, na maioria das vezes, o seu sucesso no mercado. Inclui-se nesta projeção de êxito a possibilidade de organização, eficiência e economicidade na cadeia de escoamento da mercadoria para que essa atinja o seu destino final, o consumidor. As empresas então passaram a privilegiar o método que melhor atenda essas premissas, de maneira a reduzir o máximo possível os investimentos e, por conseguinte, as despesas, com a última etapa da vida mercantil do produto ou serviço, qual seja, sua jornada ao adquirente final, desde que isso não venha a significar em perda de mercado e competitividade.

Fala-se então do método da *venda indireta*, através da qual o produtor busca ajuda de outros empresários para melhor estruturar a rede de escoamento do produto ao consumidor final, geralmente adotada quando os fabricantes necessitariam que criar um denso sistema para a venda direta do bem, além daquelas situações em que o produtor não tem a exata compreensão das características do mercado a ser submetido à oferta do produto, dentre outras mais peculiares a cada tipo de bem².

² Para melhores esclarecimentos acerca dos fatores que geralmente determinam a escolha do método da venda indireta, vide FORGIONI, Paula Andréa. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg. 46/47.

Foi esse o modelo adotado no cenário nacional com mais notoriedade pelas fabricantes de automóveis – o que ensejou inclusive a elaboração de um regramento específico, a saber, a Lei 6.729/79, denominada Lei Ferrari – e de bebidas, especificamente em sua forma de *acordo vertical*, modalidade de contrato de distribuição adotada por Forgioni (2005, pg. 50)³, caracterizada pela estipulação de cláusulas de restrições liberdade da atividade dos distribuidores, tais como a exclusividade na distribuição, vendas casadas de produtos, divisão de mercado e ainda controle sobre preços de revenda, criando indubitavelmente um notável vínculo de subordinação perante os interesses do fornecedor da mercadoria.

Em suma, o contrato de distribuição obriga o distribuidor a adquirir a mercadoria diretamente do fornecedor⁴ com o propósito de revenda ao mercado consumidor. Ou seja, através da prática da compra e venda mercantil, a propriedade do produto transfere-se de fato e de direito para o distribuidor, o qual retira o seu lucro da diferença resultante entre valor de revenda, pago pelo terceiro estranho à relação de contratual, e o preço de aquisição da mercadoria perante o fornecedor. É o que se chama margem de comercialização.

³ A respeito do tema, atrelado ao direito concorrencial, a autora esclarece que “Segundo a tradicional classificação antitruste, os atos dos agentes econômicos são apartados em (i) acordos (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações. Os acordos, por sua vez, dividem-se em horizontais e verticais.”

⁴ Que pode ser o próprio fabricante da mercadoria ou um intermediário ligado ao grupo econômico daquele. Da mesma forma, diz-se que o distribuidor pode ser primário, não repassando de imediato a mercadoria ao mercado consumidor, mas sim a um distribuidor secundário, a cargo de quem caberá a entrega do produto ao adquirente final, chegando esta segunda relação a caracterizar um contrato de sub-distribuição.

A seguir, serão expostas as principais características do contrato de distribuição, para posteriormente especificar as cláusulas freqüentemente encontradas nesta modalidade contratual voltada para o mercado de bebidas.

2.1 Características e cláusulas essenciais

Basicamente, as cláusulas as encontradas no contrato de distribuição de bebidas refletem as características essenciais de todo contrato comum de distribuição, possuindo em um caso ou outro alguma peculiaridade que lhe outorgue identidade própria.

Paula A. Forgioni⁵ nos esclarece que a doutrina nacional adotou a nomenclatura contrato de distribuição para intitular o contrato de concessão comercial que não tivesse veículos automotores de via terrestre como mercadoria a ser comercializada, posto que este é disciplinado pela lei 6.729/79 (Lei Ferrari). Por conseqüência, as expressões concedente e concessionário serão utilizadas para fazer referência a fornecedor e distribuidor.

Fábio Konder Comparato⁶ expõe que:

⁵ O presente trabalho utilizará a obra *Contrato de Distribuição* como principal fonte científica contemporânea e nacional sobre esta modalidade contratual, mormente em função da exaustividade de que se reveste o estudo da doutrinadora e da excelência analítica das suas conclusões.

⁶ COMPARATO. Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, 18/73, 1975.

A lei 6.729, de 1979, esclarece que a distribuição de veículos automotores efetivar-se-á por meio de concessão comercial entre produtores e distribuidores. Talvez, por essa razão, a praxe comercial refira como 'contratos de concessão' aqueles sob a égide do citado diploma legal, guardando a expressão 'contratos de distribuição' para abarcar os que tratam de outros produtos. De qualquer forma, o art. 2º., §1º., da Lei Ferrari esclarece que, para os fins daquele diploma, 'intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário.

Pontuada a questão terminológica, inobstante maiores digressões a respeito em capítulo específico sobre a conceituação da espécie contratual em estudo, serão elencadas algumas características desta avença, trazidas por Paula A. Forgioni⁷ com base em estudo realizado por Claude Champaud na obra "La Concession Commerciale", são elas:

- (a) Contrato empresarial: O artigo 966 do Código Civil conceitua empresa a atividade econômica organizada com o objetivo de produzir ou circular bens e serviços. Nesse conceito inclui-se a atividade desempenhada pelo fornecedor e distribuidor, que a exercem de forma não eventual e profissional, pautada na organização para produção e circulação de riquezas, o primeiro através da obtenção de lucro na operação de revenda da mercadoria, o segundo no incremento do mercado consumidor do seu produto e na obtenção de lucro com a sua venda ao concessionário;

⁷ Op. Cit. p. 57/63.

- (b) Aquisição pelo distribuidor para posterior revenda: No contrato de distribuição ocorre a transferência de propriedade do produto repassado pelo fornecedor, de sorte que não existe uma simples intermediação ou agência na venda do bem ao consumidor final, tal como ocorre no contrato de representação comercial;
- (c) Monopólio na distribuição: Ao distribuidor é garantida a *exclusividade* na revenda do bem dentro de uma determinada área geográfica, sendo vedada a qualquer outro comerciante a prática da mesma atividade. Paula A. Forgioni (2005, p. 59) expõe que para alguns doutrinadores o monopólio na revenda não seria característica intrínseca ao contrato, na medida em que seria viável e racional permitir ao fornecedor incitar a concorrência dentro daquela determinada região através da inclusão de novos comerciantes do produto ou até mesmo através da venda direta. Cumpre-nos, por hora, apenas demonstrar a irrisignação contra tal entendimento, sendo certo que as razões para tanto motivarão ponto específico no presente estudo;
- (d) Integração do distribuidor a uma rede: Por vezes, as características do produto comercializado a consolidação do seu mercado em várias regiões demandará do fornecedor a formação de uma rede de concessionários, que será acrescida de um novo distribuidor na medida em que se concretize a exploração de uma nova região, proporcionando a ampliação da rede de distribuidores;

- (e) Controle externo exercido pelo fornecedor sobre o distribuidor e imposição de dependência econômica: Inevitavelmente o poder econômico de uma das partes reflete diretamente na condução de qualquer acordo ou contrato, sobretudo se este for de natureza mercantil. Consoante alhures mencionado, o contrato de distribuição parte de um acordo vertical, pelo qual o fornecedor impõe determinadas limitações ao distribuidor, com o escopo de manter sob o seu controle o último estágio da comercialização do produto, zelando pela consolidação de sua marca e pela eficiência na distribuição;
- (f) Necessidade de cooperação: É facilmente perceptível a necessidade de cooperação mútua entre o fornecedor e o distribuidor, posto que o lucro do primeiro depende da venda realizada ao segundo, que por sua vez somente obterá o seu proveito econômico com a revenda do produto ao adquirente final. De plano percebe-se a existência de uma cadeia sucesso em círculo, na medida em que uma parte contratante somente adquirirá cada vez mais êxito caso possibilite à outra condições de melhor desempenhar sua atividade. Ou seja, o fornecedor deverá sempre manter a qualidade dos seus produtos bem como um preço de venda ao distribuidor que lhe permita desempenhar a sua atividade, esta que, por sua vez, caso seja rentável, irá ampliar cada vez mais o mercado consumidor e proporciona-lhe maiores lucros para a aquisição de novos produtos perante o fornecedor, mantendo

sempre a boa saúde da relação contratual e, conseqüentemente, deixando evidente a razão diretamente proporcional de êxito aos esforços mútuos implementados pelas partes durante a execução do contrato;

- (g) Contrato de adesão: Consoante será a seguir elucidado, é quase regra geral o distribuidor situar-se em uma situação de dependência econômica diante do fornecedor, fato este que se mostra perceptível desde a fase pré-contratual, sobretudo nos contratos de distribuição de bebidas, em que as grandes empresas cervejeiras, aproveitando-se da consolidação da marca do seu produto no mercado, impõem as cláusulas contratuais ao concessionário, fato este reduz a autonomia privada desse último apenas à liberdade de escolha de contratar ou não com o fornecedor⁸, posto que a discussão sobre o teor das cláusulas do contrato trata-se de exceção, caracterizando o pacto com de adesão⁹;

⁸ Silvio de Salvo Venosa (in Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 382) traz o conceito de contrato de adesão como sendo aquele “que se apresenta com todas as cláusulas predispostas pelas por uma das partes. A outra parte, a aderente somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato.” Tal conceito é importante para corroborar o posicionamento ora adotado e refutar aquele de que o contrato de adesão restringiria a liberdade de contratar desde a fase pré-contratual, sendo imposto ao aderente a obrigação de realizar o negócio na independentemente da sua vontade.

⁹ Waldirio Bulgarelli (in: Contratos Mercantis. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 454), expõe a respeito desta característica que “As empresas, na vida moderna, tendem a criar verdadeiras redes de distribuição de seus produtos, que passam por vários intermediários até chegar às mãos do consumidor. (...) Optaram, portanto em credenciar empresas autônomas, às quais impõem suas condições (posto que numa posição privilegiada, já que detêm o produto e as marcas), através de contratos de adesão, condições essas que, ao rompimento do contrato, acarretam, via de regra, grandes prejuízos às distribuidoras (concessionárias, representantes, agentes, ou que nome tenham):” (sublinhados inexistentes no original).

Orlando Gomes compartilha deste mesmo entendimento em sua obra Contratos, 1978, pags. 444 e 445, destacando que “O contrato de distribuição, na sua forma simples, gera obrigações recíprocas, apresentando-se, de regra, sob a forma de contrato de adesão.”

Assim, delimitadas as principais características da espécie contratual ora estudada, o que é realizado no afã de realizar uma propedêutica noção dos interesses potencialmente exercidos pelas partes na condução do negócio, cumpre então analisar detidamente as suas principais cláusulas.

2.1.1 Exclusividade

A exclusividade no contrato de distribuição abrange uma gama de obrigações recíprocas as quais estão sujeitos tanto o fornecedor quanto o distribuidor, visando resguardar interesses distintos. Comporta ainda algumas classificações, que levam em consideração as duas etapas da execução do contrato de distribuição, quais sejam:

- (I) *o fornecimento da mercadoria pelo fabricante;*
- (II) *e o relacionamento entre os distribuidores na execução do segundo estágio, ou seja, na venda do produto ao consumidor final;*

Antes de ingressar no estudo desta classificação, com o intuito de melhor fomentar a compreensão das tipificações doutrinárias dadas ao instituto, é imperioso destacar que comumente os contratos de distribuição de bebidas estabelecem que o distribuidor terá restrita a sua atividade aos produtos que componham a marca da

empresa concedente (fornecedora), ou seja, obrigando-se a adquirir, em um determinado espaço temporal, uma quantidade pré-estipulada de produtos (cervejas, refrigerantes, e demais bens que estejam adstritos a este mercado) do monopólio, para que passe a revende-los em determinada zona geográfica exclusiva, ou seja, sem a interferência de demais comerciantes na disputa do mercado local do produto.

A partir deste costumeiro conjunto de obrigações que retratam contratos típicos de distribuição de bebidas, passa-se a explicitar os itens (I) e (II) supra mencionados.

A primeira classificação, que leva em consideração o *fornecimento da mercadoria pelo fabricante*, é denominada como *cláusula de exclusividade ou comercialização*¹⁰ (FORGIONI, 2005), referindo-se à obrigatoriedade do distribuidor adquirir os produtos do fornecedor único, refletindo no âmbito da concorrência entremarcas. Ou seja, obrigado ao distribuidor de bebidas adquirir os produtos diretamente uma única Companhia de Cerveja e refrigerantes (ou de alguém por ela indicada) bem como revender somente estes produtos, não possuindo qualquer outra marca no seu estoque, ainda que de mercadorias pertencente a outro segmento de vendas.

A segunda classificação, que se reporta *ao relacionamento entre os distribuidores*, produz ressonância na competição intra-marca, sendo

¹⁰ Forgioni, Paula Andréa. Contrato de Distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

doutrinariamente denominada *cláusula de divisão de mercado*, pela qual é garantida ao distribuidor de bebidas a região exclusiva para a revenda dos produtos, sem a interferência de outro empresário naquele mercado consumidor. Esta classificação ainda reporta outras duas subclassificações, a saber, a *reclusão do distribuidor*, que estabelece a impossibilidade de invasão por si de região diversa daquela prevista contratualmente, além da *exclusividade de atuação*, que basicamente retrata a *cláusula de divisão de mercado*, garantindo ao concessionário a invasão do seu território por outro agente empresarial.

Com efeito, a cláusula de exclusividade, em qualquer se suas concepções acima referidas, compreende a essência do contrato de distribuição, sendo responsável pelos fenômenos não menos comuns provocados por esta espécie contratual no âmbito do direito concorrencial, em função da *dependência econômica* que, quase como regra geral, surge durante a execução do contrato, subordinando o distribuidor aos interesses particulares do fornecedor, que então adquire prerrogativas abusivas que lhe permitem, *v.g*, impor uma redivisão de mercados, incluindo novos distribuidores em determina região antes regrada pela cláusula de exclusividade de *divisão de mercado*, com o escopo de aumentar ou diminuir o grau de concorrência, dependendo das conveniências mercadológicas.

Por este motivo, ou seja, pela possibilidade da cláusula de exclusividade afastar-se do seu fim de cooperação, integrante de qualquer relação contratual, é que os Tribunais pátrios vêm reconhecendo a sua ilicitude quando exercida de forma

abusiva, por exemplo, quando o fornecedor pretende impor uma margem de comercialização¹¹ ínfima, reduzindo drasticamente o lucro do concessionário com vistas a implementar alguma estratégia concorrencial, vindo a prejudicar a saúde econômica do distribuidor e infringir as disposições da lei antitruste (lei 8.884/94).

2.1.2 Da aquisição mínima de produtos, da formação de estoque e da imposição de rotatividade deste.

Na formalização da avença, o distribuidor compromete-se a adquirir, em determinado lapso temporal, quantidades mínimas dos produtos pré-estabelecidas no contrato, que podem aumentar caso a fornecedora, através da realização de pesquisas de mercado, constate o crescimento demográfico da área, atrelado ao aumento do mercado consumidor da região.

Ademais, em função da grande quantidade de produtos comercializáveis em um curto período de tempo, decorrente do amplo mercado consumidor abrangido pela indústria de bebidas e da própria natureza do produto, em específico cervejas e refrigerantes, normalmente são encontradas cláusulas contratuais que obrigam a distribuidora a manter um certo estoque médio de produtos para fins de reserva, geralmente correspondente ao estoque mínimo suficiente para atender a demanda quinzenal ou semanal de revenda de produtos.

¹¹ Diferença entre o preço de revenda ao consumidor final e aquele praticado na compra do produtor ao concedente (distribuidor)

Além disso, essas cláusulas ainda determinam que o concessionário de bebidas proceda ao rodízio de produtos em estocados, de forma que seja evitado o armazenamento superior a 30 dias para produtos enlatados e engarrafados, devendo ainda ser informado ao concedente a relação dos produtos em estoque, de forma que seja possível uma fiscalização desta rotatividade.

2.1.3 Manipulação do preço de revenda (distribuição)

Os contratos de distribuição de bebidas rezam que os distribuidores deverão se sujeitar aos preços de revenda previamente fixados pela própria fornecedora. Em um ou outro caso, faz-se menção aos limites de preço a ser praticado em função daquilo que vier a ser estabelecido pelos órgãos de controle governamentais de controle de preço.

O fato motivador desta estipulação contratual reside na própria natureza do contrato de distribuição ou concessão comercial, qual seja, o significativo distanciamento do fornecedor perante o consumidor final do produto, fato este que lhe obriga a criar mecanismos de interferência neste último estágio da atividade empresarial, de forma a manter o controle de suas estratégias de concorrência.

Acerca das modalidades de influência na estipulação do preço final do produto, Paula A. Forgioni¹² ressalta, *verbis*:

¹² *Op. cit.* p. 170.

A tentativa de influência do produtor sobre o preço de revenda concretiza-se de vários modos. O mais violento e eficaz deles seria a *imposição*, o estabelecimento puro e simples do valor final, com *previsão expressa (ou implícita, mas efetiva) de penalidades* para o caso de descumprimento da determinação efetuada (inclusive a possibilidade de rompimento do contrato). Há também a *sugestão de preços*, que pode travestir uma verdadeira imposição por ser genuína, sem sanção pelo desacatamento e, portanto, não obrigatória. Como regra geral, a imposição de preços de revenda (“price fixing”) é tida como ilegal, ao passo que a licitude ou ilicitude da sugestão dependerá da valoração do contexto econômico no qual se insere e dos efeitos a serem produzidos no mercado. Em outras palavras, parece ser um consenso mundial considerar a imposição de preços mais perniciosa para o mercado do que a mera sugestão.

Como visto, nos contratos de distribuição de bebidas pratica-se a modalidade de *imposição*, com expressa menção de obediência aos preços informados pelo concedente, firmando a pressão sob a atividade empresarial praticada pelo concessionário, cuja margem de comercialização fica, em decorrência disto, abusivamente subordinada às políticas mercadológicas de que interessem ao produtor, refletindo ainda o aumento da dependência econômica.

Uma observação merece ser realizada quanto à legalidade desta imposição. A Constituição Federal traz como garantia fundamental o direito à propriedade, com sua devida limitação ao fim social que o seu exercício deve perseguir. Diante disto, é necessário lembrar que o distribuidor adquire a propriedade do produto a ser distribuído, e não somente fica com sua guarda para posterior revendo, podendo, desta forma, estipular o preço que bem entender¹³, o que não lhe impede de

¹³ Sempre observando as premissas de ordem constitucional e infraconstitucional que repelem o abuso no direito de concorrência. Neste tipo de contrato é inevitável a interdisciplinaridade das

acquiescer da sugestão fornecida pela parte concedente, o que dificilmente ocorre em função destas indicações somente privilegiarem as políticas de rentabilidade dos fornecedores.

Geralmente no mercado de bebidas os concedentes impõem o *preço máximo* de revenda dos produtos. Esta prática, em um primeiro momento pode aparentar agradável à concorrência do mercado, posto que impede os distribuidores da prática de preços abusivamente altos com vistas a uma progressão geométrica dos seus lucros, razão pela qual Paula A. Forgioni (FORGIONI, 2005), citando Roberto Pardolesi¹⁴, expõe o posicionamento de presunção de sua licitude *per se*.

Contudo, essa legalidade presumida facilmente é fulminada pelo abuso praticado pelo concedente, que freqüentemente utiliza esta disposição contratual para controlar a margem de comercialização do distribuidor, passando, evidentemente, a manipular a vida econômica da atividade empresarial do concessionário, sendo ainda capaz de elaborar estratégias de direção da concorrência entre os distribuidores, privilegiando uns em detrimento de outros em determinadas áreas regionais. São as duas faces de uma mesma moeda.

2.1.4 – Da dependência econômica

normas de direito contratual e concorrencial para fins de aferição de ilicitude nas práticas empresariais desempenhas pelo concedente e concessionário.

¹⁴ PARDOLESI, Roberto. Intese restrittive della liberta di concorrenza. In: FRIGNANI, Aldo et al. (org.).Diritto antitrust italiano. Bologna: Zanichelli, 1993.

A dependência econômica encerra a idéia de uma relação de poder desequilibrada entre os contratantes, pela qual uma parte impõe seus interesses durante a execução do contrato em detrimento daquilo que a outra poderia legitimamente esperar, sendo comumente verificada no contrato de distribuição de bebidas em privilégio ao fornecedor, principalmente pela notoriedade do poderio econômico do grupo de empresas de controla este mercado no cenário nacional, a saber, a AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas.

As cláusulas contratuais alhures mencionadas, especificamente de *exclusividade e imposição do preço de venda e/ou revenda*¹⁵, que demonstram a essência do contrato de distribuição, igualmente retratam os principais traços da relação de dependência econômica. O fato de o fornecedor conseguir impor unilateralmente ao distribuidor a obrigação de comprar determinada quantidade de produtos unicamente da marca pertencente a si, de forma periódica, bem como a manter em seu estoque determinada quantidade deste produto, além de estipular o preço de revenda a ser praticado, espelha o seu poder de imposição perante o distribuidor.

Paula A. Forgioni (FORGIONI, 2005) traz o posicionamento da doutrina estadunidense quando ao tema, expondo que para a Escola de Chicago essa imposição decorrente da dependência econômica não possui qualquer grau de

¹⁵ Diz-se venda e/ou revenda em função da possibilidade, freqüentemente vista, dos fornecedores imporem de forma unilateral não só o preço de aquisição dos produtos pelos distribuidores, mas também aquele valor praticado entre o concessionário e o consumidor final, tal como visto no ramo de distribuição de bebidas.

ilicitude, na medida em que decorreria do império da livre disposição contratual e estaria destinada a manter o controle do fornecedor sobre a eficiência do poder de distribuição.

O fato é que a dependência econômica é um reflexo natural das posições que as empresas fornecedoras e distribuidoras se encontram no mercado, umas mais fortes economicamente que outras, sendo inevitável, na economia de capital hodierna, o desequilíbrio do poder na execução do contrato, do qual sucede as imposições unilaterais.

No mercado de distribuição de bebidas este reflexo natural é facilmente perceptível quando se tem em mira que o fornecedor de bebidas a nível nacional constitui em uma companhia cujo fornecimento é quase que exclusivo no território nacional, sem olvidar que suas operações atingem quatorze países em toda a América, o que lhe ranqueia em quinto lugar no rol das maiores empresas fabricantes de bebidas do globo.

Já no tocante às causas da dependência econômica, Paula A. Forgioni (FORGIONI, 2005), citando a doutrina alemã, francesa e italiana, elenca da seguinte maneira:

- (a) Poder relacional: um dos fatores mais importantes para a constatação da dependência econômica deriva do poder relacional, que por sua vez está atrelado à duração do contrato e dos investimentos realizados pelo

distribuidor para implementar a rede de escoamento do produto a ser revendido. Sob este aspecto, quanto maior os investimentos realizados maior será a submissão do distribuidor aos interesses do fornecedor, posto que uma rescisão contratual decorrente de uma denúncia unilateral daquele certamente iria impossibilitar o retorno dos investimentos gastos para a atividade de distribuição, sobretudo se o planejamento para tanto foi realizado a longo prazo;

(b) Poder de compra: Dependendo do poder de compra do distribuidor, a relação de dependência econômica pode ser invertida, sujeitando o fornecedor aos interesses do concessionário. Isto ocorre geralmente quando grandes varejistas possuem ampla rede de distribuição e possuem seu nome consolidado perante o mercado consumidor, tal como ocorre com os hipermercados no cenário brasileiro. Do contrário, quanto menor esse poder de compra, gradativamente é alterada a titularidade da parte submissa no contrato;

(c) Dependência de marca famosa: Em determinadas situações a marca a ser distribuída possui tamanha aceitação pelo mercado consumidor em função de sua qualidade que a empresa distribuidora vê-se na obrigação de manter a revenda do produto sob pena de prejudicar a sua competitividade;

(d) Período de crise: O fato de serem escassas redes de distribuição em determinadas regiões ou épocas impõe ao fornecedor dependência em relação ao distribuidor, bem como, do contrário, caso densa a rede de escoamento e único o fornecedor de determinado produto, inverte-se a relação de dependência;

Expostas as causas que motivam a dependência econômica, é importante reconhecer que as imposições decorrentes da dependência econômica podem ser exercidas de maneira abusiva, de forma a motivar a exploração oportunista por parte do fornecedor diante do distribuidor ou de certa rede de distribuidores. Nesta ocasião estar-se-á diante do chamado *abuso de dependência econômica*, assunto a ser tratado em capítulo específico do presente trabalho.

2.1.5 Do prazo: Formalmente determinado, mas na prática indeterminado.

O estudo do prazo de vigência dos contratos de distribuição de bebidas exige a prévia exposição de uma de suas classificações utilizadas pela doutrina estrangeira¹⁶, a ser oportunamente explicitada somente neste tópico justamente em razão da sua conjugação com a investigação sobre o elemento temporal da execução das cláusulas contratuais.

¹⁶ Paula A. Forgioni (*in* Contrato de Distribuição, 2005) destaca os estudos do americano Ian Macneil (*Relational contract theory: challenges e requeries*), do francês Sylvie Lebreton (*L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*), além do brasileiro Ronaldo Porto Macedo Jr. (*Contratos relacionais e a defesa do consumidor*).

Trata-se do *contrato relacional*, caracterizado pelos seguintes elementos:

- (a) Longa duração, ocasionada em função dos vínculos duradouros que surgem entre as partes, decorrentes da alta complexidade das operações realizadas neste tipo de atividade, exigindo planejamento futuro sobre o processamento do fornecimento;
- (b) Estipulação de regras contratuais que disciplinem as relações a longo prazo;
- (c) Interdependência entre os contratantes, haja vista benefícios recíprocos em caso de sucesso na distribuição dos produtos;
- (d) Necessidade de cooperação a longo prazo, confiança e boa-fé entre os contratantes para o sucesso recíproco;

Destas considerações poderia decorrer o entendimento de que em regra os contratos de distribuição são avençados por prazo indeterminado. E assim o é.

Todavia, no tocante aos contratos de distribuição de bebidas essa regra geral transforma-se em exceção. Verifica-se costumeiramente a estipulação do prazo anual ou bienal, juntamente com cláusula que admite possibilidade de renovação

automática do contrato caso não seja denunciado com antecedência por alguma das partes.

Ou seja, ainda que indiretamente, o contrato de distribuição de bebidas demonstra o reflexo da teoria do contrato relacional, na medida em que prevê a possibilidade de renovação tácita da avença de forma automática e, por conseqüência, a continuidade, potencialmente a longo prazo, da atividade de distribuição.

Diante da natureza da mercadoria distribuída na espécie contratual em análise, cujo mercado atinge todo o território nacional, com oscilações mínimas de aceitação do produto, a ainda com destaque para a alta rotatividade, não se afigura condizente com a atividade que o processamento do fornecimento seja interrompido.

Então qual seria o motivo para a estipulação do prazo determinado?

A resposta remete-se diretamente à constatação da dependência econômica, pela qual é interessante ao fornecedor manter a possibilidade de imposição de determinadas obrigações (geralmente quotas mínimas de compras e preços de revenda) ao distribuidor com fins estratégicos, e, em caso de não aceitação destas imposições, encontrar-se livre o fornecedor para evadir-se da atividade de fornecimento, devendo para tanto aguardar a extinção do prazo determinado no contrato, sem ter que suportar, salvo a constatação de abuso de direito, quaisquer

ônus com isto, já que neste caso não será aplicável o artigo 473, parágrafo único, do Código Civil¹⁷.

Sobre o tema, é esclarecedor a doutrina de Paula A. Forgioni (FORGIONI, 2005), *verbis*:

“Tratando-se de contratos de distribuição nos quais umas das partes encontra-se em evidente posição de superioridade em relação à outra, é preciso verificar se não se está diante do ardil de estipulações de prazo determinado que encobrem contratos com término indefinido, que subsistem às vezes por longo tempo. Não é incomum que uma parte imponha à celebração de ajuste por “prazo determinado”. O contratante forte busca, dessa forma, esquivar-se do pagamento de indenização, caso decida não mais continuar o negócio, além de manter uma espada de Dâmocles sobre o distribuidor, aumentando seu poder sobre ele.”

Desta forma, chega-se a conclusão de que é da essência do contrato de distribuição a necessidade de projeções futuras e perenidade sobre o fornecimento do produto, de forma que a estipulação contratual de prazo determinado, ainda que admita a possibilidade de renovação tácita, apresenta-se em dissintonia com esta naturalidade, sem, contudo, encontrar-se esvaziada de sentido, qual seja, a possibilidade de extinguir a relação contratual caso a dependência econômica do distribuidor não esteja mais sendo exercida de maneira proveitosa.

¹⁷ **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.

2.1.6 Demais cláusulas próprias

Além das cláusulas retro mencionadas, que regra geral são encontradas nos contratos de distribuição, algumas outras são estipuladas - por vezes na condição de acessórias ao pacto principal - senão vejamos:

- (a) Investimentos em geral com padronização da empresa: Os fornecedores estipulam a obrigação do distribuidor padronizar toda a sua estrutura de acordo com os modelos pré-estabelecidos de pintura e *layout* por si informados. Por exemplo, comumente são encontradas cláusulas que determinam a pintura em todos os veículos utilizados da logomarca da empresa fornecedora, bem como nos uniformes dos funcionários e nas fachadas da sede da empresa distribuidora, sem contar ainda de que, em alguns casos, determina-se que terceiros, que por ventura prestem serviços à concessionária, também se sujeitem a esta padronização;
- (b) Pagamento de taxas para fins de custeamento de programas de publicidade: Toda atividade empresarial, sobretudo aquela destinada à venda bens de consumo, demanda investimentos em publicidade na divulgação da marca. Sucede que nos contratos de distribuição existe em determinado grau o interesse comum na consecução deste objetivo, razão pela qual os fornecedores estipulam que os distribuidores deverão igualmente suportar este ônus, geralmente através da estipulação do

pagamento de quotas mensais calculadas com base no volume de negócios realizados, que geram a formação de dois orçamentos, sendo um destinado ao custeamento da publicidade regional e outro da nacional, o que irá depender do mercado consumidor do produto;

(c) Fiscalização da empresa fornecedora sobre as atividades desempenhadas pela distribuidora; É prática que o contrato de distribuição de bebidas reze a obrigação do distribuidor permitir a realização de auditoria da fornecedora – ou de terceiro por si autorizado – para fins de verificação do fiel cumprimento do contrato, sobretudo no que diz respeito às exigências realizadas pela concedente no processo de revenda das bebidas;

(d) Impossibilidade de alterações em geral na estrutura física e societária da empresa distribuidora; Por meio de cláusula expressa por vezes o fornecedor exige que o concessionário previamente o noticie a respeito da alteração do imóvel sede da sociedade, do estabelecimento de novas filiais, da alteração do objeto do contrato social, do quadro ou do tipo societário;

Com efeito, estas cláusulas emprestam singularidade ao contrato de distribuição de bebidas, igualmente demonstrando o grau de dependência econômica ao qual está submetido o distribuidor.

Expostas as principais considerações acerca do das características e das cláusulas que normalmente fazem parte desta espécie contratual, é mister realizar o seu enquadramento dentro da disciplina legal dos contratos trazida pelo Código Civil e pela legislação atinente ao tema, ou pelo menos atestar ou não esta possibilidade, tarefa a ser cumprida no capítulo a seguir.

2.2 Enquadramento legal do contrato de Distribuição (de bebidas): Tipicidade ou atipicidade?

O presente capítulo se destinará a analisar as normas jurídicas que possuam alguma relação com o contrato que contenha em seu bojo cláusulas e características aduzidas no capítulo anterior.

Buscar-se-á investigar a possibilidade de aplicação de alguns diplomas legais ao contrato que tenha como objeto a revenda sistemática de produtos como meio de escoamento da mercadoria do fornecedor, inclusive com relação às disposições do Novo Código Civil quanto ao tema, para ao final concluir pela tipicidade ou não desta espécie contratual.

Antes disso, ressalte-se que a abordagem ora realizada pretenderá situar o *contrato de distribuição* como espécie geral do *contrato de distribuição de bebidas*, de forma que o enquadramento legal daquele e as conseqüências disto serão perfeitamente aplicadas a este, posto que a única distinção entre ambos reside no

objeto a cujo escoamento se destinará a avença, lembrando-se que pactos acessórios referidos no capítulo anterior emprestam singular característica de reflexo da presença da dependência econômica desde a fase pré-contratual na distribuição de bebidas, o que entretanto não se apresenta suficiente para retirá-lo da categoria dos contratos de distribuição em geral.

2.2.1 – Contrato de “distribuição” no Novo Código Civil

O Novo Código Civil, em seu artigo 710, intitulou a espécie contratual de agência e distribuição como sendo aquela pela qual “uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.”

Portanto, a partir de uma interpretação literal do dispositivo, tem-se que o contrato de agência refere-se à operação de intermediação realizada pelo agente destinada a promover negócios em favor de outra pessoa que lhe remunera por isto.

A distribuição trazida pelo novel diploma civil, por sua vez, somente estaria conjugada com o contrato de agência caso o agente intermediador tivesse a sua disposição a coisa negociada, em função de que se conclui pela possibilidade da existência da primeira modalidade contratual (agência) sem necessariamente estar

atrelada à segunda, posição esta que qualifica esta última como uma cláusula acessória daquela primeira, já que somente viria a existir em razão dela.

Em suma, o Código Civil se prestou a regular o contrato de representação comercial (ou mercantil), anteriormente disciplinado na lei 4.886/65¹⁸, que em seu artigo 1º prescreve que a representação comercial é atividade de mediação para a realização de negócios em caráter não eventual, pela qual uma pessoa física ou jurídica agencia, por conta do fabricante e mediante remuneração deste, as propostas ou pedidos para transmitir-lhe posteriormente.

Acerca desta representação comercial preleciona Fran Martins¹⁹, *verbis*:

Entende-se como contrato de *representação comercial* aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de uma outra. A parte que se obriga a agenciar propostas ou pedidos em favor da outra tem o nome de *representante comercial*; aquela em favor de quem os negócios são agenciados é o *representado*. O contrato de representação comercial é também chamado contrato de *agência*, donde *representante* e *agente comercial* terem o mesmo significado.

Diante desta análise, não há como se chegar a outra conclusão senão a de que o contrato de representação comercial ganhou nova disciplina sob outra

¹⁸ Com posteriores modificações trazidas pela lei 8.420/92.

¹⁹ MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 15 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2000.

denominação²⁰, apesar de não se considerarem revogadas as disposições da lei 4.886/65, posto mostrar-se compatível com o novo regramento da espécie contratual, bem como em função da redação do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil²¹.

Isto nos traz, portanto, uma primeira conclusão: a de que a figura contratual que mais se assemelha ao *contrato de distribuição de bebidas* seria a agência ou representação comercial, posto que a ‘distribuição’ referida no artigo 710 do novo Código Civil seria um pacto acessório referente ao agenciamento, através do qual o representante teria a sua disponibilidade os produtos necessários para entrega ao cliente.

Apesar disso, não se confunde a representação comercial com o *contrato de distribuição*. Sucede que no primeiro o agente intermediador não adquire o produto para fins de revenda, somente realizando os atos que facilitem a operação de venda do fornecedor junto ao adquirente final. Ou seja, não existe a dupla transferência de

²⁰ Arnaldo Rizzardo (Contratos, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006), no mesmo sentido expõe que “Pelo contrato de agência ou representação comercial, um dos contratantes se obriga a, em troca de uma retribuição, a promover habitualmente a realização de operações mercantis, por conta do outro contratante, agenciando pedidos para este, em determinada região.” Considerando ainda que “As expressões ‘agência’ e ‘representação comercial’, embora só a primeira utilizada pelo Código Civil, envolvem idêntico conteúdo, e são empregadas indistintamente com a mesma idéia, entendendo, no entanto, Rubens Requião que o *nomen* mais exato e tradicional é representação comercial.”

²¹ Neste sentido Paula A. Forgioni (Contrato de Distribuição, 2005) esclarece que “No caso da representação comercial, temos que a lei nova (Código Civil) não revoga expressamente a lei de representação comercial, não é com ela incompatível e tampouco regula a matéria inteiramente; daí que as disposições do Código Civil (artigos 710 e seguintes) estão em vigor, ‘a par das já existentes’, ou seja, daquelas contidas na Lei 4.886, de 1965.”

propriedade (fornecedor – intermediador; intermediador-consumidor final), mas somente uma, diretamente do produtor para o consumidor.

No *contrato de distribuição*, por sua vez, ocorre a compra da mercadoria pelo *distribuidor* que, posteriormente a realiza a revenda para o consumidor final.

Outro traço distintivo das duas espécies contratuais reside no fato de que a remuneração do representante ou agenciador decorre de comissões estipuladas contratualmente com base no percentual de negócios agenciados. Já no que se refere ao distribuidor, os seus rendimentos advêm da diferença entre o preço de revenda daquela pratica na compra da mercadoria junto ao fornecedor, o que se denomina margem de comercialização.

Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello²² comungando deste mesmo raciocínio, qual seja, que o contrato de distribuição disciplinado no artigo 710 do Código Civil e aquele pautado na sistemática de revenda possuem visíveis traços de distinção, possuindo, pois, disciplinas distintas, expõe, *verbis*:

Prova de que a revenda sistemática não entra no âmbito das relações contratuais próprias do contrato de agência e distribuição está no art. 721 do NCC, no qual se

²² *In*: “Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – Regime do Novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual”. Publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n.º 28 – Mar-Abr/2004, p. 119.

apontam as figuras contratuais típicas que subsidiariamente haverão de completar-lhe a disciplina legal, isto é, o mandato e a comissão, que obviamente nada têm a vê com a concessão comercial. Já a operação de compra e venda, sem a qual é impossível imaginar a função econômica e jurídica da concessão (ou revenda) comercial, não foi indiretamente lembrada no aludido art. 721, claro, portanto, que, para o legislador, não haverá entre o agente-distribuidor e o preponente nenhuma operação de compra e venda comercial.

(...)

A distribuição ali mencionada é simples acessório do contrato de agência. O agente é que pode ser simples agente ou agente-distribuidor. O negócio principal regulamentado é a medição ou o agenciamento de negócio e interesses do proponente.

Diante destas considerações conclui-se pela total ausência de identidade entre o contrato de “distribuição” rezado pelo artigo 710 do Código Civil com aquele praticado pelas empresas de *distribuição de bebidas*, bem como das regras atinentes à representação comercial ou agência, do que decorre, a uma primeira vista, a inaplicabilidade das regras previstas no capítulo XII do Título VI do CC aos contratos pautados na revenda sucessiva de mercadorias, tal como disciplinado, *v.g.*, na lei de concessão comercial (Lei 6729/79 – Lei Ferrari).

2.2.1 – Contrato de distribuição: Concessão comercial e a Lei Ferrari (Lei 6729/79)

O *contrato de distribuição de bebidas* caracteriza-se, sumariamente, em um acordo de natureza profissional firmado a longo prazo, pelo qual o fornecedor (fabricante) da marca tem a obrigação do vender, em regime de exclusividade, o seu produto ao distribuidor, que, por sua vez, possui o direito de revender estes produtos

em determinada região, sem a concorrência de demais empresários nesta atividade, retirando seus rendimentos da diferença dos preços praticados nessas operações de vendas sucessivas.

Ademais, possui algumas particularidades que lhe dão feições singulares diante do gênero *contrato de distribuição*, quais sejam, a elevada dependência econômica e a existência de alguns pactos acessórios, tais como de uniformização da rede de distribuidores e pagamentos de quotas para fins de publicidade.

Com efeito, diante destas principais características, bem como da inaplicabilidade das disposições dos artigos 710 e seguintes do NCC a este contrato, rezada do capítulo anterior, destaca-se que o tipo contratual que mais se aproxima da *distribuição* é o contrato de *concessão comercial ou mercantil*, cuja modalidade destinada à revenda de veículos terrestres automotores obteve regramento específico em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a lei 6.729/79, que em seu artigo 1º e 2º dispõem:

Art. 1º. A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais.

Art. 2º. Considera-se:

I – produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;

II – distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

No §1º deste último artigo até mesmo aproxima as figuras de concedente e concessionário às de fornecedor e distribuidor, respectivamente, nos seguintes termos:

§1º Para os fins desta Lei:

a) Intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário;

Neste sentido, Arnaldo Rizzardo (2006, p. 743) chega a destacar que a distribuição e a concessão apenas se distinguiriam pelo objeto dos contratos, possuindo identidade na destinação econômica, *verbis*:

Ambas espécies, embora com natureza semelhante, distinguem-se pelo objeto próprio de uma e outra. Enquanto a concessão comercial destina-se aos veículos, consoante regime próprio pela Lei n.º 6.729, a distribuição envolve os demais bens. O ponto comum é a entrega de produtos ou bens para que o distribuidor ou o concessionário efetue a venda.”

Com efeito, a *distribuição* e a *concessão mercantil* são acordos destinados a planejar e fidelizar as relações entre o fabricante do produto e o responsável pela sua revenda, possibilitando ao primeiro a manutenção da uniformização na sua rede de distribuição e um maior controle, inclusive a longo prazo, sobre esta etapa de escoamento do produto.

Conforme nos esclarece Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello²³, a concessão comercial é um acordo “que se aperfeiçoa

²³ “Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – Regime do Novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações

quando um fabricante obriga-se a vender, continuamente, a um distribuidor, que, por sua vez, se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada.”

Percebe-se, pois, a identidade da natureza das prestações²⁴ às quais ficam atreladas às partes nos contratos de *concessão comercial* e de *distribuição*, qual seja, a compra de determinado produto diretamente do fabricante para posterior revenda, sob o regime de concessão de monopólio, o que, entretanto, não os submetem por inteiro ao mesmo diploma legislativo.

Sucedem que o legislador brasileiro optou por regulamentar apenas o contrato de concessão comercial no que se refere ao mercado de veículos automotores terrestres, através da já referida lei Ferrari, criando, em razão disso, um óbice à tipificação legal do contrato de distribuição no tocante a demais produtos, em função do objeto típico especificado pela lei, embora tenha, em contrapartida, lançado as normas programáticas passíveis de ser invocadas quando no caso em concreto seja possível abstrair as particularidades inerentes ao setor automobilístico²⁵.

cabíveis na extinção da relação contratual”. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n.º 28 – Mar-Abr/2004, p. 119.

²⁴ Referimo-nos à identidade da função econômica (causa) dos contratos.

²⁵ É de se destacar, por exemplo, que na lei de concessão comercial é assegurado ao concessionário (distribuidor) a possibilidade de revenda de automóveis usados de outras marcas, ou seja, sob a dispensa do regime de exclusividade, o que não ocorre nos *contratos de distribuição de bebidas*, onde não existe essa previsão contratual, de forma que a exclusividade, voltada para o distribuidor, é sempre uma constante na execução do contrato.

Ou seja, o ordenamento jurídico atrelou o contrato de concessão comercial às vendas sistemáticas realizadas no setor automobilístico, considerando-se em particular o conflito de interesses existente entre fabricantes e a rede de concessionários²⁶, bem como questões inerentes ao disciplinamento (em grande parte à restrição) da livre concorrência neste setor da economia em específico²⁷.

Nesse sentido Paula A. Forgioni (2005, p. 93) cita o trabalho *Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (Lei Ferrari²⁸)*, de autoria em conjunto com o Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, para destacar que "a Lei Ferrari é uma lei específica que autoriza, inclusive, restrições à livre concorrência e à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos estão especificadamente delineados no texto normativo."

A jurisprudência trilha nesta mesma esteira de pensamento, rezando que a lei Ferrari possui natureza excepcional, não se prestando suas disposições para fins de interpretação analógica. Ou seja, não existiria identidade suficiente entre o contrato

²⁶ Na exposição de motivos da lei ressalta-se: "As normas contratuais (...) extrapolam para todos os concessionários, que constituem uma verdadeira rede de interesses, de tal sorte que o procedimento de cada um não pode prejudicar os demais; não é sem razão que se considera a rede de concessionários como uma unidade integrada de inúmeros componentes. Pelo que as normas de regência entre concedente e concessionário têm caráter de atuação coletiva em relação à rede."

²⁷ Tal como prevê o artigo 15 da Lei 6.729/79, possibilitando a realização de vendas diretas ao mercado consumidor pelo fornecedor dentro da área de concessão exclusiva.

²⁸ Publicado na Revista Trimestral de Direito Público 21/107, 1998.

de concessão comercial disciplinado pela lei 6.279/79 e o *contrato de distribuição de bebidas* que permitisse a interpretação deste a luz daquele texto normativo.

Neste sentido, cita-se seguinte trecho voto do Tribunal de Alçada do Paraná, nos autos da Apelação Cível n.º 156.246-7, de relatoria do Desembargador Miguel Pessoa, verbis:

Por outro lado, in casu, é inaplicável a Lei 6.729/79, pois esta só regula as relações comerciais entre distribuidoras de veículos automotores e seus revendedores.

Não há como se acolher a pretensão da apelante de aplicar, por analogia referida legislação aos contratos como da espécie. A analogia, como se sabe, tem incidência quando a lei for omissa. No presente caso, não se trata de lei omissa, mas sim de ausência total de lei específica a regular a distribuição de bebidas. E, ante a ausência de legislação própria, os dissídios que se instaurarem a este respeito devem ser dirimidos à luz das disposições comuns, que regulam os contratos em geral.²⁹

²⁹ Neste mesmo sentido: CIVIL - OBRIGAÇÕES - CONTRATO DE REVENDA E DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS - SUBMISSÃO ÀS REGRAS GERAIS DO DIREITO CIVIL - Ao contrato que tem por objeto a revenda e distribuição de bebidas aplicam-se as regras gerais do direito obrigacional, descabendo a aplicação analógica da Lei nº 6.729/79 ou da Lei nº 4.886/65, que tratam, respectivamente, da concessão mercantil e da representação comercial, em face de sua especificidade. Vigente por prazo determinado, cabível a rescisão do contrato mediante aviso prévio de cento e oitenta dias previsto em cláusula contratual, subordinada ao princípio pacta sunt servanda. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT - APC 4379697 - DF - 4ª T.Cív. - Rel. Des. George Lopes Leite - DJU 30.04.2002 - p. 127) (sublinhados inexistentes no original)

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO COMERCIAL - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO-INTERMEDIÇÃO DE MERCADORIAS POR TEMPO INDETERMINADO - CLÁUSULA CONTRATUAL PREVENDO A RESCISÃO UNILATERAL IMOTIVADA CONDICIONADA APENAS AO PRÉVIO AVISO DE TRINTA DIAS - VALIDADE - INEXISTÊNCIA DE LEI REGENDO A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI Nº 6.729/1979, QUE DISPÕE SOBRE CONCESSÃO COMERCIAL - NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 4.886/1965, QUE REGULA A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO - RECURSO DESPROVIDO - I. O contrato firmado entre as partes é de distribuição-intermediação, na medida em que a apelante, distribuidora, efetua contrato de compra e venda mercantil com a apelada, fornecedora, sendo remunerada através do lucro que obtém com a revenda das mercadorias a terceiros na sua zona de venda. II. Não se aplica a Lei nº 4.886/65, que dispõe sobre representação comercial. Também não há que se falar em aplicação analógica da Lei nº 6.729/1979, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, sendo que o contrato de concessão comercial não se confunde com o contrato de distribuição-intermediação. III. Não houve prova de que o valor do pedido refere-se ao ressarcimento pelos investimentos realizados para atender à comercialização dos

No escopo de complementar a busca pela caracterização e conceituação do contrato de distribuição, sobretudo levando-se em consideração a sua identidade com o contrato de concessão comercial - inobstante o regramento específico dado a esta última modalidade contratual pelo ordenamento jurídico restrito ao mercado automobilístico - será realizada uma abordagem sobre o entendimento jurisprudencial quanto à inserção e disciplinamento destas modalidades contratuais no ordenamento pátrio.

2.2.3 – Paradigma Jurisprudencial

O marco jurisprudencial na análise dos contratos tidos como atípicos e que importavam na conjunção de atividades mercantis para fins de escoamento de determinado produto decorre do julgamento, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n.º 78.051, de relatoria do Ministro Thompson Flores, envolvendo famosa fabricante de combustível e um posto de revenda.

A relação empresarial que se deu entre as partes envolveu vários contratos adjacentes ao contrato causa. Ou seja, a relação firmada possuía uma causa única (fim econômico), concebida na revenda de combustíveis fornecidos pela empresa Shell do Brasil S.A por parte do Autoposto Diadema Ltda. Contudo, para a

produtos da apelada, nem de que o custo do investimento supostamente realizado foi empregado apenas e tão-somente para viabilizar a distribuição dos produtos da apelada, já que a apelante também distribuía produtos de outras empresas. IV. Recurso desprovido. (TJES - AC 035039002403 - 3ª C.Cív. - Relª Desª Catharina Maria Novaes Barcellos - J. 09.10.2006) (sublinhados inexistentes no original)

viabilização desta atividade mercantil, outros pactos acessórios foram firmados, tal como a locação predial do local onde seriam instaladas as bombas de combustíveis e o comodato, podendo-se dizer que possuíam natureza instrumental para a execução do contrato causa.

No decorrer da execução do contrato a fornecedora ingressou com duas ações de despejo contra o revendedor dos combustíveis, sustentando em uma o inadimplemento de aluguéis e em outra o descumprimento de uma cláusula de outro contrato inerente à relação empresarial compartilhada entre as partes, cuja redação obrigava ao posto não instalar bombas para revenda de combustíveis de marcas concorrentes da Shell do Brasil S/A.

O primeiro ponto que suscitou uma investigação mais profunda no julgamento do recurso foi a discussão da natureza jurídica do pacto mercantil firmado entre as partes, especialmente em função de o negócio ser composto de vários contratos, com várias prestações contidas em diversos documentos firmados pelas partes (comodato, locação e compra e revenda de combustíveis). Indagou-se sobre a autonomia destes pactos coexistentes, se deveriam ou não ser considerados independentes cada um de per si, ou juntos poderiam ser caracterizados como contratos mistos, ou seja, aqueles em que se possibilita a coexistência de várias figuras contratuais voltadas para a consecução de um objetivo único (causa) sob coordenação das partes.

Cumpra, pela minúcia que prevaleceu no voto do relator quanto à análise sobre a ligação existente entre os contratos, transcrever a conclusão do seu julgamento, verbis:

(...) o contrato de comodato está de tal forma ligado ou fundido ao contrato de compra e venda, que não podem se separar, sob pena de se chocarem com o fim do negócio realizado. (Assim é na verdade e, de tal sorte que, por exemplo, se vencido um dos contratos, o que não acontece na espécie, o outro, com ele coordenado, perde o objeto, pois fica também vencido, eis que a extinção de um importa o contágio da sua extinção ao outro, em virtude da natureza unitária do negócio ajustado, que é misto.) Em conseqüência, esses elementos demonstram que as partes almejavam realizar um *negócio único*, apesar de feito em documentos distintos. As operações foram concebidas e pactuadas em conjunto. *No seu substrato econômico, naquilo que representa como expressão de um fim prático atingido com o auxílio de vontades envolveu simultaneamente a compra e venda de gasolina e o comodato de que equipamentos e utensílios – não como duas realidades separadas que apenas se houvessem justaposto per accidens, mas envolveu-se globalmente, tomada cada qual, ao mesmo tempo, como pressuposto e o complemento da outra. Ficaram, assim, confundidas em um só negócio pela unidade do fim. Há, desse modo, um negócio jurídico (...). Se acha caracterizado um contrato misto e não um união de contratos. De acordo com a melhor doutrina, o que caracteriza o contrato misto é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica, cujo resultado elas asseguram. Ele se distingue da união de contratos, que se caracteriza pela coexistência dum mesmo instrumento, de tais obrigações simplesmente justapostas, sem o amálgama da unidade econômica aludida. No caso de união de contratos, pode ser anulado ou rescindido um deles, sem prejuízo dos outros; enquanto que, em se tratando de contrato misto, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio.*

O voto supra transcrito é considerado como desbravador da vereda jurídica trilhada pela jurisprudência pátria na análise dos *contratos de distribuição*, posto que considerou a causa do contrato, ou seja, o fim prático da atividade econômica, para

atribuir ao conjunto dos negócios firmados (locação, comodato e compra e venda de combustíveis) entre as partes um único contrato, *misto* e *atípico*.

A ressonância deste julgamento nos demais Tribunais do país foi imperativa, trazendo-se com exemplo o julgamento da Apelação Cível 57.552-1, ocorrido em 30.04.1985, no Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Rangel Dinamarco, no qual foi ressaltada a *unidade econômica* das várias prestações concernentes à distribuição combustíveis, senão veja-se:

O contrato, visto como um todo e todo ele voltado a uma só função econômica, deixou de existir no momento em que uma das suas partes foi voluntariamente eliminada. (...) Em face dessa unidade teleológica a ligar as diversas cláusulas do contrato e recíprocas obrigações constituídas entre as partes, acertadamente andou o Magistrado ao julgar improcedente a demanda indenizatória proposta pela fornecedora Companhia Atlantic de Petróleo (...) (sublinhados inexistentes no original)

Em suma, a jurisprudência pátria, sobretudo a partir do julgamento do RE 78051, contribuiu para consolidar a natureza *atípica* do *contrato de distribuição*, considerando a inexistência de disciplina legal no ordenamento pátrio sobre este modelo contratual, sem olvidar de que para tanto se arrostou na constatação do tipo *misto* desta espécie, o que equivale dizer à constatação de uma unidade econômica consistente o suficiente para suplantar a pluralidade de contratos que disciplinam *inter partes* a atividade de compra e venda sucessiva de produtos.

2.2.4 – Conclusão

No presente capítulo concluiu-se que *contrato de distribuição* ora estudado não se confunde com a agência e distribuição trazida pelo Novo Código Civil.

A uma por que a agência se refere ao antigo contrato de representação comercial, que por sua vez mantém, dentre outros traços distintivos com o *contrato de distribuição*, a inexistência de transferência de propriedade do produto do fornecedor (fabricante) para o representante comercial (ou agenciador, na nomenclatura do CC 2002).

A duas em função da “distribuição” regradada no novo código possuir traços de pacto acessório ao contrato de agência, sendo somente concebido quando o agenciador tiver a sua disposição a mercadoria objeto dos negócios por si intermediados.

Mais a frente, destacou-se a total identidade entre o *contrato de distribuição* e contrato de concessão comercial, tal como a doutrina nacional o caracteriza, posto que ambos se desenvolvem praticamente mesmos meios e com um mesmo fim, qual seja, a revenda sistematizada e a longo prazo de produtos adquiridos pelo distribuidor perante o fornecedor.

Contudo, destacou-se que para o ordenamento jurídico pátrio a concessão comercial está somente atrelada ao mercado de veículos automotores terrestre, por força da lei 6.729/79, fato este que retiraria a possibilidade de tipificação legal do

contrato de distribuição, apesar de sua plena semelhança com aquela espécie contratual, considerada em seu sentido econômico mais amplo.

Igualmente foi trazida a evolução jurisprudencial quanto ao estudo dos *contratos de distribuição*, pelo que se concluiu serem eles do tipo *misto*, posto encerrarem em sua concepção a existência de vários acordos e prestações de diferentes naturezas, podendo ser até mesmo formalmente dispostos em diferentes instrumentos, mas que, apesar disso, são dispostos para a consecução de um único fim prático, a revenda de produtos e a formação de uma margem de comercialização pelo distribuidor.

Diante destas considerações, podemos destacar que o *contrato de distribuição de bebidas*, que constitui espécie do *contrato de distribuição*, **não possui tipificação legal de concessão comercial**, tão somente pelo fato deste ter sido concebido pelo legislador pátrio como destinado unicamente a regulamentar a revenda no setor automobilístico.

Todavia, na medida em que se assemelha ao contrato de concessão comercial tal como definido pela doutrina, bem como diante da possibilidade de, na análise casuística, ser potencialmente distinguível dentre as demais espécies contratuais trazidas pela legislação pátria, principalmente pelo tipo do produto objeto da revenda (bebidas, refrigerantes e demais atrelados a este setor da economia), **adquire tipicidade fática de concessão de venda com cláusula de exclusividade**, o que

sugere, de plano, uma análise particular de todos os elementos que comumente compõem este tipo de avença contratual, conforme delineado ao longo do item 2.1.

3 ABUSO DO DIREITO

É fim precípua do direito a harmonização da convivência humana. A estipulação normativa de determinada conduta existe em razão de certa finalidade ética, social e econômica a ser alcançada, em consonância com o plexo de valores inerente a cada sociedade.

Apesar disso, ou seja, da norma, como principal expressão do direito, estar destinada a concretizar determinado objetivo organizacional e apaziguador, corriqueiras são as situações em que a sua invocação não atinge esse objetivo, em função do excesso e da anormalidade no uso da prerrogativa pelo sujeito de direito, caracterizando o desvirtuamento ao conteúdo axiológico protegido pela regra jurídica.

Trata-se, pois, do abuso de direito, problema ligado aos limites do exercício das prerrogativas conferidas pela ordem jurídica, que é aspecto da responsabilidade civil e suscita muitas e ricas controvérsias, e a respeito do qual também iremos discorrer neste estudo, para ao final indicar as conseqüências advindas desta prática eventualmente constatadas durante a execução dos *contratos de distribuição de bebidas*.

3.1 Breve Escorço Histórico

Atualmente consagrado em vários diplomas legais³⁰ e figurando constantemente como tema de estudos doutrinários e jurisprudenciais, o abuso do direito é instituto que despertou ricos questionamentos no âmbito da ciência jurídica, sobretudo a partir do século XIX, não obstante tenha encontrado vestígios no Direito Romano e Medieval, através da compreensão do instituto do ato emulativo [*aemulatio*].

Com efeito, o desvirtuamento da finalidade social dos direitos subjetivos com o inescusável e injusto pretexto de prejudicar outrem, fora inicialmente e discretamente repellido pelos Romanos. Não por acaso, Cícero já proclamava: *summum jus, summa injuria* [do excesso de direito resulta suprema injustiça], afirmação esta que, consoante ilustra Mattietto (2006, p. 04) *apud* Reale “é uma das mais belas e profundas da jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental do que Direito não é apenas sistema lógico formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta.” Ressalte-se apenas que nesta época o estudo do abuso da fruição dos direitos somente aproveitava à classe dos cidadãos livres, excluindo grande parte da população, o que reforça a tese de pouco desenvolvimento do instituto nesta fase da história³¹.

³⁰ O § 226 do Código Civil Alemão (BGB); Suíço, artigo 2º; Português, artigo 334; Argentino, art. 1.071; Espanhol, art. 72; Brasileiro, artigo 187. Estes são exemplos da consolidação legislativa da vedação ao abuso do direito, operada após rica elaboração doutrinária e jurisprudencial ocorrida a partir do século XIX.

³¹ Cavalieri Filho (2005, p. 169) descarta a idéia de que a teoria do abuso do direito teve qualquer importância nos estudos jurídicos romanos, destacando que “Os jurisconsultos romanos já diziam que quem exerce um direito e comete falta não está sujeito a responsabilidade.”

De fato, em função da solução casuística empregada pelo Direito Romano, não chegaram os pensadores desta época a elaborar uma teoria do abuso do direito, embora tenham os romanos buscado, por diversas maneiras, vedar o cometimento de atos que, apesar de estarem guarnecidos pela esfera de direito subjetivo, longe de somente proporcionarem benefícios, vantagens ou utilidades ao seu autor, buscassem deliberadamente prejudicar terceiro, invadindo-lhe o seu âmbito jurídico. São citados como exemplos a perda da propriedade quando o titular se recusava a prestar caução de dano infecto; as proibições de se manterem incultas as terras e de se manterem os latifúndios, dentre outros.

Na contramão da teoria que vinha se firmando, já na idade moderna o Código Napoleônico, imbuído da ideologia individualista, protegia o uso irrestrito e absoluto das prerrogativas e faculdades do cidadão. Apesar disso, a jurisprudência francesa da época já firmava posicionamento forte quanto ao impedimento do exercício anormal do direito.

Tem-se como exemplo a decisão emblemática do Direito Civil Francês: o affaire de Clément Bayard. Neste caso, o proprietário da região de Pierrefonds, localizada próxima a Compiègne, foi condenado por ter instalado estacas de madeira com pontas de ferro afiadas com o escopo único de rasgar balões dirigíveis que partiam de um hangar vizinho.

Em decorrência de posicionamentos jurisprudenciais como o retro mencionado, o abuso de direito foi adquirindo feições próprias de um problema teórico, principalmente a partir da Idade Média, quando ainda era compreendido na sua similar concepção de ato emulativo, passando posteriormente a ser apreciado com a preocupação de definir os limites de uso próprio direito, firmando a idéia de ilicitude na medida em que o exercício de determinada faculdade fugisse do espectro utilitário e finalístico do próprio direito.

Certo é que no Direito Moderno a teoria do abuso do direito ganhou ainda mais substância diante do movimento operado no fim do Século XIX contra o liberalismo individualista, ensejando a socialização dos direitos civis, que até então só servia aos burgueses, detentores de riquezas, deixando em desamparo todas as demais classes sociais. Fazia-se necessário a atribuição de uma função social aos direitos subjetivos, e, por conseguinte, a sua relativização.

Criou-se, neste cenário, um clima fértil para as discussões acerca da conceituação, autonomia e natureza jurídica do abuso de direito, sobretudo nas escolas francesa e italiana. Nasceram as doutrinas negativistas e positivistas, identificando-lhe e distinguindo-lhe do ato ilícito, respectivamente.

Passemos, pois, à análise específica destas doutrinas, para então chegarmos ao conceito e fundamento atual do instituto ora estudado.

3.2 Problema existencial: Teorias Negativistas e Positivistas

Os principais nomes que sustentaram a inexistência de independência conceitual e teórica do abuso de direito foram Leon Duguit, Mário Rotondi e Marcel Planiol.

O primeiro postulava que o homem não era possuidor de direitos subjetivos, mas tão somente de deveres, razão pela qual não se poderia pensar em exercício despropositado e que extrapolasse o globo de direito do sujeito.

Mário Rotondi compreendia que o abuso de direito não poderia ser materializado no plano do direito constituído, mas tão somente em dimensão metajurídica, certa vez que o legislador não teria criado disposições que albergassem o abuso da prerrogativa jurídica, motivo pelo qual não caberia à jurisprudência e doutrina desempenhar tal mister.

Em suma, Rotondi reconheceu a existência do abuso de direito na realidade fática: sua crítica baseava-se na carência de normas que regulassem a matéria, o que afastava o seu estudo do campo jurídico.

Por fim, surgiu a crítica conceitual de Marcel Planiol, que considerava haver contradição na própria expressão abuso de direito, que em sua visão compreenderia uma verdadeira luta de palavras (logomaquia), haja vista que não se poderia

conceber a um só tempo um ato conforme e contrário ao direito. Para o doutrinador, o direito cessa onde o abuso começa, não sendo possível a compreensão dos dois institutos simultaneamente. Mattiето (2006, p. 6) *apud* Planiol, explica:

Esta nova doutrina repousa inteiramente sobre uma linguagem insuficientemente estudada; sua fórmula, utilização abusiva dos direitos, é uma logomaquia, porque se eu utilizo o meu direito, o meu ato é lícito, e quando ele é ilícito, é que eu ultrapasso meu direito e ajo sem direito, injúria, como dizia a lei Aquilia. Negar o uso abusivo dos direitos não significa tentar fazer passar por permitidos os atos danosos bem variados que a jurisprudência tem reprimido; é somente observar que todo ato abusivo, só por ser ilícito, não é o exercício de um direito, e que o abuso de direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito. Não se deve pois enganar com as palavras: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer pela razão irrefutável que um só e mesmo ato não pode ser ao mesmo tempo conforme e contra o direito.

Como conseqüências das críticas à tese negativista de Planiol e desafiando os últimos redutos individualistas, surgiram os teóricos positivistas, os quais sustentaram a possibilidade de um ato ser conforme e contrário ao direito a um só tempo, desde que esse último fosse entendido como conjunto de regras sociais que impõe limites ao exercício das faculdades.

Conforme estudo elaborado por Barros (2006, p. 4), estas surgiram em número de seis, podendo-se destacar, dentre elas, as capitaneadas por Georges Ripert e Louis Josserand.

O primeiro inseriu a noção de moralidade no exercício dos direitos, formulando a idéia do abuso de direito a partir da subordinação da lei aos princípios morais.

Estaria configurado o ato abusivo desde que fossem causados danos a outrem, em decorrência da transgressão aos preceitos morais de justiça, equidade e humanidade, que se encontrariam em plano superior ao da legalidade.

O segundo postulou que o titular de qualquer direito deve no uso de suas prerrogativas observar os interesses vitais da coletividade, estando caracterizado o abuso de direito na medida em que for visualizado o desvio do direito em relação ao seu verdadeiro espírito, qual seja, sua finalidade social.

Apesar de somente duas das seis teorias terem sido destacadas, percebe-se que elas não se distanciam muito quanto aos seus fundamentos de justificação do abuso de direito, sendo certo que ambas convergem quanto à afirmação do desaparecimento do legítimo interesse do exercício da prerrogativa quando este deturpa os fins éticos, sociais e econômicos da norma jurídica.

É certo que a doutrina moderna, no estudo do abuso de direito, comunga da racionalidade jurídica, não se coadunando com a idéia de completude do ordenamento, mas sim pela consagração dos princípios como valores indissociáveis do sistema jurídico. Portanto, em sua feição hodierna, o instituto em foco não está somente condicionado à violação de limites normativos formais para a sua caracterização, merecendo ser estudado à luz dos princípios que integram o ordenamento jurídico.

3.3 Da positivação e da conceituação do abuso do direito no ordenamento jurídico pátrio

O conceito de abuso de direito inicialmente fora inserido no capítulo da responsabilidade civil, como simples expansão da noção de culpa, tendo posteriormente encontrado espaço autônomo na Teoria Geral do Direito, sobretudo diante da estigmatização cada vez mais visível da dicotomia entre direito civil e direito privado.

Inelutavelmente, pressupõe a idéia de inexistência de direito absoluto e, porquanto, de relativização de exercício dos direitos subjetivos, sob a premissa de que estes não podem se afastar da finalidade apaziguadora dos conflitos sociais, ou seja, da função precípua do direito.

O ordenamento pátrio carecia, até a entrada em vigor do Novo Código Civil (NCC), de disciplina legal que outorgasse definição ao instituto do abuso de direito, o que fez e ainda continua fazendo a doutrina divergir quanto à autonomia de sua natureza jurídica, quando comparado ao ato ilícito.

Contudo, para muitos doutrinadores, *ex vi* Caio Mário Pereira (2005, p. 674), a partir da interpretação do artigo 160, inciso I, do Código Civil de 1916, já se poderia extrair contornos exatos da inserção do abuso do direito como causa de ilicitude do ato. Segundo a redação do artigo mencionado, não se constituiriam ato ilícitos aqueles “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito”: ou

seja, aquele ato que excedesse o exercício regular do direito, quer dizer, que escapasse do âmbito de normalidade do gozo da faculdade ou prerrogativa, seria considerado abusivo.

Trazendo contornos mais precisos acerca do instituto, sendo galgado no direito português e dispensando a invocação temerária de dispositivos esparsos que enfraqueciam a aplicação do instituto, o Novo Código Civil, no capítulo que versa sobre os atos ilícitos, preceitua em seu artigo 187 que “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 e pelos bons costumes.”

Acertadamente, diante das inúmeras contingências casuísticas que obstam a formulação da norma concretamente, o legislador definiu o abuso do direito de maneira mais aberta e abstrata possível, outorgando ao aplicador do direito o poder de reconhecê-lo diante das lides cotidianas, averiguando, caso a caso, se o exercício do direito obedece aos limites dos bons costumes, da boa-fé e dos fins econômico e social da norma jurídica.

De mais a mais, antes de ser apresentado o conceito do instituto em estudo, mister se faz destacar outro capítulo que fora estudado pela doutrina e que se apresenta imprescindível ao delineamento preciso do abuso do direito: a necessidade ou não de aferição de culpa do agente, que dividiu os civilistas entre adeptos da teoria subjetiva e objetiva-finalística.

Aqueles que aderiram à primeira, tais como Rui Stoco, Washington de Barros Monteiro, Carvalho Santos, Everardo Cunha Luna e Limongi França, entendiam ser indispensável para a constatação do abuso do direito o elemento intencional de causar dano a outrem, destacando o primeiro doutrinador que o artigo 186 do NCC adotou a culpa como fundamento da responsabilidade civil, sustentando que o artigo 187, que trata do ato abusivo, por fazer referência àquele, igualmente não prescinde da idéia de culpa, o que demonstra a influência da teoria italiana da *aemulatio*.

Por sua vez, a teoria objetiva dispensava o questionamento acerca de qualquer elemento de culpabilidade para a constatação do ato abusivo, que estaria configurado desde que fosse irregular o exercício do direito subjetivo, fosse este desviado dos fins sociais a que se destina a norma, ou não restasse visível o interesse legítimo para a realização do ato.

Diante da definição legal [art. 187 NCC], que traz os elementos objetivos necessários para a configuração do ato abusivo, bem como em nenhum momento faz reverência à necessidade de culpa ou dolo para a sua configuração, tem-se como mais acertada a filiação à teoria objetiva, igualmente encampada por Venosa (2002, p. 581), que assim destacou:

A problemática surge quanto ao modo de se fixar no caso concreto o abuso. A dúvida maior é saber se por nossa legislação há necessidade do animus de prejudicar, ou se o critério objetivo da pouca valia do ato para o agente pode ser utilizado.

Preferimos concluir, aderindo a parte da doutrina, que o melhor critério é o finalístico, adotado pelo direito pátrio. O exercício abusivo de um direito não se restringe aos casos de intenção de prejudicar. Será abusivo o exercício do direito fora dos limites da satisfação do interesse lícito, fora dos fins sociais pretendidos pela lei, fora, enfim, da normalidade.

Igualmente, utilizemo-nos novamente dos ensinamentos de Venosa (2002, p. 577) para precisar que “o titular da prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta³² contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo.”

Stoco (2004, p. 127) *apud* Cláudio Antonio Soares Levada, aduz que o ato abusivo tem sido considerado pela doutrina como uma nova espécie de ilícito objetivo, “a ser aferido em razão das conseqüências do ato em si, sem preocupações com a intenção do agente em causar ou não dano deliberado à vítima.”

Acrescente-se que, corroborando com a conceituação do instituto com fulcro no critério objetivo finalístico, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, através do Enunciado 37 entendeu que “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo finalístico.”

³² Importante destacar que, embora grande parte dos doutrinadores não tenha se referido à conduta omissiva inserida no âmbito do abuso do direito, o que se acredita ser ressonância da própria redação da lei (art. 187 CC/02), deve o aplicador do direito analisar cada caso concreto à luz dos fins sociais e econômicos da norma, da boa-fé e dos costumes, independentemente da natureza da conduta.

3.4 Do abuso do direito e do ato ilícito. Distinção

Inserido no capítulo do NCC atinente aos atos ilícitos, o abuso do direito constitui medida que igualmente enseja a responsabilização civil do agente, embora prescindida de culpa, consoante o entendimento dos objetivistas acima destacado.

Ocorre que em função do tênue liame existente entre o abuso do direito e o ato ilícito, freqüentes são os questionamentos sobre a identificação autônoma do primeiro instituto na ciência jurídica, isto é, se ele pode ser dotado de natureza jurídica própria ou se está inserido como uma espécie de ato ilícito.

Aponta Stoco (2004, p. 767) que o legislador teria conferido natureza de ato ilícito ao abuso de direito, posto que esse, a partir redação do artigo 187 do NCC - “também comete ato ilícito [...]” - teria pressuposto a caracterização do ato ilícito para a configuração do instituto em estudo, inclusive não dispensando a comprovação da culpa para tanto, comungando da teoria subjetivista adotada pelo código civil alemão e italiano.

Alguns entendem que o ato abusivo não passa uma categoria *sui generis* do ato ilícito, certa vez que não se poderia retirar a sua essência ilícita, embora igualmente não se pudesse olvidar dos contornos próprios do instituto do abuso do direito que lhe destacaria autonomamente na ciência jurídica.

Neste sentido, discorre Mattietto (2006, p. 12), *verbis*:

O abuso, que tem a característica especial de sustentar-se originalmente em um direito subjetivo, é um ato ilícito na medida em que, através de uma conduta anti-social, ou de uma omissão da mesma natureza, transgride um dever jurídico. A ilicitude do ato abusivo é específica, *sui generis*, porque se aparta das regras comuns da responsabilidade para constituir uma figura autônoma.

No presente trabalho, comunga-se do entendimento que protagoniza como fator determinante para, definitivamente, estabelecer a autonomia conceitual do abuso do direito, a diferença entre a natureza da violação a que se refere este instituto e o ato ilícito.

É certo que o ato ilícito existe uma violação a uma conduta pré-determinada em um comando legal, cuja inobservância do indivíduo enseja a sua responsabilização, por violação a limites lógicos formais. Ou seja, o ato ilícito pressupõe da existência de concretas previsões normativas.

No que se trata de abuso de direito, resta configurado quando o sujeito exerce conduta legal, prescrita na norma jurídica, embora neste ato venha a violar os preceitos de ordem axiológica que justificam o reconhecimento do seu direito pelo ordenamento jurídico, tais como os princípios da socialidade e da eticidade consagrados no artigo 187 do novel diploma, bem como o motivo legítimo de sua instituição.

Este é o entendimento encartado por Cavalieri Filho (2005, p. 171):

Não se trata, aqui, de ofensa frontal de um direito de outrem, nem da violação a uma norma tuteladora de um interesse alheio, como ocorre normalmente com todo e qualquer ato ilícito; mas do exercício anormal de um direito. Enquanto no primeiro (ato ilícito) a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra dever jurídico preexistente, no segundo (abuso de direito) a conduta é respaldada em lei, mas como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito.

Consigna-se ainda que se distancia o ato ilícito do abuso de direito quanto aos seus efeitos. Não há a necessidade de produção do dano para a visualização deste último³³. Neste caso, não haverá, por conseguinte, a obrigação de indenizar, ensejando, por outro lado, a declaração de nulidade do ato, decorrente da ofensa à sociedade e a sua própria higidez, sem prejuízo ainda da adoção, pela autoridade judiciária, de medidas que combatam a antijuridicidade do ato, tal como a imposição de multa.

Ademais, solidificando a concepção autônoma dos institutos, o artigo 927 do NCC, ao se referir à reparação dos danos, faz menção específica aos artigos 186 e 187, que tratam especificamente do ato ilícito e do abuso do direito, considerando-lhes, pois, fontes independentes de produção da responsabilidade civil.

Destaque-se a lição do professor Venosa (2006, p. 3), que deixou clara a distinção das categorias jurídicas entre do abuso do direito e do ato ilícito, *verbis*:

³³ Apesar deste posicionamento José de Aguiar Dias já em 1983, em sua obra *Da responsabilidade Civil*, (7 ed. Rio de Janeiro, Forense) destacava que para a compreensão do ato ilícito não se necessita da existência do dano, na medida em que aquele decorreria simplesmente de uma conduta antijurídica, que violasse uma prescrição normativa, independentemente de lesão provocada a um sujeito de direito.

Em cada caso dependerá do juiz, também aqui, como em outras circunstâncias, definir qual é o fim econômico e social do direito, qual é a boa-fé objetiva e quais são os costumes que devem ser considerados para verificar se aquele ato que aparentemente é um ato legal, está transgredindo a suportabilidade do direito. Portanto, o Novo Código assume uma posição, porque na doutrina havia várias correntes em torno do abuso de direito, uns entendendo que o abuso de direito poderia ser considerado um ato ilícito, estaria num nível intermediário. O Código assume a posição objetiva ao estabelecer que está equiparado ao ato ilícito. Quando se equipara alguma coisa é porque não é igual. Essa equiparação é conveniente para facilitar a indenização. (sublinhado inexistente no original).

De mais a mais, para os defensores da teoria objetivo finalista, a qual se adota o presente trabalho, para a constatação do abuso do direito seria necessário somente um descompasso na utilização da prerrogativa jurídica com a sua finalidade, com o motivo social, ético e econômico pelo qual pode ser legitimada a sua invocação, prescindindo, pois da análise da vontade do agente para a sua caracterização, sendo, portanto, distinto do ato ilícito preceituado no artigo 186 do Código Civil, que exige para a sua configuração a análise da culpa ou dolo do sujeito de direito para ser constatado.

Ora, o fato do artigo 187 ter aproximado a figura do ato ilícito da do abuso do direito não encerra, de per si, a idéia de identidade de conceitos, mas tão somente de equivalência para fins da análise da responsabilidade civil e da imputação de sanções civis. De plano, destaque-se que o fato do legislador ter tratado dos dois institutos em artigos separados já corrobora este entendimento.

Com efeito, ambos (ato ilícito e abuso do direito) são modalidades ou tipos que ilícito que pertencem ao mesmo gênero, qual seja, do ato ilícito em sua concepção genérica³⁴, correspondente a toda compreensão da ilicitude civil, porém diferenciando-se nos seus caracteres elementares dentro desta categoria única.

O *ato ilícito* do artigo 186 do NCC refere-se a um comportamento voluntário, desprovido de qualquer direito ou prerrogativa jurídica em favor daquele que pratica o ato, qualificado por dolo ou culpa, que viole uma norma jurídica positivada e que cause lesão ao interesse ou patrimônio de outro sujeito de direito.

O abuso do direito, por sua vez, depende da análise da titularidade do direito invocado, sendo esta a questão prejudicial para o posterior estudo do exagero ou não no exercício do direito invocado, e, por conseguinte, para a caracterização desta modalidade de ilícito civil, independentemente da aferição de culpa ou dolo por parte do agente.

Conforme preleciona Boulos (2006, p. 46), os artigos 186 e 187 “descrevem formas (distintas) pelas quais a ilicitude pode se manifestar no campo do Direito Civil. Trata-se, pois, de atos ilícitos, mas não da mesma realidade normativa, ou, em outras palavras, não do mesmo tipo de ato ilícito.”

³⁴ Violação de um interesse tutelado, conforme nos informa Boulos (2006, p. 100) *apud* Giuseppe Tamburino.

Diante destas considerações, passemos à análise dos limites aos quais o exercício do direito invocado está sujeito, sob pena de caracterização desta modalidade de ilícito civil.

3.5. Critérios para a caracterização do abuso do direito

Conforme se extrai da redação literal do artigo 187 do Código Civil temos que para a constatação do abuso do direito necessário se faz que o sujeito, após adquirir a titularidade do direito abstrata e genericamente previsto na norma, exerça-o de forma *manifestamente*^{35 36} excedente aos paradigmas da boa-fé, dos costumes, dos fins econômicos e sociais aos quais a regra jurídica está atrelada.

Portanto, a primeira consideração que se deve apontar refere-se à inexistência de perquirição a respeito do elemento subjetivo para a constatação do exercício abusivo do direito, posto ser este plenamente consagrado mediante a análise objetiva da ultrapassagem dos limites impostos pelo artigo 187 (por mais que estes contenham considerável grau de subjetividade) consoante amplamente explanado no tópico 3.3 anteriormente.

³⁵ Daniel Boulos (2006, p. 164) aponta que a utilização desta expressão manifestamente revela a preocupação do legislador em restringir a subjetividade na aplicação dos limites do julgador quando da análise do caso concreto, classificando-a como uma 'válvula de segurança'.

³⁶ Porém, não é qualquer excesso que caracteriza o abuso. O emprego, pelo legislador, da expressão "excede manifestamente" visa exatamente "impedir o excessivo subjetivismo dos juizes", porquanto caberá ao "julgador apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso do direito, com o que se evitará a temida arbitrariedade, ou o cerceamento do legítimo exercício do direito" (Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173).

Ademais, a norma aponta de forma expressa que a distinção entre a licitude ou ilicitude no exercício do direito (liberdades, potestatividades, faculdades e direitos subjetivos, exceções, ônus jurídicos)³⁷ será auferida mediante análise dos limites da boa-fé e dos costumes - concebidos como cláusulas limitativas de natureza geral - sem olvidar ainda dos fins econômicos e sociais aos quais a regra jurídica está atrelada – cláusulas limitativas de natureza específica³⁸.

Passemos à análise destas limitações.

3.5.1 Da boa-fé

Papel de destaque foi dado à boa-fé pelo NCC³⁹, o que se reflete pela atenção que despertou perante a comunidade jurídica, resultando em inúmeros e constantes estudos realizados sobre o tema.

Neste patamar, é imprescindível apontar que a boa-fé adquiriu status de princípio geral do direito, revestindo-se da “técnica legislativa das cláusulas gerais, sendo abarcada por mais de um dispositivo do Código Civil, para orientar o sistema e fundamentar uma nova *ratio* das relações interprivadas.” (Nalim, 2007, p. 369).

³⁷ Sugere-se a leitura da obra de autoria de Daniel Boulos (2006, p. 151), na qual se encontram exhaustivamente explicitadas as diferenças entre as posições subjetivas mencionadas.

³⁸ LOTUFO, Renam. Código Civil comentado – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. I.

³⁹ Judith Martins Costa (2007, p. 529 e 531) aduz que a inserção deste princípio no ordenamento pátrio de seu de forma tardia, apesar de ter sido gradativamente “sedimentado numa prática jurisprudencial expansiva” desde a década de 1990.

Ademais, cumpre ainda fazer a distinção da boa-fé situada no plano subjetivo e no objetivo, para só assim atrelar uma destas feições à idéia de limite imposto pelo artigo 187 do NCC.

A boa-fé subjetiva, também denominada psicológica, traduz a investigação do estado interior do sujeito quando do exercício do direito, especificamente sobre a consciência da ignorância ou não acerca do cometimento de lesão aos direitos de outrem. De plano exclui-se esta expressão da análise do exercício abusivo ou não da prerrogativa jurídica, consoante corrente objetiva adotada pelo NCC para a consagração da teoria do abuso.

Com relação à boa-fé objetiva, que encerra em si um conceito de padronização da conduta de acordo com determinados valores, traz-se o ensinamento da Professora Judith Martins-Costa (2007, p. 530), verbis:

Diferentemente, a expressão *boa-fé objetiva* exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito. Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atua, concomitantemente, como (i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (ii) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos, vedando, por exemplo, o comportamento contraditório e desleal.

Esse princípio freqüentemente é invocado quando praticados os casos típicos de abuso do direito, referentes ao *venire contra factum proprium* (proibição de

comportamento contraditório) e à teoria do adimplemento substancial das prestações.

Quanto ao primeiro, refere-se à situação em que uma pessoa adota determinado comportamento de sorte a criar em outra pessoa uma expectativa legítima e determinada sobre as suas ações posteriores. Contudo, a primeira pessoa age de forma ardilosa, infringindo a boa-fé, vindo a agir contra a expectativa por si própria criada perante o outro sujeito, frustrando, pois, a aparente confiança que fez surgir.

Boulos (2006, p. 183) *apud* Antonio Menezes Cordeiro, destaca que o *venire contra factum proprium* “Caracteriza-se pela existência de dois comportamentos da mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo, no entanto, o primeiro – *factum proprium* – contrariado pelo segundo, externando, assim, a violação do princípio da boa-fé e redundando em abuso de direito.”

Neste mesmo sentido imagine-se um contrato de locação pelo qual o locatário ficaria expressamente proibido de realizar a derrubada de alguma das árvores existentes na propriedade, sob pena de resolução do contrato. Contudo, em desobediência à cláusula contratual, o locatário procede com a derrubada de uma das árvores, o que, entretanto, não motiva qualquer medida por parte do locador, no sentido de pleitear a resolução do contrato. Mais ainda, o locatário continua derrubando as árvores, sem que recebido qualquer reclamação por parte do locador.

Portanto, este último negou, através de seu comportamento condizente com a derrubada das árvores, uma legítima expectativa por parte do locatário de que, se continuasse com esta prática, não iria provocar a resolução do contrato, razão pela qual caso o locador viesse requerer isto, estaria afrontando o *factum proprium* por si criado, e, por conseqüência, a boa-fé objetiva.

No que tange ao adimplemento substancial das obrigações, trata-se de teoria invocada pela doutrina⁴⁰ e jurisprudência⁴¹ nacionais, abalizada no princípio da boa-fé objetiva, pela qual se entenda consistir em abuso de direito a parte pleitear a resolução do contrato por inadimplemento da contraparte quando esta já tenha realizado o pagamento substancial das prestações pactuadas, de forma a não ser legitimamente justificada o fim da relação contratual ou a execução de eventuais cláusulas penais constantes da avença.

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva, por ser dotado do grau de generalidade e abstração inerente a toda premissa de conteúdo informador e de integração do ordenamento jurídico, irradia seus reflexos nas mais variadas relações

⁴⁰ Ver, v.g, MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito Privado. São Paulo: RT, 1999.

⁴¹ APELAÇÃO CÍVEL - SFH - AÇÃO DECLARATÓRIA - LIBERAÇÃO DA HIPOTECA - Configurada a negligência do agente financeiro em verificar a suficiência dos pagamentos efetuados pelo devedor - Na vigência de liminar concedida, e posteriormente revogada, em face da extinção do mandado de segurança - Consubstanciada no decurso, na espécie, de mais de cinco anos entre a quitação do último encargo mensal previsto no financiamento e a iniciativa do credor em cobrar as diferenças apuradas, a subsistência de valores de responsabilidade do mutuário não constitui óbice ao direito do devedor de ter levantada a hipoteca incidente sobre o imóvel, tendo em vista o substancial adimplemento do contrato bem como as prerrogativas asseguradas pelo princípio da boa fé objetiva. (TRF-4ª R. - AC 1999.71.00.015971-2 - 4ª T. - Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti - DJU 11.10.2006 - p. 993) (sublinhados inexistentes no original).

jurídicas, sendo potencialmente capaz de limitar o exercício dos direitos nas mais variadas situações, fato este que será observado no presente trabalho, especificamente quanto ao *contrato de distribuição de bebidas*, em tópico próprio.

3.5.2 – Bons Costumes

Os costumes⁴² são considerados pela ciência jurídica como fontes do direito, tal com preceitua o artigo 4º da lei de introdução ao Código Civil, posto que refletem um conjunto de premissas não escritas que foram criadas e naturalmente cultivadas pela sociedade como regramentos a serem observados, sob pena de reprovação social da conduta que venha a se desvencilhar das práticas usualmente observadas, de tal sorte que o NCC, diante da sua importância para a organização dos atos em sociedade, e, por conseqüência, da pacificação social, outorgou-lhe a função de limitar o exercício dos direitos.

Trata-se de um conceito preenchido de determinada subjetividade, que se altera de acordo com os valores morais que passam a adquirir maior substância no seio social, variando com o tempo, não possuindo, pois, conceito determinado, fator este que leva o julgador a ser o protagonista na aplicação do artigo 187 do Código Civil.

⁴² José Carlos Barbosa Moreira In “Abuso do Direito”. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n.º 26 – Nov-Dez/2003, p. 125, conceitua a expressão ‘bons costumes’ como um “conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade.

Esta cláusula geral limitativa dos exercícios do direito geralmente é mais invocada para a disciplina de relações comerciais.

Veja-se, por exemplo, que a 2ª Turma Recursal do Juizado Especial do Distrito Federal e Territórios⁴³, decidiu que não consistir abuso de direito o fato de

⁴³ CDC - RESPONSABILIDADE CIVIL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PRODUTO FUNGÍVEL DURÁVEL - PAGAMENTO DO PREÇO ATRAVÉS DE CHEQUE DE EMISSÃO DA CONSUMIDORA - Recebimento condicionado ao preenchimento de cadastro de dados pessoais e fornecimento de referências pessoais. Abuso de direito inexistente. Exercício regular de direito. Dano moral não caracterizado. I. Em se tratando de compra e venda à vista, com o pagamento sendo efetuado em pecúnia, afigura-se abusiva e ilegítima eventual recusa proveniente do estabelecimento comercial em efetivar a operação, violando o regramento pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC, artigo 39, incisos II e IX, "A"). II. Contudo, em se tratando de pagamento a ser consumado através de cheque da emissão da própria consumidora, independentemente da forma como seria emitido, se para compensação imediata ou sob a forma "pré-datada", afigura-se legítima e qualifica-se como mero exercício de um direito, que deriva dos usos e costumes que estão impregnados nos relacionamentos comerciais, condicionar sua aceitação ao preenchimento de um cadastro com os elementos identificadores da consumidora e a indicação de pessoas habilitadas a fornecer informações a seu respeito. III. Essa condição, malgrado o desconforto provocado na consumidora, impregnando-lhe certa dose de frustração, consubstanciando-se em mero exercício de um direito e não tendo sujeitado-a a quaisquer constrangimentos efetivos ou a situações vexatórias e humilhantes e nem afetado sua imagem e decoro, qualificando-se como fato ordinário, inteiramente previsível e inserido nas contingências dos relacionamentos comerciais, não é passível de qualificar-se como ofensa aos seus atributos pessoais, caracterizando-se como dano moral e legitimando o deferimento da compensação pecuniária que reclamara com o objetivo de minorar suas conseqüências. III. O realce conferido à proteção dos direitos individuais pelo legislador constituinte, içando à condição de dogmas constitucionais a possibilidade do dano moral derivado de ofensa à vida privada, à honra e à imagem das pessoas ser indenizado, destinara-se a preservar a intangibilidade dos direitos inerentes à personalidade na medida em que, contrariando a finitude da existência física, os atributos intrínsecos da pessoa são perenes, consubstanciando seu bom nome, moral e caráter em legado deixado aos seus herdeiros a ser cultuado e tomado como paradigma pelas gerações que o sucedem. IV. Contudo, o temperamento conferido aos fatos passíveis de serem tidos como geradores do dano moral, pacificando o entendimento segundo o qual os aborrecimentos, percalços, frustrações e vicissitudes próprios da vida em sociedade não geram o dever de indenizar, ainda que tenham impregnado no atingido pelo ocorrido certa dose de amargura, pois a reparação do dano moral não tem como objetivo amparar sensibilidades afloradas ou susceptibilidades exageradas, denotando que nem todo inadimplemento contratual ou transtorno casual e passível de gerá-la, não autoriza o deferimento de qualquer compensação em decorrência de simples condição, que não pode ser qualificada como ilícita ou abusiva, imposta pela fornecedora de bens para a aceitação de cheque de emissão da própria consumidora. V. Não comprovado o dano, que seria derivado dos constrangimentos e humilhações aos quais a consumidora teria sido submetida em decorrência da condição imposta pela fornecedora do bem que almejava adquirir, e o vínculo material jungindo-o a qualquer ato praticado pelos prepostos da sociedade comercial passível de ser qualificado como ilícito e gerador de ofensa moral, resta inviabilizado o implemento do silogismo delineado pelo artigo 159 do Código Civil para que o dever de indenizar resplandecesse, impondo-se, então, o acolhimento da pretensão recursal aduzida e a conseqüente absolvição da irresignada da condenação que lhe

determinado consumidor ter a aceitação do cheque por si emitido condicionada ao preenchimento de cadastro de clientes bem como ao fornecimento de informações pessoais, certa vez que, de acordo com o relator do recurso, “afigura-se legítima e qualifica-se como mero exercício de um direito, que deriva dos usos e costumes que estão impregnados nos relacionamentos comerciais.”

3.5.3 Fim econômico e social do direito exercido

Diferentemente da boa-fé e dos bons costumes, que podem impor limites ao exercício dos mais variados direitos, a cláusula limitativa referente ao fim econômico e social da posição subjetiva⁴⁴ somente pode ser utilizada para impor limites ao exercício daquele determinado direito.

Veja-se, por exemplo, que o exercício do direito de propriedade é limitado por seu fim social, qual seja, o de que a coisa não deverá somente ser utilizada em proveito do seu proprietário, mas também deve se reverter em benefício da sociedade (art. 1228, §1º do NCC), por isso diz-se que a propriedade rural não está atendendo ao seu fim social (produção de alimentos) quando destinada ao latifúndio improdutivo, fato que legitima a sua desapropriação, conforme artigo 184 da Constituição Federal de 1988.

fora imposta. VI. Recurso conhecido e provido. Unânime. (TJDFT - ACJ 20020110663727 - DF - 2ª T.R.J.E. - Rel. Des. Teófilo Rodrigues Caetano Neto - DJU 18.03.2003 - p. 202)

⁴⁴ Nomenclatura utilizada por Daniel Boulos, (in Abuso do Direito no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006.) para englobar os direitos subjetivos, os direitos potestativos, as faculdades, as liberdades, os ônus jurídicos e etc.

Ora, seria redundar em incongruência jurídica aplicar a função social da propriedade rural ao exercício do direito do proprietário de um carro, por exemplo, posto que a especificidade do limite (no caso da propriedade rural a necessidade de sua destinação para fins de produção de alimentos) impede a sua aplicação a outros casos.

3.6 Dos efeitos decorrentes da constatação do abuso do direito

Por consistir em cláusula geral de observação e aplicação no exercício das posições jurídicas previstas na parte especial do NCC, sem olvidar ainda de sua aplicação nos demais ramos do direito⁴⁵, bem como por consagrar em seu bojo um dos princípios mais significantes (boa-fé) no ordenamento jurídico, o abuso do direito pode se apresentar das mais variadas e imagináveis formas, em mesma proporcionalidade quando do estudo dos seus efeitos, fato este condizente com a inexistência de qualquer lista *numerus clausus* elaborada pelo legislador para disciplinar os efeitos.

Contudo, dentre eles, podemos destacar o *dever de indenizar*, que surge da remissão realizada pelo artigo 927 do NCC ao artigo 187 deste mesmo código, bem como *demais reflexos no âmbito da validade do ato e da sua eficácia* geralmente ditados caso a caso pela jurisprudência.

⁴⁵ Tal como ocorre no direito concorrencial, onde o abuso do poder econômico é sancionado pela lei antitruste (Lei 8.884/94), bem como no direito processual civil, onde se pune o *improbus litigator*, que age com supedâneo nas normas processuais, mas em desconformidade com a lealdade processual, sendo exemplo recursos interpostos com fim meramente protelatório.

3.6.1 – Indenizações

Uma primeira consequência mais comum da prática do abuso do direito insere-se no campo da responsabilidade civil, de onde decorre a obrigação de indenizar do sujeito que excede os limites traçados pelo artigo 187 no exercício do seu direito.

Isto é possível em função do artigo 197 do NCC prever expressamente a possibilidade daquele que incorrer na prática do ato abusivo será obrigado a reparar o dano eventualmente decorrente deste ato.

Importante consignar por mais uma vez⁴⁶ que o fato do artigo 927 intitular o ato abusivo como ato ilícito não significa dizer que lhes outorgou a mesma identidade. Ocorre que ambos estão incluídos dentro do gênero ato ilícito, o qual se subdivide no Código Civil entre o *ato ilícito* em sentido estrito e o *ato abusivo*, dos quais pode decorrer, caso existente o dano, a responsabilidade civil do agente.

Mais neste ponto existe ainda uma considerável diferença para a declaração da responsabilidade civil do sujeito pela prática do *ato ilícito* e do *ato abusivo*; o primeiro exige a averiguação do elemento subjetivo (culpa ou dolo) para a imputação da obrigação de indenizar, o que não é demandado para a segunda espécie de ilicitude, por força da adoção da teoria objetivo finalista adotada por grande parte da doutrina nacional, consoante explicitado no item 3.3 do presente trabalho.

⁴⁶ Indica-se leitura do item 3.4 para maiores esclarecimentos sobre este tema.

Em sendo assim, cumpre destacarmos os requisitos necessários para a responsabilização do agente que praticou o ato abusivo:

(a) ser titular de um direito e exercê-lo em desconformidade com os limites impostos no artigo 187 do NCC, posto que do contrário estar-se-ia diante da prática do ato ilícito do artigo 186, ou ainda do lícito do qual decorre a obrigação de indenizar, nos termos do artigo 188, parágrafo único;

(b) A existência de uma lesão ao patrimônio moral ou material da vítima, ou seja, do dano;

(c) A constatação da relação de causa e efeito existente entre o ato abusivo e o dano ocasionado, ou seja, o nexu causal;

Quanto à indenização, deve ser pautada nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, da mesma forma que a doutrina e jurisprudência reza para a quantificação do montante a ser pago a título de reparação.

Noutro turno, é imprescindível apontar o seguinte questionamento: sabendo-se que nem sempre do exercício abusivo do direito pode surgir o dano, existiriam outras conseqüências da prática do ato abusivo senão a responsabilidade civil do agente?

3.6.2 – Reflexos no âmbito da validade e eficácia do ato ou negócio

A resposta nos remete ao estudo das conseqüências da prática do ato abusivo diante dos elementos de validade e eficácia do ato ou do negócio jurídico.

Diz-se ato ou negócio jurídico em função da possibilidade do poder judiciário impelir as conseqüências da prática do ato abusivo realizado tanto em um contrato, como, *v.g.*, a declaração de nulidade de uma cláusula, como em um ato isolado praticado por um sujeito não inserido no contexto do negócio jurídico, tal como ocorre no abuso de poder econômico, no abuso na interposição de recursos protelatórios, dentre outros.

Basicamente, os reflexos do ato abusivo no âmbito da validade dos negócios jurídicos irão apontar pela sua nulidade ou anulabilidade; no que tange à sua eficácia, irão se resolver pela não produção de efeitos do ato com relação a determinadas pessoas na circunstância do exercício abusivo da *posição jurídica subjetiva*⁴⁷.

Para melhor compreensão do tema serão citados alguns casos práticos.

O primeiro deles refere-se à possibilidade de destituição do pátrio poder pelo seu exercício abusivo. Tenha-se como exemplo a circunstância e que um pai impeça, injustificadamente, que seus filhos tenham contato com qualquer outra

⁴⁷ Adotamos aqui a nomenclatura utilizado por Daniel Boulos (Abuso do direito no Novo Código Civil, 2006) para compreender os direitos subjetivos, as liberdades, as faculdades, dentre outras posições jurídicas subjetivas que possam legitimar o exercício de uma prerrogativa jurídica.

pessoa da família. Ou que sejam proibidos de freqüentar a escola ou até mesmo de manter contato com outras crianças da mesma idade sem igualmente justificar plausivelmente esta vedação. Fica claro que o exercício do direito conferido constitucionalmente está sendo desviado dos bons costumes e do seu fim social, razão pela qual se faz imperiosa a destituição do pátrio poder, ou seja, da sua retirada do rol de prerrogativas conferidas ao genitor dos menores, o que irá tornar ineficaz qualquer medida que este venha a praticar como se ainda fosse detentor daquele direito.

Veja-se ainda, no âmbito de ineficácia dos atos abusivos, a possibilidade da concessão de uma tutela inibitória em sede de antecipação de tutela que imponha restrições a determinado vizinho de dar continuidade a determinada obra em sua propriedade, em função dos prejuízos causados no imóvel do requerente da tutela. Ou seja, no escopo de combater a continuidade do abuso, ou seja, seu reflexo na situação real, poderão ser impostas medidas que procurem lhe retirar a eficácia de forma coercitiva.

Cita-se ainda a possibilidade de não aplicação de determinada norma jurídica, ainda que revestida de generalidade e abstração, a determinadas pessoas, como no caso de duas empresas que são patrocinadas pelo mesmo escritório de advocacia mas insere nas procurações outorgadas por cada empresa diferentes nomes de advogados sócios do mesmo escritório, com o único fim de obter o prazo em dobro

para contestar, caracterizando o abuso na invocação desta prerrogativa (art. 191 CPC) , posto não condiz com lealdade e boa-fé processual agir desta maneira.

Continuando no âmbito da ineficácia, pode ser esta conferida à determinada cláusula quando o sujeito que lhe invoca o faz de forma contraditória com relação ao seu comportamento anterior, como no caso do *venire contra factum proprium*. No caso em que um locador, por estipulação contratual, impeça que o locatário derrube alguma das árvores localizadas no terreno do imóvel locado. Contudo, somente após sucessivas derrubadas é que vem invocar a cláusula com o escopo de rescindir o contrato, e, diga-se, contra o seu anterior e tácito consentimento de derrubada das demais arvores, o que fez o locatário legitimamente esperar que a continuidade desta prática não iria lhe custar a resolução do contrato. Neste caso, pode o juiz atribuir ineficácia à cláusula contratual, em função da expectativa legitimamente esperada pelo locatário de ineficácia da cláusula resolutiva.

Com relação à invalidade do ato, temos que usualmente os negócios são declarados nulos pela constatação do abuso de direito, na medida em que este é considerado questão de ordem pública, já que possui natureza de cláusula geral de limitação do exercício dos direitos, conforme ressaltado nos capítulos anteriores.

Sobre este tema, José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 9) apud Antunes Varela (2000, p. 547), expõe que:

‘Se o exercício abusivo do direito causou algum dano ao outrem, haverá lugar à obrigação de indenizar (...)’ A redação da cláusula por nós grifada deixa fora de

dúvidas que, no pensamento do autor, é possível haver abuso sem dano. E a continuação do parágrafo só faz confirmá-lo, com a indicação de outra sanção concebível: 'se o vício se tiver reflectido na celebração de qualquer negócio jurídico, este será, em princípio, nulo.'

Mais freqüentemente são encontrados casos de nulidade de negócios jurídicos nos âmbito do direito do consumidor, onde usualmente são declaradas nulas cláusulas que ultrapassem os limites da boa-fé e da função social do contrato.

Ainda no âmbito do direito do consumidor, cite-se, por exemplo, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica⁴⁸ quando evidenciado o abuso de direito pelos sócios, nos termos do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, além do artigo 39 desta mesma lei, que destaca várias condutas abusivas vedadas ao fornecedor de serviços, bem como seu artigo 42, que impede a cobrança de débitos através de constrangimento ou ameaça, tal como a inscrição dos consumidores nos cadastros de restrição de crédito⁴⁹.

Além disso, mencione-se ainda que a legislação consumerista considera abusiva a venda casada e a recusa de recebimento de cheques de correntistas com menos de determinado prazo de conta corrente.

⁴⁸ Também legitimada quando verificadas as hipóteses previstas nos artigo 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 135, II do Código Tributário Nacional; artigo 4º da Lei do Meio Ambiente [Lei 9.605/98] e artigo 50 do NCC.

⁴⁹ SERASA - Agravo de Instrumento. Registro no SERASA. Pedido de tutela antecipatória. Requisitos legais satisfeitos. Estando o débito sendo discutido judicialmente, não se justifica a positivação do nome dos agravantes no SERASA porquanto representa obstáculo ao crédito e abuso de direito representado este pela verdadeira coação a obtenção do valor buscado cobrar. deram provimento. (TARS - AGI 196.000.046 - 4ª CCiv. - Rel. Juiz Cezar Tasso Gomes - J. 29.02.1996).

Cavaliere Filho (2005, p. 175) aponta que a retenção de documentação necessária para transferência do aluno, cometida pelo estabelecimento de ensino, com o escopo de compelir os responsáveis daquele ao pagamento de mensalidades atrasadas, consiste em medida abusiva, reprovada pelo ordenamento jurídico, posto que se assemelha à auto-tutela, cujo exercício é permitido somente em casos específicos.

No âmbito contratual, não se deve considerar regular o exercício de direito na denúncia unilateral e imotivada, sobretudo nos contratos com longo prazo de duração, em que tal medida provavelmente se resultará em prejuízo à parte denunciada, que não possuirá tempo suficiente para arcar com as conseqüências da rescisão⁵⁰.

Nas relações jurídicas processuais, igualmente e muito freqüentemente são praticados atos que afrontam a boa-fé, demandando da autoridade judiciária a estipulação de medidas que coíbam o perecimento do direito em função da deturpação da instrumentalidade do processo por alguma das partes.

⁵⁰ “Indenização. Responsabilidade Civil. Contrato de distribuição exclusiva de produtos. Denúncia unilateral e imotivada. Abusividade caracterizada. Contrato de longo tempo de duração. Prazo de aviso prévio insuficiente para evitar prejuízo à autora. Inocorrência do lícito exercício regular do direito e rescisão. Verba devida. Redução, no entanto. Do valor da indenização. Recurso provido para esse fim.” (TJSP – 9ª C. Dir. Privado – Ap. 104.281-4 – Rel. Aldo Magalhães – j. 24.10.2000 – *JTJ-LEX* 236/94).

O Código de Processo Civil (CPC) preceitua que os litigantes deverão agir com base na lealdade e na boa-fé [artigo 14, inciso II], combatendo, assim, os impulsos processuais temerários e antijurídicos, desprovidos de qualquer fim em si mesmo, somente no escopo de protelar ou embaraçar o andamento processual, sem qualquer amparo legal ou jurisprudencial. Os litigantes de má-fé poderão ser multados e condenados a ressarcir as perdas e danos, além de arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, consoante prescrevem os artigos 16 e 18 do CPC.

Por fim, aduz-se, com supedâneo em Boulos (2006, p.199 a 201), que a jurisprudência portuguesa vem decidindo que a constatação do exercício abusivo pode ensejar a nulidade do ato, a dilatação do prazo de prescrição ou decadência, a neutralização dos efeitos do direito que se abusou, a execução específica de contrato preliminar, a declaração de inexistência do direito, dentre outros.

4 DA ABUSIVIDADE NO EXERCÍCIO DAS CLÁSULAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS

Nos capítulos anteriores procurou-se expor os elementos necessários para a exata compreensão do tema a cujo estudo se propõe este trabalho, a saber, o estudo do abuso do direito durante a execução dos contratos de distribuição de bebidas.

Para isso foi destacado um capítulo específico para a demonstração das várias nuances que envolvem a caracterização do *contrato de distribuição* (gênero no qual se inclui o contrato de distribuição de bebidas), bem como um tópico específico para esclarecimentos acerca dos elementos necessários para a caracterização do abuso do direito e das conseqüências advindas desta prática.

Cumprido, pois, nesta etapa, atrelar estas informações.

4.1 O abuso do direito nos contratos

O NCC inseriu no ordenamento jurídico a idéia de socialização dos direitos privados, que antes somente refletiam a autonomia privada como valor absoluto, possibilitando corriqueiramente a quebra do equilíbrio jurídico na estipulação das prestações entre as pessoas privadas.

Reflexo deste ideal individualista era o absolutismo conferido ao princípio da *pacta sunt servanda*, pelo qual às partes era defeso, inexoravelmente, fugir daquilo que fosse estipulado no contrato, independentemente de quaisquer fatores de ordem social que justificassem a necessidade de modificação das cláusulas contratuais para fins combater o desequilíbrio na estipulação das obrigações às quais se comprometeram as partes.

Diante destas vicissitudes que acometiam a equidade e a justiça na formação e execução das obrigações decorrentes das relações contratuais, ensejadas pela concepção individualista consagrada pela doutrina francesa, o legislador pátrio se mostrou sensível, visualizando a necessidade de intervenção ponderada do Estado no controle aos fatores sociais que envolvem as relações jurídicas existentes entre privados, o que se denominou *dirigismo contratual*.

Reflexo deste movimento foi a redação do artigo 421 do NCC, que condiciona o exercício da liberdade de contratar à observação da função social dos contratos, sem olvidar ainda do artigo 422, que impõe o respeito à probidade e à boa-fé na conclusão e na execução dos contratos.

Demais disso, registre-se ainda que os bons costumes e a função econômica também deverão integrar a redação dos artigos 421 e 422 o NCC, posto que consistem em cláusulas limitativas de ordem pública e de caráter geral, na medida em que decorrem da redação do artigo 187 do diploma civil, que igualmente retrata o

intervencionismo estatal nas relações contratuais com o escopo de consagrar a socialização dos pactos privados em contraposição à autonomia privada antes concebida como absoluta.

Portanto, os contratantes deverão observar a limites da boa-fé objetiva, bons costumes, função econômica e social dos contratos desde a sua fase preliminar até a etapa posterior à sua conclusão.

Neste particular, cumpre registrar que o fato do legislador não ter expressamente incluído a fase pré-contratual na redação do artigo 422 do NCC não implica dizer que esta será excluída da imposição dos limites traçados no artigo 187 deste mesmo código.

O fato é que a fase pré-contratual, também denominada etapa das negociações preliminares, se caracteriza pelo contato inicial das partes, onde são vislumbrados os primeiros traços do acordo, bem como investigações, exames, previsões e demais diligência por ambas as partes no escopo de definir a viabilidade ou não de realizar o negócio.

Contudo, apesar de nesta fase não surgir, *prima facie*, qualquer obrigação para quaisquer das partes, o que quer dizer, não existir qualquer direito passível de execução, pode ocorrer que um dos promitentes contratantes exceda sua liberdade contratual, ou seja, abusando o seu direito preliminar à consagração do pacto, vindo

a frustrar injustamente a boa-fé (da qual decorre a confiança) da outra parte, como por exemplo, trazendo-lhe informações não condizentes com a realidade do objeto do negócio a ser firmado.

Sobre o tema, Boulos (2006, p. 249) aduz, *verbis*:

No período *pré-contratual*, há de preponderar a ética, a *lealdade* que pode ser desdobrada na *exigência de transparência* (dever de informação) que assiste às partes que estão se flertando e avaliando a conveniência da celebração de um contrato, assim como a *exigência de coerência das ações*, o que impede o rompimento injustificado das tratativas por incorrer, a parte que assim agir, em *comportamento contraditório*.

Mais ainda, na conclusão do contrato temos que exemplo típico de abuso de direito remonta aos contratos de prazo indeterminado, onde a denúncia imotivada não pode ser exercida de forma absoluta, mas sim observando a expectativa criada pelo denunciante perante o denunciado, no tocante à continuidade da avença, de forma que ela fosse pelo menos suficiente para retirar os investimentos realizados, a luz do que disciplina o artigo 473, parágrafo único.

Em suma, o abuso do direito nas relações contratuais deve ter como premissa a consagração das obrigações contratuais como um processo, que desde o seu nascimento (fase pré-contratual) até a sua conclusão estão submetidas aos limites impostos pelo artigo 187 do NCC.

4.2 A causa, a boa-fé objetiva e a confiança como premissas interpretativas do contrato de distribuição.

Todo contrato possui em seu substrato uma causa. As partes, diante da impossibilidade ou dificuldade de isoladamente alcançar um bem da vida, unem esforços para galgar êxito em determinada tarefa, através do pacto de obrigações recíprocas.

Mais relevância ainda possui a causa na formação dos contratos comerciais, que, por vezes, na sua evolução, não são acompanhados pelo ordenamento jurídico, ficando a mercê de interpretações esvaziadas, a uma primeira vista, de supedâneo normativo, assim como ocorre com o *contrato de distribuição (de bebidas)*.

Justamente em função disso a causa dos contratos comerciais é, não só sob o ponto de vista interpretativo, o principal elemento capaz de fornecer a compreensão da lógica comercial (razão) impregnada em determinada espécie contratual, bem como do fim econômico buscado pelas partes na consagração do acordo, este que deverá ser analisado, sob o ponto de vista objetivo⁵¹, como uma das premissas na interpretação dos pactos de natureza mercantil.

⁵¹ Despido de quaisquer influências de ordem individual e subjetiva que pudessem ser aferidas para a realização do contrato. De forma contrária pensa a doutrina italiana, consoante nos expõe Forgioni (2005, p.525 e 526), para quem a intenção do agente econômico deixa de ser um agente endógeno para ser exógeno.

Não por acaso Forgioni (2005. p.512) nos expõe a causa do contrato comercial como o elemento que *“permite a objetivação do comportamento do comerciante e do mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro comerciante”* vindo ainda a destacar que é fator naturalmente atrelado *“à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva (...)”*.

Portanto, diante da ausência de regramento típico de determinada espécie contratual comercial (mercantil), a causa do contrato (fim econômico pretendido pelas partes) deve servir como pauta para a escolha das regras e princípios que poderão ser aplicados à espécie, adquirindo, pois, função de integrar e possibilitar a correta interpretação contratual.

Somente através deste prisma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 78.051⁵², concluiu serem os contratos de locação, comodato e compra e venda, todos atrelados ao mercado revenda de combustíveis, um contrato misto de distribuição, dotado de uma unidade proveniente de um único fim econômico das partes na celebração das três espécies contratuais.

O Excelentíssimo Ministro Thompson Flores, relator do referido recurso extraordinário, destacou em seu voto:

Com efeito: dita pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, podem ser fundidas em um só contrato, sob o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. É preciso assim

⁵² Maiores informações vide item 2.2.3.

que todas elas tendam à mesma finalidade econômica. A unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde à unidade do contrato.

Este, pois, um exemplo de como a causa é imprescindível para, na análise e interpretação do contrato, até mesmo diferenciar-lhe dos demais tipos previstos em lei ou na própria prática comercial, assim como ocorreu com o *contrato de distribuição*.

Outro instituto que deve ser analisado como premissa interpretativa do *contrato de distribuição* é a boa-fé objetiva, tal como estabelecida no artigo 187 do NCC. Apesar disso, é imperioso destacar que a sua previsão no mencionado artigo exprime sua de função de controle, obstando o excesso no exercício dos direitos. Doutra banda, a sua função interpretativa decorre do artigo 113 do NCC, tendo como principal objetivo permitir às partes possuírem expectativa de uma *confiança legítima* na execução da contraprestação assumida pelo outro contratante.

O fato é que exercendo qualquer uma destas funções a boa-fé adquire caráter muito subjetivo, podendo compreender valores de ordem moral e até mesmo canônico, que são dispensados quando da sua invocação na interpretação dos negócios jurídicos comerciais, sob pena de ir de encontro aos fatores regentes da eficiência e segurança no desenrolar das transações mercantis, estes que muitas das vezes são dissociados daqueles primitivos valores.

Ou seja, a boa-fé, quando utilizada com parâmetro interpretativo, deve ser considerada de forma mais restritiva, resumindo-se, no âmbito comercial, a determinar que os contratantes devem executar as prestações às quais ficaram obrigados no contrato, fazendo com isto emergir *legítima confiança*⁵³ e, por conseqüência, diminuindo os riscos com inadimplementos contratuais e garantido a segurança no fluxo e eficiência das relações comerciais.

4.3 Parâmetros específicos para a configuração do abuso no contrato de distribuição de bebidas

Decerto, como visto acima, as particularidades que envolvem os negócios jurídicos mercantis refletem na escolha e na utilização dos seus parâmetros interpretativos, não sendo diferente quando se investiga o caráter abusivo de determinada prática pelo fornecedor ou de alguma cláusula potestativa inserida no contrato de distribuição, que possam implicar em lesão desproporcional a uma das partes em prol da eficiência no escoamento da produção, lembrando ser este o fim econômico que dá causa aos contratos desta natureza.

Logo, diante do jogo de interesses conflitantes entre fornecedores e distribuidores, se faz necessária uma sensibilidade acurada do julgador no momento de avaliar se determinada prática ou cláusula ultrapassa os limites legitimamente

⁵³ MARTINS-COSTA (2007, p.531) aponta que “a proteção jurídica da confiança foi primeiramente revelada pela Sociologia, como relevantíssimo fator de redução da complexidade social, e, por isso, determinante para a orientação de condutas, sendo o sistema normativo a *garantia das expectativas* geradas nas (e pelas) interações sociais (...)”

exigíveis na prática comercial, sob pena de, ao considerar abusivo o exercício de determinado direito, se proteger em demasia o distribuidor ou o fornecedor, fomentando a inviabilidade do sistema de escoamento da produção até então praticado.

Por outro lado, isto não quer dizer que a regra seja evitar-se a declaração de abusividade em todos os casos em que, por mais que seja patente a lesão sofrida pelo distribuidor, por exemplo, haja algum benefício decorrente da prática abusiva para a rede de escoamento da produção.

Como sempre, os princípios da razoabilidade e da segurança das relações jurídicas devem ser sopesados, na análise caso a caso, com a *eficiência econômica* (ou proveito global para o setor) decorrente do exercício do direito, de forma que, diante da flagrante desproporcionalidade entre a lesão sofrida pelo contratante em favor da manutenção de indicadores crescentes de escoamento em determinadas regiões, deve ser considerada abusiva a prática.

Para Forgioni (2005, p. 430), estas particularidades se refletem na consideração da *eficiência jurídica* de cada contrato de distribuição, que passaria a ser o parâmetro necessário para distinção entre a licitude ou ilicitude⁵⁴ do comportamento das partes. Especificamente, aponta que:

⁵⁴ Como já referido alhures (item 3.4) o abuso do direito consiste em espécie do gênero ilicitude, contudo não se confunde com o ato ilícito nominado pelo artigo 186 do NCC.

A eficiência da distribuição, para fins jurídicos, parte do interesse comum da atividade de escoamento da produção, mas leva em conta também as perdas experimentadas por uma das partes, bem como a boa-fé e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes. Se o ato implicar prejuízo ao distribuidor, não compensado pelos ganhos globalmente tomados em conta, há de ser considerado abusivo; caso contrário, dar-se-ia proteção aos interesses egoísticos (e juridicamente ineficientes) de uma das partes, geralmente aquela detentora de maior poder econômico.

Em suma, deve ser considerado abusivo o exercício de determinado direito pelo agente econômico inserido na relação jurídica do contrato de distribuição de bebidas que, inobstante justifique-se pela melhoria do escoamento das bebidas ao mercado consumidor, venha a guardar desproporcionalidade com a lesão (redução da margem de comercialização, por exemplo) sofrida por um dos contratantes, geralmente a parte mais fraca economicamente, desvencilhando-se dos limites impostos pelo artigo 187 do NCC, sobretudo se constatado que para tanto ocorreu o uso indevido da pujança econômica pelo causador do abuso do direito.

O fato é que a *eficiência econômica* não deve ser utilizada como parâmetro absoluto na justificativa de determinada conduta no âmbito da relação contratual, sendo inaceitável a sua sobreposição à *eficiência jurídica* como parâmetro para a análise do abuso no exercício da *posição jurídica subjetiva*.

4.4 – Da venda direta na área de exclusividade

Pelo contrato de distribuição de bebidas, o fornecedor, com o intuito de economizar seus investimentos com a etapa de escoamento da sua produção, se

compromete a vender, sob regime de exclusividade territorial, os produtos de sua marca para um distribuidor, o qual, por sua vez, revende este produto para o mercado consumidor final, devendo, para tanto, realizar os investimentos necessários para a otimização dessa última etapa.

Contudo, em alguns contratos desta natureza, visualiza-se a estipulação de cláusula que permita a venda direta do fornecedor perante o mercado consumidor, que passa, portanto, a fazer as vezes do distribuidor. Esta estipulação já se apresenta abusiva em sua própria concepção no contrato de distribuição de bebidas, isto porque colide frontalmente com a causa do pacto firmado, qual seja, a utilização de uma rede de revenda para otimizar o escoamento da produção.

Contudo, esta primeira consideração merece uma ponderação.

Sucedem que por vezes a distribuidora de bebidas não possui eficiente necessário para suprir toda a procura do mercado consumidor na região de exclusividade, fato este que, nesta condição particular, pode legitimar a prática da venda direta pela fornecedora, o que, entretanto, não afasta por completo a possibilidade de que o exercício deste direito possa ser exercido de forma abusiva, vindo, ainda neste caso, a ultrapassar o contingente do mercado até então dito carente da oferta do produto, e, portanto, retirando a clientela passível de atendimento pelo distribuidor.

Afora estas situações particulares, em que é evidente a necessidade de complementação da *eficiência econômica* do contrato, não se concebe legítima a venda direta de produtos do fornecedor na área de exclusividade do distribuidor de bebidas.

Consoante decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, nos julgamento da apelação cível 2004.001749-9⁵⁵, *verbis*:

Seria no mínimo injusto reconhecer como legítima a pretensão da Produtora de se arvorar o direito de proceder vendas diretas dentro da zona geográfica da Distribuidora, sem proceder à compensação das comissões a que faria jus a segunda. Para quê então firmar o contrato de distribuição? Não resta dúvida de que a conduta adotada pela Produtora desequilibra o contrato, proporcionando aviltantes prejuízos à Distribuidora, gerando o dever de indenizar.

Inelutavelmente, a prática da venda direta frustra a confiança, a boa-fé e a função social do contrato, já que retira do distribuidor aquilo que lhe apresenta mais importante para a obtenção do seu lucro, a saber, o mercado consumidor. Mais ainda, vai de encontro à própria causa do contrato, qual seja, ferindo de morte a sua função social.

⁵⁵ EMENTA: CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. APELAÇÃO CÍVEL. LEGITIMIDADE DA EMPRESA SUCESSORA PARA CONTINUAR NA LIDE. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. VENDA DIRETA DA FABRICANTE NA ZONA DE ATUAÇÃO DA DISTRIBUIDORA. IMPOSIÇÃO DE PREÇOS PELA PRODUTORA EM DISCREPÂNCIA AOS ADOTADOS PARA DISTRIBUIDORES INSTALADOS EM MUNICÍPIOS VIZINHOS. INDENIZAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO. DANOS EFETIVAMENTE DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.(TJRN – Rel. Des. Aderson Silvino. Ap. Civ. 2004.001749-9. DJ. 19.10.2005)

Todavia, há de ser ressaltado que, caso seja realizado o estudo das *eficiências econômicas e jurídicas*⁵⁶, e, após isso, não se conclua pela prevalência da primeira sobre a segunda - o que poderia ocorrer quando flagrante o interesse egoístico do fornecedor em aumentar os seus lucros, a despeito da necessidade da implementação da rede de distribuição -, deve ser tida como legítima a prática.

4.5 – Venda a preço e condições diferenciadas em regiões de exclusividade contíguas.

A atividade comercial exige a análise de vários fatores para determinar sustentabilidade daquele setor do mercado determinada área geográfica. Geralmente estes estudos se voltam para a análise dos índices de compra do mercado consumidor em região específica, o que demanda o monitoramento exaustivo das empresas em seus seguimentos.

Ocorre que, em sendo verificada uma queda na aceitação de determinado produto numa região específica, várias estratégias podem ser traçadas pelos fornecedores para corrigir a situação, dentre elas, a mais comum, a facilitação da compra através da baixa dos preços e das melhores condições de aquisição do produto.

⁵⁶ Vide item 4.3.

Nesta esteira, é importante considerar que quando isso ocorre num seguimento cujo escoamento da produção se dá mediante uma rede de distribuidores, não há repassar os benefícios aos consumidores finais sem beneficiar os distribuidores daquela região com as facilidades retro mencionadas, posto que, do contrário, estes não conseguiriam obter qualquer margem de comercialização.

Daí decorre a possibilidade de que os benefícios concedidos pelos distribuidores de uma determinada região de exclusividade virem a prejudicar as vendas dos distribuidores de uma área vizinha. E como isso ocorre?

Pensemos, por exemplo, em um comerciante varejista que usualmente adquire bebidas de um distribuidor X, a preço de Y. Nesta linha, suponhamos que este comerciante tome conhecimento que na cidade vizinha, correspondente a outra área de exclusividade de distribuição, o preço da bebida é $Y/2$, de forma que, mesmo com as despesas do transporte, a mercadoria chegue a si 30% mais barata que aquela adquirida perante o distribuidor X.

Cite-se ainda, a circunstância em que o comerciante obtenha melhores condições de compra perante o distribuidor da região de exclusividade vizinha, o que se tornou possível em razão do fornecedor lhe outorgar subsídios para tanto.

Em quaisquer das situações o distribuidor X ficou prejudicado, na medida em que ou perde o cliente ou terá que reduzir a sua margem de comercialização para mantê-lo.

Ainda no caso, suponha-se que este comerciante era responsável por 50% das vendas realizadas pelo distribuidor X.

Todos estes fatos evidenciam a possibilidade da prática abusiva na estipulação de preços e condições de compra diferenciados a distribuidores de regiões de exclusividades contíguas.

Na medida em que um dos distribuidores sofre lesão considerável, a ponto de abalar considerável parte (50%, no caso) da sua estrutura financeira, não se justifica a busca pela eficiência econômica da rede de distribuição, posto que tal fato compromete a função social do contrato, bem como a confiança legitimamente esperada pelo distribuidor lesado em decorrência da boa-fé, o que, aliás, independe de constatação da intenção de prejudicar por parte do fornecedor, haja vista que, como já consignado, a constatação do abuso do direito se dá de forma objetiva.

4.6 – Estipulação de vantagens para os compradores finais nas vendas diretas

No tópico 4.4 nos reportamos à freqüente constatação de abuso do direito da prática de vendas diretas pelo fornecedor na região de exclusividade do distribuidor. Igualmente ressaltamos a possibilidade desta prática ocorrer de forma legítima,

como nos casos de impossibilidade de atendimento de todo mercado consumidor pelo distribuidor, demandando, pois intervenção do distribuidor para manter a *eficiência econômica* do contrato.

É como supedâneo nesta última situação que vamos discorrer no presente momento.

Imagine-se que o mercado da região de exclusividade demanda a distribuição de X litros de cerveja, capacidade comportada pela distribuidora em 50%. Nesta oportunidade, admite-se a possibilidade da venda direta, sem abuso, desde que se destine a por no mercado produtos suficientes para complementar a demanda, ou seja, a mesma quantidade disponibilizada pelo distribuidor.

Nesta hipótese, suponhamos que o fornecedor, em função do seu maior poder econômico, possibilite a compra com considerável prazo para pagamento, bem como a divisão em parcelas para o consumidor final.

Fica evidente, nesta situação, que antes de buscar resgatar a *eficiência econômica* do contrato, busca o fornecedor, através da pujança econômica, conquistar o mercado até então disponível ao distribuidor, causando-lhe, desta forma, prejuízos injustificáveis, posto que o direito de venda para suprimento do mercado carente exercido desta forma está em dissintonia com a boa-fé objetiva,

encerrando qualquer possibilidade de continuidade da atividade mercantil pelo distribuidor, e, por conseguinte, indo de encontro à função social do contrato.

4.7 – Ingerências nas distribuidoras: manipulação do preço de revenda

O contrato de distribuição de bebidas tem sua razão de existência sob dois aspectos: o primeiro, pela necessidade de investimentos por parte do fornecedor na tarefa de escoamento da sua produção ao consumidor final; o segundo, na obtenção, pelo distribuidor, do maior lucro possível (maior margem de comercialização) na revenda continuada dos produtos ao consumidor final.

Diante deste contexto, pode surgir a situação em que o distribuidor, por sempre querer aumentar o seu lucro o quanto mais possível, ao invés de diminuir suas despesas, repasse sempre esse aumento ao preço final do produto, o que pode facilmente provocar uma imediata refutação pelos consumidores, refletindo, assim, na queda dos índices de venda e aceitação do produto no mercado, sendo piores as conseqüências quando o segmento possua acirrada concorrência entre marcas.

Decerto, nesta circunstância a estratégia lançada pelo distribuidor acabaria por prejudicar não só sua atividade, mas também a própria fornecedora, que teria o seu produto rejeitado no mercado por fatores estranhos aos seus atos.

Pensando em implicações desta natureza, geralmente são encontradas nos contratos de distribuição de bebidas cláusulas que obrigam ao distribuidor revender o produto pelo preço pré-fixado em tabela pela fornecedora. Doutro modo, pode ocorrer que o fornecedor de bebidas estipule um limite máximo de preço de revenda, atribuindo uma certa discricionariedade ao distribuidor sob este ponto de vista.

Tais justificativas até legitimariam o exercício da cláusula de observação do preço de revenda pelo concessionário, mas, assim como toda *posição subjetiva jurídica*, seu exercício está sujeito aos limites previstos no artigo 187 do NCC, além dos parâmetros específicos para a constatação do abuso nos contratos de distribuição, referentes à análise da *eficiência jurídica*⁵⁷ do contrato.

Com efeito, a estipulação do preço de revenda deverá manter uma proporcionalidade entre a conquista do mercado e a integridade financeira da distribuidora. Não se pode permitir que o preço de revenda pré-estabelecido torne impraticável, principalmente em razão da redução da margem de comercialização, a atividade mercantil pelo distribuidor, frustrando, desta sorte, a função social do contrato⁵⁸.

⁵⁷ Vide item 4.3.

⁵⁸ Sobre a função sócia do contrato: "Trata-se, portanto, de um movimento claro e sistemático na direção da correção das distorções sociais, de uma tentativa de reduzir as desigualdades e propiciar ao juiz mecanismos para que possa, da melhor maneira possível, buscar a realização da justiça." (REsp 691738/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.05.2005, DJ 26.09.2005 p. 372)

Compelir o distribuidor a praticar o preço de revenda estipulado pelo fornecedor exige, impreterivelmente, a análise das *eficiências econômica e jurídica* da medida, de forma que as estratégias mercadológicas traçadas pelo fornecedor não tenham o seu fim desproporcionalmente superposto aos interesses legítimos do distribuidor, dentre eles principalmente a obtenção do seu lucro pela revenda, albergado na boa-fé objetiva e na função social do contrato.

Não é o fato desta cláusula contratual normalmente se apresentar de forma potestativa que irá dotar-lhe de exercício ilimitado e absoluto, posto que a sua prática de maneira despropositada e desproporcional ao sacrifício financeiro realizado pelo distribuidor é plenamente combatido pela teoria do abuso, tornando ilícito o exercício, nestas condições, do direito decorrente da previsão contratual.

4.8 Pagamento de verbas com propaganda

O contrato de distribuição de bebidas é marcado pela necessidade de cooperação mútua dos contratantes para a consecução de resultados cada vez mais recompensadores a ambas as partes, isto se diz em função dos contratantes possuírem um único fim comum, qual seja, a obtenção de lucro através do escoamento de um produto fabricado por uma parte e revendido por outra.

De mais a mais, já foi ressaltado que os contratos de distribuição encerram em sua formalização um conjunto de outros pactos típicos, tais como locação,

comodato, e outras obrigações acessórias, que juntamente com a causa principal formam uma só relação contratual de natureza *mista*⁵⁹.

Diante desta lógica, é cada vez mais freqüente a imposição, por parte do fornecedor de bebidas, mormente em função da sua superioridade econômica, da obrigação ao distribuidor de pagamento de cotas publicitárias, através da formalização do pacto acessório geralmente denominado 'Instrumento particular de Constituição de Participação de Conta Publicitária e Cooperativa.'

Pode-se até conceber que o distribuidor e fornecedor possuam interesse recíproco na venda da marca, contudo, isto não legitima ao segundo repassar ao primeiro os custos da sua produção e da consolidação da sua marca no mercado, ainda que isto venha a beneficiar ao distribuidor, posto que poderá aumentar o volume de revenda dos produtos.

Caso fosse levada à risca a utilização desta teoria dos investimentos e proveitos recíprocos, estar-se-ia admitindo o fornecedor poderia, por exemplo, repassar a sua rede de distribuidores os custos da utilização de uma nova embalagem da bebida, já que isto também poderia, em potencial, aumentar a venda da marca.

⁵⁹ Vide item 2.2.3.

Portanto, há de concluir que o pagamento de quota publicitária por parte dos distribuidores consiste em ônus indevido suportado, posto que reflete um repasse de custos por parte do fornecedor, e, assim, mitiga a função social do contrato e a boa-fé, já que desnatura a lealdade comercial entre as partes pela imposição de um ônus indevido.

4.9 Do abuso da dependência econômica

Todas as hipóteses anteriormente referidas estão intrinsecamente atreladas à dependência econômica do distribuidor perante o poderio econômico da empresa fabricante e fornecedora de bebidas responsável pela dominação do mercado brasileiro neste seguimento.

Com efeito, dificilmente se acreditaria na estipulação de cláusulas tais como a possibilidade de vendas diretas, a fixação do preço de revenda, a determinação de estoques mínimos, senão em um contrato em que uma das partes exerce uma subordinação econômica sobre a outra capaz de impor tais previsões contratuais.

A dependência econômica reflete um estado de aceitação das imposições contratuais de forma irrecusável por parte do distribuidor. Veja-se um exemplo que ilustra esta situação.

Como sabido, o contrato de distribuição de bebidas exige do distribuidor uma série de investimentos que somente serão repostos no decorrer da execução do contrato, principalmente levando-se em consideração a sua longa duração. Nesse contexto, digamos que o fornecedor determine contratualmente a quebra de exclusividade da região, de modo a inserir mais um distribuidor naquela zona antes abrangida por uma só distribuidora. Ora, à concessionária prejudicada somente restará duas alternativas: ou não aceita a imposição e motiva o fornecedor a romper unilateralmente o contrato, do que só lhe buscar a manutenção do contrato nos termos do artigo 473 do NCC; ou se submete à imposição abusiva e suporta a lesão proveniente dela.

Diante disto, diz-se que a análise do abuso de dependência econômica é a matriz para a constatação do abuso no exercício de qualquer prerrogativa jurídica na execução do contrato.

Sucedem que a hipocrisia não pode tomar proporção ao ponto de suplantar uma certa naturalidade desta dependência econômica, posto que advém da essência do capitalismo regente das atividades comerciais hodiernas.

Todavia, tal fato não legitima a imposição indiscriminada de cláusulas por parte do fornecedor de bebidas (tal como a imposição da quebra de exclusividade mencionada anteriormente), muito menos o seu exercício e modificação de forma

abusiva, desconsiderando os reflexos que tais atos irão provocar na estrutura da empresa distribuidora.

Este contexto nos remete ao estudo das *posições jurídicas potestativas* que usualmente são estipuladas e exercidas pelo detentor do maior poderio econômico, no caso, o fornecedor de bebidas, ao impor ao distribuidor, de acordo com a sua (fornecedor) mera conveniência ou desejo, alguma obrigação.

O artigo 122 do Código Civil nos revela que são ilícitas todas as condições que se sujeitaram ao livre arbítrio de uma das partes. Isto é o que se denomina na doutrina⁶⁰ de cláusula *puramente potestativas*, cujo exercício fica condicionado ao livre arbítrio de uma das partes, e, de acordo com o retro mencionado artigo, são ilícitas, e, portanto, nulas de pleno direito.

Contudo, isso não impede que os fornecedores consigam exercer seu poder econômico na formação e execução das cláusulas contratuais, que podem se revestir de natureza *meramente potestativa*, consideradas pela doutrina como válidas, consoante nos esclarece Forgioni (2005, p. 422) apud Washington de Barros Monteiro, para quem as cláusulas deste tipo somente se revelam lícitas e exercíveis discricionariamente pelo contratante caso exista a dependência da ocorrência de uma determinada circunstância no contexto contratual.

⁶⁰ Forgioni (2005, p.421) apud Carvalho Santos.

Portanto, restará configurado o abuso da dependência econômica no contrato de distribuição de bebidas quando o exequente da pujança econômica a utilizar com vistas a estipular cláusulas que lhe confirmem vantagens egoísticas e de forma desproporcional ao prejuízo sofrido pelo dependente econômico, provocando-lhe lesão (artigo 157 NCC) bem como possam ser exercidas ao seu livre arbítrio, ou seja, possuindo natureza de potestatividade pura.

4.10 Do abuso do direito na extinção do contrato de distribuição de bebidas.

Por se tratar de um contrato onde regra geral ocorre a prevalência da pujança econômica, normalmente decorre a extinção do contrato de distribuição de bebidas de forma unilateral, por força da vontade do fornecedor e de forma abrupta, normalmente motivada por estratégias concorrenciais ou por imposições não aceitas pelas distribuidoras de bebidas, fato que revela naturalmente a possibilidade de ocorrência de lesão por abuso do direito de extinguir a avença.

É importante ainda considerar que por se tratar de um *contrato de duração*⁶¹, cujos fins esperados pelas partes exigem prazo suficiente para se concretizarem, não se resumindo a sua execução em um único ato, “mas em atos sucessivos que se protraem no tempo⁶²”, a distribuição de bebidas exige dos distribuidores muitos

⁶¹ Sobre o elemento temporal no contrato de distribuição tecemos algumas considerações no item 2.1.5.

⁶² Humberto Theodoro Júnior e Amanda Mandim Theodoro Júnior (2004, p.10) apud Orlando Gomes.

investimentos em pessoal e logística, geralmente impostos pelos fornecedores, o que reflete a parcimônia e boa-fé necessária para a extinção contratual.

Decerto, a autonomia privada legitima a qualquer pessoa desvincular-se da avença contratual que não mais lhe importe vantagem, desde que observados os parâmetros previstos em lei ou na própria fórmula contratual redigida para regulamentar esta fase do contrato. Ora, é natural que se entenda como justa a manifestação de vontade de uma das partes no sentido de não mais se interessar na continuidade da relação jurídica contratual, sendo inviável e motivadora da insegurança jurídica a perpetuação do cumprimento das prestações recíprocas às quais se obrigaram às partes na formulação da avença, o que importaria em escravidão da autonomia privada frente à lei rezada pelas partes no pacto.

Por isto, é de se esperar legitimamente a extinção dos contratos, o que pode ocorrer de forma pré-estabelecida, dentre outras formas através do transcurso de determinado prazo, ao que se denomina *contrato por prazo determinado*, ou pelo livre arbítrio de uma das partes, sem estipulação de termo *ad quem*, o intitulado *contrato por prazo indeterminado*.

Estudando estas qualificações sob a luz do contrato de distribuição de bebidas, cumpre consignar que apesar deste se tratar que de um contrato de duração, tal como referido anteriormente, com a estipulação de projeções obrigacionais de

caráter diferido e a longo prazo, geralmente é imposto pela parte fornecedora a sua extinção por *prazo determinado atrelado à possibilidade de renovação tácita*, muito embora já se tenha demonstrado em tópico específico⁶³ as particularidades desta cláusula.

Diz-se, então, ser exceção a existência de contratos de distribuição de bebidas por prazo *formalmente* indeterminado: com efeito, as prorrogações tácitas normalmente ocorridas nos contratos por prazo determinado conferem-lhe o *status* de contrato com prazo *materialmente* indeterminado, conforme rezou o Tribunal de Justiça do Paraná, na apelação 16519⁶⁴, onde se entendeu que “Se a cláusula contratual previu antes uma prorrogação por igual período, obviamente que, chegado a seu termo tal prazo, houve prorrogação da vigência do contrato por prazo indeterminado.”

Vistas estas considerações, passa-se a analisar a extinção do contrato de distribuição de bebidas de acordo com a disciplina da sua duração, o que revelará a potencialidade desta última fase resultar normalmente em indenização por perdas e danos em função do abuso do direito de extinção da avença.

4.10.1 Contratos por prazo determinado

⁶³ Item 2.1.5.

⁶⁴ TJPR, Ap. 16519, 3ª C. Cív., Rel. Des. ROSENE ARAO DE CRISTO, AC 21.02.2000, *JUIS – Jurisprudência Informatizada*, n. 29.

No que se refere ao contrato de distribuição por prazo determinado, as partes já pré-estabelecem quando se dará o final da relação contratual, razão pela qual operado o lapso temporal previsto não há de se falar em qualquer anormalidade na extinção do contrato.

Todavia, não raramente pode ocorrer de uma das partes se manifeste no sentido de resilir por força de eventual descumprimento de cláusulas contratuais por parte da outra, situação que reflete a redação o artigo 475 do NCC e se apresenta, desta forma, esvaziada de qualquer ilicitude.

O problema surge quando a rescisão ocorre de maneira imotivada, ou seja, sem qualquer justificativa para ensejar o término da relação contratual, o que redundaria em abuso de direito pela parte, em função do desrespeito ao princípio da confiança refletido na boa-fé contratual.

Humberto Theodoro Júnior e Amanda Mandim Theodoro Júnior (2004, p.24) nos informa que a jurisprudência estrangeira, em compasso com a nacional, vem mitigando a possibilidade de exercício absoluto do direito de resilir o contrato de forma unilateral, *verbis*:

Pode-se resumir as tendências do direito francês, que muito se aproximam daquelas seguidas também pela jurisprudência brasileira, na afirmação de que a não-continuidade da concessão, por iniciativa do concedente, dentro do termo do contrato e da lei, não representa fonte do dever de indenizar, em favor do concessionário. Haverá tal reparação apenas quando a conduta ou concedente estiver contaminada de ilegalidade ou ofensa às regras contratuais, ou, ainda, quando se

caracterizar como abuso de direito.” (sublinhados inexistentes no original).

Se a parte se encontra insatisfeita com a avença contratual, em particular a de natureza comercial, deve obedecer às premissas contratuais e legais que regulam a extinção contratual, que normalmente resume-se na obrigatoriedade da notificação prévia e suficiente para que a outra parte não suporte danos com a extinção abrupta da avença, sem olvidar da disciplina do artigo 473, parágrafo único do NCC, que impõe prazo razoável para a cessação da execução do contrato, o que merece atenção especial haja vista os altos custos em investimentos⁶⁵ que demandam a atividade de distribuição de bebidas.

Ora, a parte que pretende resilir o contrato não pode se evadir da observância cogente do princípio da boa-fé e dos parâmetros da lealdade contratual, decorrentes do artigo 187 do NCC, ainda que isto venha a lhe custar perdas significantes, cujos riscos foram assumidos desde as negociações preliminares à formalização do contrato, e, portanto, legitimamente esperadas.

Nestes casos, se for constatado o abuso do direito de resilir, geralmente exercido pelo fornecedor, com espreque no seu poderio econômico, deverá a parte prejudicada ser indenizada com o pagamento de valores pecuniários que

⁶⁵ Só para se ter uma idéia, normalmente se encontram nos contratos de distribuição de bebidas a obrigatoriedade do distribuidor constituir uma rede de transportes, adquirir determinados softwares específicos, uniformizar, em padrões de pintura e marketing, toda a sua estrutura física e pessoal, adquirir estoques mínimos de bebidas, no que se incluem vasilhames de bebidas, dentre outros investimentos.

compensem as perdas decorrentes da extinção do contrato, consoante será detalhado no tópico 5.

De mais a mais, é imperioso destacar uma situação em específico que normalmente ocorre nos contratos de distribuição de bebidas por prazo *formalmente determinado*.

Sucedem muitas distribuidoras, ainda em meados da década de 70 (setenta), firmaram seus contratos de distribuição de bebidas com as principais fabricantes nacionais da época, hoje reunidas em um único grupo econômico, sob a denominação de Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

Os prazos destes contratos eram determinados, de um a cinco anos, dependendo da conveniência contratual, mas sempre condicionados a uma renovação tácita acaso não exercida a denúncia em determinado lapso temporal antes do esgotamento do prazo de vigência previsto contratualmente.

Esses contratos geralmente foram sendo renovados sucessivamente de forma tácita, vindo a relação contratual se prolongar durante décadas⁶⁶, demandando, desta forma, constantes investimentos por parte do distribuidor de bebidas, bem

⁶⁶ Vê-se, por exemplo, o caso julgado pelo TJPR na apelação cível 0176131-7 - 12ª C.Cív. - Rel. Des. Ivan Bortoleto - J. 15.03.2006, onde a relação contratual se perdurou por mais de 20 (vinte) anos.

como legitimando, a cada renovação, uma próxima a ocorrer no término do lapso temporal já renovado, ante a reiterada intenção do distribuidor em manter a avença.

Imagine-se, pois, que após a décima renovação tácita ocorrida, o fornecedor pretenda unilateralmente romper a avença, sem que possibilite ao distribuidor reaver os investimentos realizados com vistas à continuidade da relação contratual legitimamente esperada. Estar-se-á diante de um típico caso de abuso de direito, pelo exercício, por parte do fornecedor, do *venire contra factum proprium*, o qual impõe à parte o dever de não frustrar a *confiança* imposta à outra parte a partir da prática reiterada de determinado comportamento por si praticado.

Com efeito, o fornecedor fez criar a legítima expectativa, por parte do distribuidor, da continuidade do contrato e do retorno dos investimentos por si realizados, o que não irá conceber a perpetuação do contrato, mas sim com a duração que razoavelmente pode-se esperar para a consecução dos objetivos até então firmados.

Sobre o tema, Forgioni (2005, p.492) *apud* Paulo Mota Pinto, expõe, verbis:

A renovação tácita de um contrato de longa duração (por exemplo, de fornecimento, de agência, ou de concessão), por sua vez, pode, mesmo não existindo cláusula nesse sentido, resultar da ausência de qualquer declaração de denúncia para o termo do prazo, acompanhada da execução, ou, ainda antes do termo do contrato, da prática de actos que pressuponham 'com toda a probabilidade' o seu prolongamento para além do termo fixado inicialmente.

Nestes termos, O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 95.052, considerou abusivo o rompimento unilateral da avença antiga “sem pré-aviso, de maneira intempestiva, ou com prazo insuficiente.”⁶⁷

Na mesma linha, transcreve-se trecho da ementa do julgamento no TJPR da apelação cível 16519⁶⁸:

Tratando-se de contrato de distribuição de longa e ininterrupta duração, não pode a parte concedente, a quem não mais interessava o seu prosseguimento, furtar-se do dever de responder pelos danos sobrevividos à concessionária pelo rompimento unilateral da avença, sob pena de fazer tábua rasa do princípio geral da boa-fé informador das relações contratuais, dos próprios textos legais e também de soluções proeter legem, nos casos omissos.

Pelo exposto, pode-se concluir que, nos contratos de prazo determinado, deve o contratante que pretende romper a avença exercer o seu direito sem que isto venha ensejar perdas por parte do outro contratante, o que será evitado através da observação de expedição de notificação prévia e com prazo suficiente para que o distribuidor possa reaver os investimentos realizados para a atividade de revenda exclusiva dos produtos do fornecedor, sem olvidar ainda dos parâmetros da boa-fé, confiança a lealdade contratual advindos do artigo 187 do NCC, bem como demais

⁶⁷ CONTRATO DE CONCESSÃO MERCANTIL. A RESCISÃO DO CONTRATO PELO CONCEDENTE É DE TER-SE COMO ABUSIVA, SE ELE ROMPE UNILATERALMENTE A AVENÇA, SEM PRÉ-AVISO, DE MANEIRA INTEMPESTIVA, OU COM PRAZO INSUFICIENTE, DIANTE DA ANTIGÜIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA, SEM QUE NADA, NA CONDUTA DO CONCESSIONÁRIO, JUSTIFIQUE TAL MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. A CULPA DO CONCEDENTE ABRE OPORTUNIDADE AO CONCESSIONÁRIO DE PEDIR REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS QUE SOFREU ...(...)... RE NAO CONHECIDO." (STF, RE 95.052, 1ª T., rel. Min. Néri da Silveira, DJU 05.09.86)

⁶⁸ TJPR, Ap. 16519, 3ª C. Cív., Rel. Des. ROSENE ARAO DE CRISTO, AC 21.02.2000, *JUIS – Jurisprudência Informatizada*, n. 29.

cláusulas contratuais que imponham deveres à parte para que possa ser realizada a extinção da relação contratual.

4.10.2 Contratos por prazo indeterminado

Diferentemente do contrato por prazo determinado, a extinção do contrato por prazo indeterminado dá-se, via de regra, pela manifestação unilateral ou bilateral das partes: a primeira modalidade refere-se à denúncia, que pode ser imotivada (art. 473 do NCC) ou motivada (art. 474 do NCC); a segunda ao distrato.

Nesta espécie de contrato, ao que parece o exercício do direito de ruptura contratual ocorre com grau acentuado de legitimidade, posto que encontra baliza no postulado de que as obrigações não devem se prostrar no tempo, de forma a afastar-lhe o caráter vitalício.

Neste sentido, Forgioni (2005, p. 451) apud Darcy Bessone expõe que a “indeterminação do tempo de duração do contrato ocasionaria a permanência infinita do vínculo, se não fosse facultado a qualquer das partes, através do *ius poenitendi*, desligar-se, quando lhe aprouvesse.”

Contudo, justamente em função desta densa legitimidade no exercício do direito de ruptura contratual, é que o contrato por prazo indeterminado torna-se ainda mais suscetível de ter sua extinção motivada unilateralmente de forma abusiva.

Talvez por isto que o anteprojeto do Código Europeu de Contratos, mencionado por Mello (2001, p. 104), em seu art. 57 venha a rezar que “Se nos contratos de execução contínua ou periódica as partes não fixarem termo final, cada uma delas pode por fim ao contrato através de uma comunicação endereçada à outra parte, concedendo-lhe um aviso prévio que seja conforme à natureza do contrato, aos costumes, ou à boa-fé.”

Impondo regulamentação a esta casuística, a jurisprudência⁶⁹ pátria vem se firmando no entendimento de que para o exercício legítimo da ruptura unilateral imotivada nos contratos de prazo indeterminado, o que pressupõe de plano a atenção à boa-fé, à confiança, à lealdade contratual, aos bons costumes e à função social do contrato, deverá o denunciante notificar o denunciado, outorgando-lhe prazo para a cessação da atividade desempenhada compatível com a natureza e o vulto dos investimentos, nos termos do artigo 473 do NCC.

Logo, para que seja afastado o abuso no rompimento unilateral imotivado do contrato deve ser garantido prazo suficiente para que o distribuidor possa redirecionar suas atividades, o que pode se dá, por exemplo, com a sua inserção e adaptação no mercado distribuidor de produtos de outra natureza, sem olvidar da possibilidade de recompor os investimentos realizados em prol da marca do

⁶⁹ *Ex vi* Apelação Cível 104.281-4/4-00, TJSP, julgada em 24.10.2000; REsp 39.761-8, STJ, julgado em 04.03.1999; REsp 114.421, STJ, julgado em 23.04.1997;

fornecedor, através, por exemplo, da venda dos produtos adquiridos exclusivamente para a execução do contrato de bebidas, v.g. engradados e vasilhames.

Contudo, existem ainda custos que não são suscetíveis de recuperação com a extinção unilateral e imotivada da avença, dentre os quais podem ser citados os investimentos em treinamento pessoal, pintura em fachadas e caminhões da logomarca da fornecedora de bebidas, adaptações físicas em seu ponto comercial, que, de uma forma ou de outra, também devem compor o rol de indenizações acaso seja constatado o exercício abusivo do direito de romper o contrato por prazo indeterminado de forma imotivada e unilateralmente.

Neste contexto, é importante lembrar que a denúncia unilateral também pode ocorrer de forma motivada, vindo o fornecedor de bebidas a suscitar o descumprimento de certa cláusula contratual por parte do distribuidor, o que afasta a aplicação do artigo 473 do NCC, sendo então indevida a concessão de prazo para cessação dos atos de execução do contrato de acordo com o *vulto dos investimentos* ditados no retro mencionado dispositivo legal.

Tal fato, muito porém, não afasta a possibilidade de que surja o abuso no exercício do direito de resolver imediatamente o contrato, como reza do artigo 474 do NCC.

Isto se diz em função da particular característica do contrato de distribuição de bebidas, que, assim como todo contrato de distribuição, encerra em sua essência a necessidade de *colaboração* de ambas as partes para a consecução do fim econômico do pacto firmado. Explica-se: de um lado deve o fornecedor de bebidas possibilitar ao distribuidor revender os produtos de alta qualidade, de forma que possa da operação de revenda a margem de comercialização compatível com o vulto dos investimentos necessários para a execução desta atividade mercantil e obtenção de lucro; de outro, o distribuidor possibilita ao fornecedor o melhor escoamento dos seus produtos e, por muitas vezes, a consolidação da marca na região de exclusividade concedida, sem que haja a necessidade do concedente investir altos valores nesta etapa da vida mercantil do produto.

Por este motivo, por muitas vezes os fornecedores denunciam o contrato de forma motivada, vindo a locupletar-se de todo o trabalho desenvolvido pelo distribuidor para a consolidação da marca naquela determinada região, ou até mesmo, no país, o que freqüentemente ocorre quando empresas estrangeiras procuram inserir seus produtos no mercado nacional e concedem exclusividade nacional a determinado concessionário de bebidas, que, por sua vez, implementam toda uma rede de distribuição e adquirem a fidelidade de consumidor, esta que acaba vindo a ser repassada ao fornecedor na extinção do contrato.

Nesses casos a doutrina nacional vem invocando a aplicação dos artigos 884 e 885 com vistas a reprimir o enriquecimento ilícito causa por parte do concedente e denunciante.

Neste sentido, Forgioni (2005, p. 482), citando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da apelação cível 122.337-4/2-00, comunga do entendimento de que não é juridicamente aceitável que o fornecedor, “tendo transferido a totalidade ou parte dos custos inerentes à distribuição a outro agente econômico, aproprie-se do resultado (=mercado conquistado, aumento da força da marca e outros benefícios) à ‘custo zero’.” Complementando que (p. 485) *“do rompimento unilateral do contrato de distribuição, ainda que motivado, não pode resultar a apropriação do trabalho e dos investimentos do distribuidor pelo fornecedor, sem que aquele receba a devida compensação.”*

Explica que, de acordo com os artigos 884 e 885 do NCC deve se tido como ilícito o proveito econômico angariado por uma parte sem que haja justa causa para tanto, ou que, existindo esta, seja cessada, salientando que a causa no contrato de distribuição consiste na cooperação existente entre os contratantes enquanto vigente o pacto, do que decorre o raciocínio de que uma vez extinta a avença, independentemente do seu motivo, é ilícita a apropriação, por parte do fornecedor do trabalho de fidelização da clientela realizado pelo distribuidor de bebidas, o que infringiria a boa-fé e lealdade contratual.

Conclui-se, desta maneira, que independentemente do prazo de vigência do contrato e da existência ou não de motivo para a sua extinção, pode ocorrer que o exercício de rompimento unilateral da avença, ainda que praticado dentro dos limites normativos legais e contratuais, possa ultrapassar as balizas éticas impostas pelo artigo 187 do NCC, legitimando, desta maneira, ao lesionado pleitear a compensação pelas perdas sofridas, matéria que será abordada no capítulo seguinte.

5. INDENIZAÇÕES DECORRENTES DO ABUSO DO DIREITO NA EXECUÇÃO E NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS

Em função contrato de distribuição, dentre eles o de bebidas, não estar disciplinado em nenhuma lei específica, é bastante amplo o rol de medidas compensadoras de perdas que podem ser direcionadas àquele de excede manifestamente os limites impostos pelo artigo 187 do NCC. Veja-se, por exemplo, que tal fato não ocorre com a concessão de venda com exclusividade de automóveis, posto que a Lei Ferrari (6.729/79), em seus artigos 23 a 25, disciplina qual a forma de indenização dos concessionários em caso de desrespeito às premissas contratuais ou legais.

O fato é que o abuso do direito, figurando como cláusula geral de limitação ao exercício lícito das *posições jurídicas subjetivas*, não particulariza quais as formas pelas quais a parte que sofrer danos, seja durante a execução do contrato ou na sua extinção, deverá ser indenizada, peculiaridade esta que possibilita ao julgador adequar da melhor maneira possível a tutela jurisdicional à compensação que deve ser franqueada ao prejudicado, nos exatos limites do artigo 944 do NCC.

Em virtude disto, a jurisprudência pátria mostra-se bastante atenta à necessidade de observação caso a caso⁷⁰ de quais as condenações importarão em melhor efetividade na compensação do dano sofrido pela parte contratual lesionada, razão pela qual não se encontra sedimentada na jurisprudência uma formula geral de indenização nos contratos de distribuição de bebidas, apesar de existir, ainda que de forma mínima, um norte para imposição da penalidade civil ao infrator da ordem jurídica.

Cumpre, pois, neste capítulo, trazer alguns esclarecimentos sobre quais as condenações mais freqüentemente são impostas aos fornecedores de bebidas pela prática de atos abusivos durante a execução do contrato e na sua extinção.

5.1 Pela prática de atos abusivos durante a execução do contrato

Consoante já ressaltado nos capítulos anteriores, o contrato de distribuição de bebidas é marcado por uma significativa dependência econômica do distribuidor perante o fornecedor, que pode de várias maneiras exercer sua pujança econômica para impor condições contratuais deveras desvantajosas à parte economicamente

⁷⁰ “Os contratos de distribuição, modernamente chamados de contratos de colaboração, até o advento do novo Código Civil, eram totalmente atípicos e resultavam da premente expansão econômico-industrial e da adoção sistemática de processos de terceirização no tráfico negocial. Contrato que pode se caracterizar pela superioridade do fabricante frente ao distribuidor, porquanto aquele detém o *know-how* sobre a matéria. Necessidade da análise pormenorizada de cada caso concreto, a fim de identificar eventual abuso de direito.” (TJRS - APC 70000945790 - 10ª C.Cív. - Rel. Des. Luiz Lúcio Merg - J. 02.10.2003).

mais vulnerável na relação jurídica contratual, bem como no exercício do direito de extinguir a avença sujeitar o distribuidor a prejuízos decorrentes dos altos investimentos realizados durante a vigência do contrato.

O fato é que, ainda que os abusos sejam cometidos durante a execução do contrato, certamente não se apresenta viável ao distribuidor demandar a indenização por esta prática durante a vigência do pacto, sob pena de inviabilizar a *cooperação* intrínseca ao contrato de distribuição, e até mesmo motivar um desconforto por parte do fornecedor, podendo levar à cessação do fornecimento de produtos, circunstância que iria provocar a perda de seus investimentos, razão pela qual normalmente os abusos cometidos durante a execução do contrato são objetos de pedidos de indenização quando da extinção da relação contratual, até mesmo por que na maioria das vezes dificilmente o abuso leva a outra consequência senão ao colapso da relação contratual.

Importante ainda ressaltar que os abusos cometidos durante a execução do contrato de distribuição podem decorrer não só da ultrapassagem dos limites previstos no artigo 187 do NCC, mas também dos óbices impostos pela legislação antitruste, em específico a lei 8.880/94 (artigos 20 e 21), pela qual pode ser caracterizado o abuso de poder econômico, perfeitamente aplicável à relação existente entre fornecedores e distribuidores de bebidas, haja vista os evidentes aspectos concorrenciais inerentes a esta prática mercantil.

Quais seriam então as indenizações decorrentes do abuso do direito diante a execução do contrato?

Com efeito, esta questão não possui uma única resposta, já que dependerá do tipo de prática abusiva realizada pelo fornecedor e da lesão sofrida pelo distribuidor.

Citemos então alguns exemplos.

Geralmente a prática abusiva mais comum observada nos contratos de distribuição de bebidas é a invasão da área de exclusividade pelo fornecedor, seja através da inserção de novos distribuidores ou pela prática de venda direta, vindo a provocar a perda de mercado da concessionária e a sua conseqüente derrocada.

Nestes casos, a jurisprudência brasileira vem apontando pela condenação do fornecedor ao pagamento de comissões sob a forma de percentual do lucro obtido pela fornecedora pela prática abusiva da venda direta, senão veja-se trecho de acórdão em apelação cível 0176131-7, julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:

“Condena-se a recorrida, mais, em indenização decorrente da invasão de área, pois embora os contratos firmados garantissem a exclusividade da distribuição de produtos pela recorrente na região geográfica neles delimitada, apurou-se a ocorrência de vendas diretas pela fábrica, a preços inferiores, com violação do contrato e dos princípios da boa-fé e da lealdade comercial. A conduta predatória da concedente constitui verdadeira concausa do declínio das vendas da distribuidora, ensejando o dever de indenizar os prejuízos materiais efetivamente suportados. Fixa-se a indenização no valor equivalente ao das comissões que seriam auferidas pela apelante com as vendas efetuadas

dentro de sua área de distribuição, durante toda a contratualidade.

Como bem gizou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, num de seus brilhantes arestos: "...Aquele que indevidamente recebe um pagamento, sem justa causa, tem o dever de restituir, uma vez que o ordenamento jurídico positivo não tolera o locupletamento indevido de alguém em detrimento de outrem. Essa proibição, aliás, também repousa na moral..." (TJPR - AC 0176131-7 - 12ª C.Cív. - Rel. Des. Ivan Bortoleto - J. 15.03.2006)

Seguindo esta mesma linha de entendimento, o Des. Luís Augusto Coelho Braga, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu, em caso semelhante onde praticou-se a venda direta pela fornecedora, que seriam as "Comissões devidas face à ingerência na área da distribuidora, trazendo-lhe prejuízos."⁷¹ (TJRS - APC 70004017729 - 9ª C.Cív. - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - J. 22.10.2003)

Outra prática abusiva visualizada em demandas judiciais sobre distribuição de bebidas, consiste na utilização de preços diferenciados pelos fornecedores que venha provocar a concorrência desleal, seja através da facilitação na compra dos produtos por distribuidoras localizadas na mesma região de exclusividade ou limítrofes da sacrificada, seja por meio da prática de preço diferenciado na venda direta⁷².

⁷¹ TJRS - APC 70004017729 - 9ª C.Cív. - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - J. 22.10.2003.

⁷²"Rescisão contratual-cláusula abusiva de restrição à área de atuação, trazendo prejuízos à distribuidora que angariou clientes, perdendo-os em vista do abuso econômico praticado pela ré, vendendo produtos mais baratos." (TJRS - APC 70004017729 - 9ª C.Cív. - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - J. 22.10.2003)

Constatada esta prática, deve ser o fornecedor condenado ao pagamento das diferenças de preços utilizados durante a vigência do contrato, conforme decidido na apelação cível 2004.001749-7, julgada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em 20.09.2005.

De mais a mais, cumpre expor o entendimento de que, em que pese a lei Ferrari se restrita à disciplina do contrato de distribuição de automóveis, não se apresenta juridicamente inconveniente a possibilidade da aplicação dos seus artigos 21 a 23, que tratam das indenizações decorrentes do desrespeito contratual, aos contratos de distribuição de bebidas, na medida em que tal subsunção iria, dependendo do caso, possibilitar ao provimento jurisdicional adequar da melhor maneira possível a medida compensatória ao prejuízo suportado pela concessionária, em atendimento ao artigo 944 do NCC.

5.2 Pela prática de abuso no direito de extinguir o contrato

Ademais, em sendo visualizado o abuso na extinção do contrato de distribuição de bebidas, consoante analisado no ponto 4.10, deverá o fornecedor suportar condenações com o escopo de evitar a lesão ao distribuidor prejudicado, basicamente referente aos investimentos realizados durante para a execução do contrato.

Nesta seara, adotamos a classificação dos custos de investimentos recuperáveis e irre recuperáveis apresentada por Forgioni (2005, p. 473), sendo os

primeiros passíveis de aproveitamento pela venda ou redirecionamento para outra atividade, diferentemente dos últimos.

Cite-se como exemplo destes a clientela que se tornou fiel ao produto do fornecedor em função da atividade de distribuição desenvolvida pelo 'concessionário de bebidas'. Este investimento não pode ser mais reaproveitado pelo distribuidor após cessado o contrato, o que não ocorre com o fornecedor, que continuará obtendo vantagem mesmo após a cessação da causa justa para tanto, ocasionando o enriquecimento ilícito por sua parte, nos termos dos artigos 884 e 885 do NCC.

Nesse sentido, destaque-se que deverá o fornecedor pagar indenização ao distribuidor pela clientela por este formada, conforme decidido no EI na Ap. 14.412-1, julgado em 22.06.1982, rel. Des. Evaristo dos Santos, publicado na *Lex* 79/251.

Igualmente insere-se nesta categoria o fundo de comércio formado pelo distribuidor, compreendidos nestes os aviamentos, custos com adaptações do estabelecimento para o fim econômico do contrato, armazéns, veículos, dentre outros investimentos em infra-estrutura para o desenvolvimento da atividade mercantil. Nesse sentido: "Encerrada a relação comercial, o valor desse fundo de comércio, que se formou em benefício do produtor, deve ser indenizado." (TJRS - APC 70004017729 - 9ª C.Cív. - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - J. 22.10.2003)

Também os gastos com as rescisões sem justa causa dos contratos de trabalho e encargos previdenciários decorrentes disto devem ser suportados pelo fornecedor, conforme decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, nos autos da apelação cível 2004.001749-7, julgada em 20.09.2005.

Aponte-se ainda que os gastos com propaganda divulgação da marca geralmente pagos através de uma quota publicitária pelo distribuidor ao fornecedor devem ser por este ressarcidos àquele, consoante decido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná⁷³, *verbis*:

Por outro lado, a rescisão unilateral sem justa causa pela concedente, tendo em vista a prova inequívoca dos autos em relação à contribuição da distribuidora no desenvolvimento de sua marca junto ao mercado, reveste de plausibilidade o pedido de ressarcimento dos valores que, durante o período de vigência contratual, esta gastou com publicidade e propaganda. Todavia, porque tais despesas serviram para fomentar o negócio em prol de ambas as litigantes, condena-se a recorrida na restituição de apenas metade dos valores comprovadamente despendidos com a verba de propaganda pela distribuidora, a serem monetariamente acrescidos dos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, desde a citação até a data do efetivo pagamento.

Com relação aos investimentos recuperáveis, temos a condenação do fornecedor a recomprar ou pagamento dos vasilhames e caixas plásticas utilizados pela distribuidora, neste sentido, *verbis*:

Indenizável, assim como a reposição de vasilhames vencidos. 4. Recompra de garrafas: os objetos adquiridos pelo representante comercial da representada

⁷³ TJPR - AC 0176131-7 - 12ª C.Cív. - Rel. Des. Ivan Bortoleto - J. 15.03.2006.

para correta execução do contrato de distribuição devem ser recomprados no término do negócio. O valor da recompra é o preço de mercado dos objetos na data da extinção do negócio devidamente atualizado pela variação do IGP-M e acrescido de juros legais desde a citação. (TJRS - APC 70004017729 - 9ª C.Cív. - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - J. 22.10.2003)

Tem-se ainda a condenação ao pagamento de danos sob o título de lucros cessantes em função do abuso da manifestação prévia da denúncia imotivada, pelo restante do prazo que se entenderia como razoável a cessação do contrato, o que foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 104.281-4/4-00, julgada em 24.10.2000, relatada pelo Des. Aldo Magalhães⁷⁴.

Utilizando-se parâmetro diverso para a quantificação dos lucros cessantes, cite-se trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná⁷⁵:

A título de lucros cessantes, inclusive em decorrência da invasão da área da distribuidora pela concessionária, condena-se a recorrida ao pagamento de indenização equivalente a 10% (dez por cento) do seu faturamento mensal médio dos últimos 03 (três) anos imediatamente anteriores à data da denúncia contratual, a ser paga por um período de 24 (vinte e quatro) meses, com correção monetária, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento, inclusive os relativos às vendas diretas realizadas pela apelada, na região de exclusividade da distribuidora.

Bem como do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁶

⁷⁴ Ainda neste sentido: Ap. 593.136.930-RS, julgado em 21.12.1993, relatado pelo Des. Adroaldo Furtado Fabrício, do TJRS; REsp 5.680, julgado em 13.11.1990, rel. min. Sálvio de Figueiredo, do STJ.

⁷⁵ TJPR - AC 0176131-7 - 12ª C.Cív. - Rel. Des. Ivan Bortoleto - J. 15.03.2006.

Além disso, tratando-se de contrato por prazo indeterminado, deve incluir indenização correspondente o lucro médio mensal que deixou de auferir nos doze meses seguintes à extinção da concessão, descontando-se apenas o período de três meses da antecipação da tutela.

Estas são algumas das indenizações passíveis de serem aplicadas em caso de constatação de abuso de direito na extinção do contrato de distribuição de bebidas.

⁷⁶ TJRS - APC 70004017729 - 9ª C.Cív. - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - J. 22.10.2003.

6. CONCLUSÕES

O presente trabalho se propôs a apontar os principais indicadores que pudessem informar uma identidade jurídica própria dos contratos de distribuição de bebidas. Para tanto foram expostas as principais características dos contratos de distribuição em geral, concluindo-se que são igualmente perceptíveis na distribuição de bebidas, que então passa a diferir de demais contratos de distribuição em função de particulares cláusulas inerentes ao mercado de bebidas, igualmente elencadas neste estudo.

Foi proposta uma análise do contrato de distribuição - gênero ao qual pertence a distribuição de bebidas -, comparando-lhe com demais figuras legalmente típicas e semelhantes existentes no direito pátrio, concluindo-se pela sua natureza de contrato *misto*, onde o fornecedor concede venda exclusiva dos produtos de sua marca ao distribuidor, o que aproxima o contrato de distribuição à concessão comercial com cláusula de exclusividade, espécie esta que encontra tipificação legal no ordenamento jurídico nacional (Lei Ferrari – 6729/79), mas que, entretanto não pode abranger aquela primeira, haja vista se referir ao mercado de veículos automotores.

Decerto, foi demonstrado que o contrato de distribuição não se confunde com a “distribuição” rezada no NCC no artigo 710, bem como, a despeito de não adquirir

tipicidade legal, possui elementos e características próprias que o tornam susceptíveis de identificação própria no estudo das relações contratuais, garantido-lhe, assim, tipicidade fática.

Com relação ao abuso do direito, foi trazido o suporte doutrinário necessário para concluirmos pela sua categoria própria de ilícito civil, não se confundindo com o ilícito previsto no artigo 186 do NCC, o que, entretanto, não lhe retira a possibilidade de repercutir no âmbito da responsabilidade civil, ensejando a condenação do sujeito que excede os limites trazidos pelo artigo 187 do NCC no exercício do direito, independentemente da análise de culpa ou dolo na prática da conduta abusiva. Ademais, constatou-se a possibilidade do exercício do direito ser limitado em qualquer relação jurídica contratual, em função da natureza de cláusula geral limitadora prevista no mencionado artigo 187.

Aplicando essas limitações nos contratos de distribuição de bebidas, foram expostas as possíveis causas, normalmente constatadas em demandas judiciais, de extrapolação da boa-fé e da função social dos contratos durante a execução e extinção dos contratos de distribuição de bebidas, decorrente, sobretudo, da dependência econômica fortemente presente nesta espécie contratual e exercida em função da pujança econômica do fornecedor.

Por fim, constatou-se a inexistência de fórmulas de indenização em caso de ocorrência de abuso de direito nos contratos de distribuição de bebidas, fato este

que proporciona ao julgador a possibilidade de moldar o provimento jurisdicional da melhor maneira com vistas a otimizar a compensação pelos danos suportados pela parte lesada.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Isabela Sampaio. *Regime Jurídico do Abuso de Direito à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.advogado.com.br/artigos/2003/isabelasampaioalves>> Acesso em: 22 abr. 2006.

BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6944>> Acesso em: 22 abr. 2006.

BOULOS, Daniel Martins. *Abuso do Direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

COSTA, Judith Martins. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: ALVES, José FIGUEIREDO; DELGADO, Mário Luiz (orgs.). *Questões controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007, vol. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: parte geral*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FORGIONI, Paula Andréa. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto e MELO, Adriana Mandim Theodoro de. *Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) – Regime do Novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial – indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*. Publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n.º 28 – Mar-Abr/2004, p. 119.

LOTUFO, Renam. *Código Civil comentado – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. I.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2000.

MATTIETTO, Leonardo. *Do abuso do direito: perfil histórico da teoria*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html>.

MELO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELO, Nenhemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Abuso de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 236, 29 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4914>>. Acesso em: 22 abr. 2006.

NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico*. In: ALVES, José FIGUEIREDO; DELGADO, Mário Luiz (orgs.). *Questões controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007, vol. 6.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*. Teoria Geral de Direito Civil. Vol. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra, 2000. Vol. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *A reforma do Código Civil: Repercussões na Administração Pública e no Controle Externo*. Disponível em: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/silvio_salvo.htm. Acesso em: 22 abr. 2006.