



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Felipe Ramos Ribas Soares

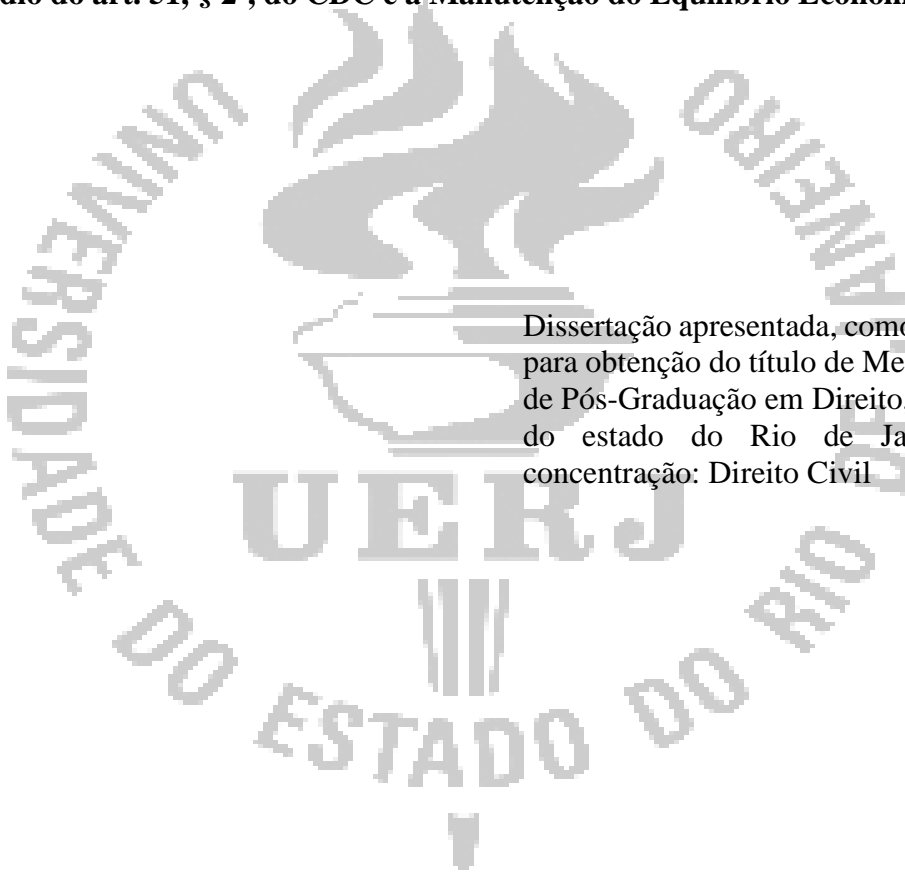
**O Abuso da Dependência Econômica nos Contratos de Distribuição: Aplicação do
Remédio do art. 51, § 2º, do CDC e a Manutenção do Equilíbrio Econômico do
Contrato**

Rio de Janeiro

2016

Felipe Ramos Ribas Soares

O Abuso da Dependência Econômica nos Contratos de Distribuição: Aplicação do Remédio do art. 51, § 2º, do CDC e a Manutenção do Equilíbrio Econômico do Contrato



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S676

Soares, Felipe Ramos Ribas.

O abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição:
aplicação do remédio do art. 51, § do CDC e a manutenção do equilíbrio
econômico do contrato / Felipe Ramos Ribas Soares. - 2016.
140 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Contratos de distribuição - Teses. 2. Abuso de direito - Teses.
3. Dependência – Teses. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Felipe Ramos Ribas Soares

O Abuso da Dependência Econômica nos Contratos de Distribuição: Aplicação do Remédio do art. 51, § 2º, do CDC e a Manutenção do Equilíbrio Econômico do Contrato

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil

Aprovada em: 16 de fevereiro de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof.^a Dra. Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
Faculdade de Direito - Universidade Federal de Juiz de Fora

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

Às minhas duas mães, em retribuição ao amor incondicional:
à Roseli (Mãe) e à D. Maria (“Mãe Velha”) *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

A apresentação dessa dissertação, como requisito para conclusão do mestrado é o encerramento de uma fase – mas não o término – de um objetivo distante iniciado ainda na graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, quando das primeiras lições e o despertar do interesse avassalador pelo estudo do Direito Civil. O fim dessa etapa merece o devido agradecimento a todos – e não foram poucos – que, direta ou indiretamente, participaram dessa empreitada.

À Deus, pela vida.

Ao Caíto, simplesmente, o melhor orientador que um mestrando pode ter. Sua gentileza incomparável, a disponibilidade de todas as horas, a calma e serenidade no meus momentos mais desesperadores, o tempero nas críticas sempre construtivas, a rapidez com que sempre se dispôs a me acudir e me indicar caminhos para os nós e dilemas durante a construção do trabalho, aliado a seu monstruoso conhecimento não podiam resultar senão nessa figura admirável. Obrigado pela atenção dispensada, pelas aulas do mestrado e por toda a sabedoria compartilhada.

Aos Professores que agora fazem parte dessa banca. À Professora Gisela Sampaio, à quem admirava de tempos pelas leituras dos brilhantes escritos e também por ter participado da qualificação do meu trabalho. Ao Professor Marcus Dantas, pelas lições preciosas e ilustradas pelo esbulhador desenhado no quadro, que me acompanharam durante o sétimo período da graduação na UFJF, e posteriormente pela eletiva cujo debate girava em torno do “*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*”. Mais que uma grande fonte de conhecimento, a disponibilidade para me auxiliar na leitura da bibliografia da prova do mestrado e a carta de recomendação concedida foram mais que essenciais para meu êxito nas provas. Agradeço por terem aceitado o convite para a composição desta banca avaliadora.

Aos Professores do mestrado da UERJ, em especial aos Professores Anderson Schreiber, Maria Celina Bodin de Moraes, Gustavo Tepedino, Milena Donato, Danilo Doneda e Carlos Affonso de Souza, pelos ensinamentos imprescindíveis para meu aprendizado do Direito. Aos funcionários da UERJ, em especial à Sônia Leitão pela incrível capacidade de encontrar a solução ideal para os problemas dos docentes.

À Professora Raquel Bellini de Oliveira Salles, pela monitoria, pelo grupo de pesquisa, pela orientação, pela “apresentação” do tema que veio a ser desenvolvido no presente trabalho,

pelo prazer de trabalhar em coautoria num seminário da UFJF, pelo exemplo de profissional a ser seguida, pelo apoio à minha continuidade na vida acadêmica, por todo o gigantesco conhecimento, do qual tive a oportunidade de desfrutar, meu sincero obrigado!

A todos aqueles que me acolheram na mudança para o Rio de Janeiro, obrigado pela gentil acolhida!

À equipe do escritório *Schreiber Domingues Cintra Lins e Silva – Advogados*, meu muito obrigado. Aos sócios, por enxergaram em mim potencial para fazer parte dessa seleta equipe, reiterando o especial agradecimento ao Professor Anderson Schreiber, fonte inesgotável de conhecimento e profissional admirável. Eduardo e Luan, obrigado pelo suporte dado nos momentos de ausência e aperto com o mestrado, pelas ideias e debates que foram imprescindíveis à construção deste trabalho. Ao Félix, pelas indagações relevantes e pela prontidão no auxílio da pesquisa bibliográfica.

Não poderia me esquecer da equipe do escritório *Maximiliano Neto – Advogados*. Obrigado pela paciência, pelo apoio à minha vida acadêmica, pela oportunidade, pelo convívio e pelas amizades feitas. À Zi, ao Fernando Maximiliano, ao Ricardo Moreira e ao Carlos Gutierrez, suas lições da advocacia e da vida foram e continuam sendo marcantes. À Larissa, pela amizade estreitada na cidade grande, embora sua origem advenha da UFJF. À Professora Isabela Gusman, ponte que me trouxe do estágio em seu escritório em Juiz de Fora à minha primeira oportunidade como advogado no Rio, obrigado.

Aos meus colegas de mestrado: Louise Vago Matielli, Luciana Mota e Vitor Almeida, pela chance de compartilhar a coautoria de textos com cada um de vocês! Ao Bruno Terra, Fabiano Magalhães, Thiago Souza, Eduardo Mendes, Paulo Lustosa, Rafael Sinay, Chiara de Teffè, Pedro Teixeira, Fernanda Nunes, Aline Valverde Terra, Fernanda Paes Leme, Eduardo Nunes, Gabriel Furtado, Marcos Póvoa, pelos debates acadêmicos e também pelos momentos de descontração durante esses dois anos.

Aos amigos que compartilharam comigo esse trajeto, agradeço pelo companheirismo e pelos momentos de descanso possíveis durante o curso do mestrado e, em especial, da elaboração da dissertação. Vinícius Jardim, Tiago, Fernando Kling, Madala, Renan, Zé, Kiko, Gusta e outros tantos, obrigado! À Tati “totoca”, apoiadora incondicional dessa trajetória, desde a entrada no grupo de pesquisa de Direito Civil, um obrigado individual aliado ao desejo de todo o sucesso na sua empreitada no Direito Processual Civil. Ao Jonas e à Laxmy deixo aqui meu especial agradecimento por manterem a porta aberta a um projeto que teve de ser parcialmente abortado em razão do meu ingresso no mestrado. Ao Pedro Paulo, psicólogo e grande amigo, obrigado pela confiança que me passa, pelo carinho e pela torcida. Ao lado desse

agradecimento aos amigos, fica também um sincero pedido de desculpas pela ausência e pelos “nãos” ditos em abdicação para o compromisso da academia.

À Carol, por ser a revisora dos textos, a minha agenda, a certeza da mansidão necessária para os momentos de aflição com a reta final dessa jornada, a ordem da minha desordem (ou seria o contrário?), entre outros, além de minha namorada, agradeço pelo carinho, cumplicidade e companheirismo demonstrado. Obrigado e, por enquanto, acabou!

À minha família, suporte essencial para o alcance desse objetivo. À Tia Sueli, pela gentileza de me conceder um teto no início dessa estadia no Rio de Janeiro. Pai, Vô, Vinição, irmãs, tios e primos, enfim, todos, obrigado pela confiança depositada e pelo carinho sempre demonstrado.

À minha avó, *in memoriam*, pelo fato de me apoiar, ainda que sem compreender ao certo o que seria um mestrado, e por todos os ensinamentos que me possibilitaram traçar essa jornada. Por fim, à minha mãe, pelo amor incondicional, mais intenso e mais verdadeiro que pode existir. Obrigado por tudo e perdão pela ausência.

Obrigado a todo que participaram dessa trajetória!

“todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites.”

Montesquieu

RESUMO

SOARES, Felipe Ramos Ribas. *O Abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição*: aplicação do remédio do art. 51, § 2º, do CDC e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. 2016. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A presente dissertação tem por objetivo estudar o abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição. Para tanto, busca-se identificar o contrato de distribuição sob a matriz tipológica, identificando a sujeição do distribuidor, comparando-o com o tipo de agência e de franquia que lhe cercam. Em seguida, a partir da perspectiva civil-constitucional, objetiva-se analisar as origens da dependência econômica, verificando-se os parâmetros de configuração do abuso da dependência econômica e rechaçando a utilização de critérios econômicos e protetivos do mercado para sua caracterização. Diante disso, o abuso do direito apresenta-se como instrumento apto a tratar do abuso da dependência econômica, dada a permissão para a análise funcional da situação subjetiva. Percorrendo os critérios propostos pelo art. 187 do Código Civil, em especial do fim social e econômico, visualiza-se que será abusiva a situação subjetiva que não corresponda à função (síntese dos efeitos essenciais) do contrato de distribuição, pela quebra da corresponsabilidade e do equilíbrio econômico do contrato. Por fim, diante da aferição do ato abusivo, analisam-se os remédios fornecidos do Código Civil para a tratativa do abuso da dependência econômica e, sob a perspectiva civil-constitucional, remete-se ao remédio do art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor como instrumento funcionalmente adequado à repressão do abuso da dependência econômica. Para tanto, traça-se o caminho para a identificação da *ratio* do remédio como instrumento de proteção do contratante em posição de inferioridade, de modo a permitir sua aplicação também nos contratos de distribuição.

Palavras-chave: Contrato de distribuição. Abuso da dependência econômica. Abuso do direito. Função. Equilíbrio contratual. Revisão contratual. Posição de inferioridade do contratante.

ABSTRACT

SOARES, Felipe Ramos Ribas. *The abuse of economic dependence in distribution contracts: application of remedy of the art. 51, paragraph 2, of Consumer Protection Code and economic balance of the contract.* 2016. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This thesis aims to study the abuse of economic dependence in distribution contracts. To do so, it seeks to identify the distribution agreement, under the typological matrix identifying the subjection of the distributor, comparing it to the type of agency and franchise surrounding him. Then, from the civil and constitutional perspective, the objective is to analyze the origins of economic dependency, verifying the parameters to the configuration of the abuse of economic dependence and rejecting the use of economic and protective market criteria for its characterization. In view of that, the abuse of rights is presented as an instrument able to deal with the abuse of economic dependence, given permission for functional analysis of subjective situation. Going through the criteria proposed by the art. 187 of the Civil Code, particularly the social and economic order, we understand as abusive the subjective situation that does not match the function (synthesis of the essential effects) of the distribution agreement, by virtue of the breach of correspondence and economic balance of the contract. Finally, on the occasion of the abusive act, we analyze the remedies provided by the Civil Code to deal with the abuse of economic dependence and, under the civil-constitutional perspective, we refer to the remedy of the art. 51, paragraph 2, of the Consumer Protection Code as a functionally appropriate instrument to the suppression of abuse of economic dependence. To do so, we path the way for the identification of the *ratio* ('reason') of the remedy, as a protection instrument of the party in an inferior position, so as to allow its application also in distribution contracts.

Keywords: Distribution Agreement. Abuse of economic dependence. Abuse of rights.

Function. Contractual balance. Contract review. Party in inferior position.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A OPERAÇÃO ECONÔMICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MERCADORIAS E O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO OU CONCESSÃO COMERCIAL.....	15
1.1 Alteração do sistema de escoamento da produção e os novos mecanismos contratuais que operacionalizam o processo econômico de distribuição.....	15
1.2 O contrato de distribuição ou concessão comercial e sua delimitação frente a figuras contratuais próximas	25
1.2.1 O contrato de distribuição ou de concessão comercial sob a perspectiva tipológica.....	26
1.2.2 <u>O contrato de distribuição frente ao contrato de franquia</u>	37
1.2.3 <u>O contrato de distribuição e o contrato de agência (ou representação comercial autônoma)</u>	39
2 A SITUAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E A QUALIFICAÇÃO DO ABUSO DA DEPENDÊNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO	44
2.1 As fontes da dependência econômica nos contratos de distribuição	44
2.1.1 <u>Relação contratual de longa duração: os investimentos específicos como caracterizadores da situação de dependência</u>	49
2.1.2 <u>Período de crise (conjuntura do mercado)</u>	54
2.1.3 <u>Dependência da marca famosa</u>	55
2.1.4 <u>Poder de compra</u>	57
2.2 Origem da discussão sobre o abuso da dependência econômica e sua (não) regulamentação específica no Brasil	58
2.3 O abuso da dependência econômica: eficiência do mercado e falta de alternativa razoável	68

2.4	O abuso do direito e o controle de merecimento de tutela com base no desvio funcional no exercício de uma situação subjetiva e a qualificação do abuso da dependência econômica	74
3	O REMÉDIO DA NULIDADE PARCIAL COM A REVISÃO DO CONTRATO E SUA APLICAÇÃO NA TRATATIVA DO ABUSO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA	91
3.1	Os remédios fornecidos pelo Código Civil e sua insuficiência	92
3.2	A aplicação do art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor como remédio corretivo ao abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição	102
3.2.1	<u>A fraqueza presumida do consumidor como fundamento do regramento protetivo do Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade</u>	105
3.2.2	<u>A fraqueza contratual para além do Código de Defesa do Consumidor e o caráter expansivo do seu regime protetivo do remédio da nulidade parcial para além do <i>status</i> de consumidor</u>	109
3.2.3	<u>Limites para aplicação do art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor na tratativa do abuso da dependência econômica</u>	118
	CONCLUSÃO	125
	REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

Qual o remédio aplicável no caso da verificação do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição ou de concessão comercial? Essa é a questão central que tentará ser respondida pelo presente trabalho.

Os contratos de distribuição¹ são de extrema relevância no atual quadro de relações mercantis em escala globalizada. O referido contrato se desenvolveu no contexto pós-Revolução Industrial, em que se modificou o paradigma da produção, permitindo que os fornecedores ampliassem as possibilidades de escoamento de sua produção, mediante a criação de uma cadeia comercial vertical, reduzindo seus custos e aumentando sua clientela². Em contrapartida, transfere aos distribuidores parte dos riscos dos negócios em razão da autonomia, ainda que limitada em parcela da sua liberdade por se submeter ao regramento contratual imposto.³

Verifica-se, assim, que tal contrato pressupõe um estado de sujeição do distribuidor ao fornecedor, de modo a ser entendida como a “*chave*” do contrato de distribuição.⁴ Como decorrência dessa sujeição, é possível enxergar nessas relações um estado de dependência econômica, sendo certo que, em razão disso, poderá ser verificada uma polarização da relação contratual: há, de um lado, o contratante forte; do outro, o contratante fraco.

Essa diferença de poder de barganha – posição de inferioridade contratual – permitirá a imposição por parte do contratante forte – essencialmente, o fornecedor – de cláusulas contratuais que se revelam desequilibradas, abusivas, gravosas ou arbitrárias, em nítido aproveitamento dessa situação de dependência econômica, denominando-se abuso da dependência econômica.

¹ Segundo Paula A. FORGIONI, os contratos de distribuição podem ser definidos como contratos de longa duração pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens a outro agente (distribuidor), para que este revenda os produtos de fabricação daquele ao mercado consumidor e retire da diferença entre o preço de compra e de revenda seu proveito econômico, sua remuneração. (*Contratos de Distribuição*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 116).

² COSTA, André Brandão Nery Costa. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. 175f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 19.

³ COSTA, André Brandão Nery Costa. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 21.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*. In: Revista dos Tribunais, v. 825, pp. 35-74, jul. 2004, p.43.

Diante do pressuposto a ser adotado no presente trabalho, de incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas, servindo, ao fim e ao cabo, como limite interpretativo da norma ordinária,⁵ seria impossível deixar de considerar, também nas relações de mercado e dos contratos entre entes empresariais, os objetivos da República, dentre os quais se destaca a construção de uma “*sociedade livre, justa e solidária*”, garantindo, ao lado do “*desenvolvimento nacional*”, a “*redução das desigualdades sociais*”.⁶

Desse modo, imperioso destacar que também nas relações contratuais e de mercado deve-se buscar, na interpretação e no controle de merecimento de tutela de cada fato, um justo equilíbrio, de modo que a autonomia negocial se coloque entre a liberdade e a justiça contratual.⁷ Nesse contexto, inclusive e mais especificamente nas relações contratuais regidas por contratos de distribuição, se faz necessário que se estabeleçam obrigações em que se enxergue uma relação de “*equivalência intangível*”.

Sob tal paradigma, que tipo de remédios o direito deve aplicar para evitar comportamentos oportunistas? Quais seriam os parâmetros para apuração do abuso da dependência econômica?

Será investigada como possível qualificação do abuso da dependência econômica a figura do abuso do direito previsto no art. 187 do Código Civil,⁸ sob a perspectiva civil-constitucional, permitindo-se, dessa maneira, o controle de merecimento de tutela de determinada situação jurídica subjetiva a partir da análise funcional dos fatos.

Por fim, serão verificados os remédios aplicáveis aos contratos maculados pelo abuso da dependência econômica. Nessa empreitada, serão investigadas as possíveis sanções ao ato abusivo no Código Civil, passando-se pela responsabilidade civil e pela nulidade do negócio abusivo, verificando-se, ainda, os remédios que permitem a conservação dos negócios jurídicos: a ratificação (art. 172, CC), a conversão (art. 170, CC) e a redução (art. 184, CC) do negócio jurídico.

⁵ PERILNIGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*.

⁶ Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

⁷ PERILNIGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 400.

PERILNIGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 402.

⁸ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Diante da diferença de poder de barganha na relação contratual, será ainda analisado o remédio fornecido pelo art. 51, §2º, do CDC, o qual permite a revisão do conteúdo do contrato, com a nulidade parcial do contrato. Para tanto, será necessário buscar o fundamento (a *ratio*) da proteção contratual conferida ao consumidor e verificar sua aplicação para além dos confins daquele código consumerista.

Confirmando-se a hipótese, será necessário traçar os limites para a intervenção do judiciário nos contratos de distribuição para suprimir o abuso da dependência econômica, como forma de garantir o equilíbrio econômico contratual e a concretização da função – da síntese dos efeitos essenciais – daquele contrato, finalizando-se, com isso, o objetivo da presente dissertação.

1 A OPERAÇÃO ECONÔMICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MERCADORIAS E O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO OU CONCESSÃO COMERCIAL

1.1. Alteração do sistema de escoamento da produção e os novos mecanismos contratuais que operacionalizam o processo econômico de distribuição:

O termo distribuição é extremamente polissêmico, tendo como significado, dentre os seus múltiplos entendimentos, o regime econômico que possibilita o escoamento da produção.⁹ Tal atribuição será essencial para o entendimento da temática desenvolvida no presente trabalho, haja vista a necessidade que se tem de delimitar a forma como se estabelece a relação entre os responsáveis pela fabricação de produtos e os responsáveis pela distribuição posterior desses mesmos, bem como o vínculo de dependência econômica criado por tal regime de distribuição e as consequências dessa dependência na relação contratual.

A partir dessa premissa, nota-se que no que se refere a tal processo de escoamento da produção, o regime de fabricação de bens e o conseqüente repasse da produção alterou-se significativamente com o advento do processo de industrialização ocorrido no século XIX, inicialmente em países europeus, reverberando-se, posteriormente, nas demais economias mundiais. Isso porque, de uma produção, até então artesanal, voltada para a produção de bens de primeira necessidade, as fábricas aumentaram sua produção após a denominada revolução industrial.¹⁰

⁹ Vide, nesse sentido, a lição de André Brandão Nery COSTA, segundo o qual: “Referido termo [distribuição] é semanticamente bastante amplo, podendo ser aplicado em diversos contextos na seara jurídica. A sua polissemia é certamente responsável pela dificuldade enfrentada pela doutrina, bem como pela jurisprudência ao abordar as relações contratuais que envolvem o processo econômico de distribuição, cujo delineamento não se mostra muito claro. Até no âmbito do mesmo tema – no caso, os contratos de distribuição, como especificação dos vínculos contratuais utilizados no contexto desse processo – essa expressão é utilizada de maneiras distintas, dificultando, por isso, muitas vezes, a criação de consensos entre aqueles que tratam da matéria.” (Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral, 2013, 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 8).

¹⁰ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 14. Nesse mesmo sentido, Juan M. FARINA: “Hasta fines del siglo pasado, la empresa estaba contratada principalmente en su función de producción.” (Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 403). Tradução livre: “Até o fim do século passado, a empresa estava concentrada principalmente em sua função de produção.”

Noutros termos, antes do sistema fabril, o comerciante produzia, essencialmente, bens de primeira necessidade e os vendia diretamente no mercado. Após a Revolução Industrial, no entanto, aliado ao aumento da produção dos bens a serem ofertados ao público, o foco do fabricante mudou, tendo o mesmo passado a direcionar o resultado da sua produção primordialmente para o comércio.¹¹

Além desse fator relativo à quantidade produzida, o advento de novas estratégias de *marketing*, os novos meios de comunicação em massa e a necessidade de desenvolvimento rápido do produtor aumentaram a imprescindibilidade de distribuição ao máximo dos seus produtos ao consumidor final.¹²

Assim, numa economia de mercado que tende à permanente expansão, na qual se torna cada vez mais importante a necessidade de que os bens produzidos cheguem aos seus consumidores de forma ágil com menores riscos e custos possíveis, afóra a necessária eficiência, o escoamento da produção se tornou um dos grandes problemas dos produtores de bens ou serviços.¹³ Numa palavra: o sucesso do produto depende, em boa parte, de uma boa rede de distribuição, quer dizer, um sistema de escoamento de produção eficiente.¹⁴

Com efeito, aquilo que antes era encarado como mero custo que se agregava ao valor do produto final, passou a ser compreendido mais como uma etapa da produção de bens, ou seja, uma atividade intermediária que liga a produção ao consumidor final, adequando a oferta à demanda.¹⁵

Exatamente nesse contexto surgem vários instrumentos capazes de ligar a empresa produtora ao público consumidor, haja vista que a colossal intensificação das relações mercantis a uma velocidade até então inimaginável fez com que o regime de distribuição

¹¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Agência e Distribuição*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 19 (jul./set. 2004), Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 5.

¹² FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial*. op. cit., p. 404. Também nesse sentido, confira-se a lição de Georges J. VIRASSAMY: “*les impératifs de vente, les données nouvelles de commercialisation les ont amenés à réviser leur position pour s’adapter aux méthodes modernes, entraînant le recours à des intermédiaires, à techniques publicitaires.*” (*Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Paris, LGDJ, 1986, p. 45). Em tradução livre: “*Imperativos de vendas, novos dados de marketing levou aos fornecedores a reverem sua posição para se adaptar a métodos mais modernos, recorrendo-se à intermediários e à técnicas publicitárias*”.

¹³ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial*. op. cit., p. 391.

¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

¹⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Agência e Distribuição*. op. cit., p. 6.

adequado da produção se tornasse fator decisivo no sucesso ou insucesso da comercialização de bens e serviços.¹⁶

O primeiro meio utilizado para a distribuição da mercadoria é aquele em que o próprio produtor se encarrega de colocar o produto à disposição do consumidor, hipótese que trata da denominada *venda direta*.¹⁷ Nessa modalidade de venda direta, o produtor concentra o poder decisional e de controle das escolhas do processo distributivo, encarregando-se exclusivamente por realizar a comercialização do produto.¹⁸ Tem-se, então, que no sistema de distribuição direta o fornecedor atua por meio de estruturas próprias, como por exemplo as filiais ou sucursais, ou por intermédio de empregados próprios.¹⁹

Em paralelo a esse sistema de venda direta, o produtor ou fabricante poderá atuar também de forma indireta. Nessa hipótese, o distribuidor mantém sua autonomia perante o fornecedor, que faz uso desses terceiros independentes e transfere para estes grande parte dos riscos e dos custos existentes referentes ao escoamento da produção.²⁰ Noutros termos, o fabricante busca, por meio do sistema de venda indireta, a existência de uma relação colaborativa com outros entes no caminho entre si próprio e o consumidor final, por meio do qual cria-se interação com um terceiro, tornando a relação de distribuição direta de bipolar para triangular, em que há venda indireta (fabricante/distribuidor-intermediário/adquirente).²¹

Com efeito, verifica-se que a criação de um circuito de distribuição e a aparição de intermediários entre o fabricante e o consumidor definitivamente alteraram o esquema tradicional de relação comercial. Tal modificação refletiu exatamente na substituição de uma relação bipolar entre fabricante e consumidor por uma relação triangular entre o fabricante, o distribuidor e o consumidor, dando ao distribuidor espaço preponderante no

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*. In: Revista dos Tribunais, v. 825, pp. 35-74, jul. 2004, p.40.

¹⁷ FORGIONI, Paula A. *Contratos de distribuição*. op. cit., p. 44.

¹⁸ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 17. Vide, também, também nesse sentido, Juan M. FARINA, que destaca: “*El productor puede llegar al público sin recurrir a una red integrada por terceros por medio de bocas de expendio directo oficinas de venta, sucursales, stands, locales de ventas em shopping centers (centros comerciales), o mediante el llamado factory.*” (*Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial*. op. cit., p. 392.). Tradução livre: “*O produtor pode alcançar o público sem recorrer a um rede integrada por terceiros por meio de filiais, sucursais, locais de venda em shoppings ou mediante fábricas*”.

¹⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Agência e Distribuição*. op. cit., 6.

²⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Agência e Distribuição*. op. cit., p. 7.

²¹ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. op. cit., p. 45.

esquema de escoamento da produção. Assim, pela pessoa do distribuidor, foi possível atender melhor a evolução do mercado, em razão da maior proximidade entre o distribuidor e o consumidor final.²²

Importante destacar que a mera existência de canais de comercialização por terceiros não é, em si, fenômeno recente, haja vista a ação por meio de intermediários bem definidos, já em épocas remotas, por meio da atuação de corretores e agentes comerciais, por exemplo.²³ Todavia, o já destacado processo de massificação da produção, após a chamada revolução industrial, fez com que o produtor passasse a ter interesse em interagir com terceiros, sem que isso significasse perda do controle sobre a forma de escoamento de sua produção. Para tanto, desenvolveram-se formas de criar canais de distribuição por terceiros, por meio das quais se estabelece uma relação estável que permite ao fabricante do produto, de forma concomitante, expandir o escoamento de sua produção e mantém o controle, de forma mais ou menos rígidas, sobre os métodos e estruturação da distribuição.²⁴

São diversos os fatores que farão com que o fornecedor opte pelo sistema de produção indireta²⁵— ou, ao contrário, venha a vender diretamente seus produtos —. De

²² VIRASSAMY, Georges J. assim trata o tema: “*La création d’un circuit de distribution et l’apparition d’intermédiaires entre le fabricant et l’acheteur n’ont pas été sans modifier radicalement le schéma traditionnel des relations commerciales. A la relation bipolaire fabricant acheteur s’est substituée la relation triangulaire acheteur distributeur fabricant, dans laquelle le distributeur a une place prépondérante. En effet, directement en contact avec le destinataire de la production, le distributeur est celui qui connaît le mieux ses goûts, ses exigences voire ses caprices, et d’une manière générale, la situation et l’évolution du marché.*” (*Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique.* op. cit., pp. 44-45). Tradução livre: “*A criação de um circuito de distribuição e o desenvolvimento de intermediários entre o fabricante e o comprador não ocorreram sem alterar drasticamente o padrão tradicional de relações comerciais. O relacionamento bipolar entre o fabricante e o distribuidor foi substituída pela relação fabricante e comprador triangular, na qual o distribuidor tem posição preponderante. De fato, por estar mais perto do destinatário da produção, o distribuidor é pessoa que melhor conhece seus gostos, necessidades ou caprichos e, em geral, a situação e a evolução do mercado*”.

²³ FARINA, Juan. M. *Contratos Comerciales Modernos.* op. cit., p. 403. Nesse mesmo sentido, entre nós, destaca-se a lição de Waldírio BULGARELI, segundo o qual: “*enquanto os contratos de mandato e de comissão já de há muito eram utilizados na atividade comercial, modernamente outros contratos foram surgindo, a fim de dar instrumentalidade jurídica às novas técnicas de comercialização. As empresas, na vida moderna, tendem a criar verdadeiras redes de distribuição de seus produtos, que passam por vários intermediários até chegarem às mãos do consumidor*” (*Contratos Mercantis, 14ª ed.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 454).

²⁴ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos.* op. cit., p. 404.

²⁵ Sobre esses fatores, Paula A. FORGIONI, valendo-se das lições de Sérgio Roberto dias enumera os seguintes fatores: (i) necessidade e disponibilidade de recursos: a criação de uma estrutura de distribuição significa investimento relevante para o produtor, de modo que, quanto maior o recurso, maior a possibilidade de um sistema próprio; (ii) tamanho médio do pedido ou valor unitário do bem: a elevação dos valores do produto facilita que a venda seja feita de forma direta; (iii) número de produtos de linha: o maior número de produtos de linha implica em vantagem na venda direta; (iv) bens industriais ou bens de consumo: bens industriais prestam-se melhor à venda direta, pela menor capilaridade na distribuição; (v) perecibilidade: produtos perecíveis acabam por se distribuir de forma indireta, em razão da sua capilaridade;

qualquer modo, o sistema de distribuição indireta traz, em si, alguns benefícios, como aqueles enumerados por Juan A. FARINA: diminuição de custos, divisão de parcela dos riscos entre produtor e distribuidor e a possibilidade de penetração do produto em área de mercado maior.²⁶ Em complemento, Iso Chaitz SCHERKERKEWITZ aponta, além da mencionada diminuição do risco, o conhecimento mais adequado do mercado local pelo distribuidor, bem como a possibilidade de agregação de serviços ao produto principal, como é o caso da entrega a domicílio, instalação, garantia e assistência técnica.²⁷

Em síntese, a escolha pelo sistema de distribuição indireta perpassa basicamente pelos benefícios de se transferir o risco a entes mais próximos do mercado consumidor como forma de garantir maior eficiência na promoção de determinado produto.

De qualquer modo, cumpre destacar que esses dois modelos constituem casos extremos e que devem ser avaliados como resultados de simplificações e abstrações conceituais. Por esta razão, entre os modelos de venda direta e venda indireta – casos extremos – existem outros vários modelos intermediários, uma gama cinzenta, na qual é possível coordenar e sincronizar as fases produtivas, sem anular a autonomia dos operadores: trata-se da chamada *distribuição vertical integrada*.²⁸⁻²⁹

(vi) margem de lucro: a margem de lucro obtida na venda ser alta leva o fabricante a optar pela venda direta; (vii) necessidade de estocagem: a manutenção de estoque eleva os custos, o que importa em dividir os investimentos; (viii) situação do ciclo de vida: a distribuição direta é mais utilizada em casos em que o produto está em seu estágio inicial de inclusão no mercado; (ix) número de clientes e sua concentração: o maior número de clientes poderá levar à necessidade de redes mais capilarizadas; (x) serviços necessários ao consumidor: os produtos de alta complexidade demandam regime de vendas diretas, devido à necessidade de assistência técnica; (xi) métodos empregados pela concorrência: é, via de regra, conveniente imitar os métodos utilizados pelo concorrente. (*Contratos de Distribuição*. op. cit., pp. 46-48). Ainda sobre os fatores que determinam a autação direta ou indireta por parte do fabricante ou fornecedor, Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI recorre às ideias de Ronald Coase (The Nature of the firm), afirmando: “Ronald Coase, em seu clássico estudo, ‘The Nature of the Firm’, procura explicar a escolha do agente econômico com base na teoria dos custos e transação. O artigo parte de uma investigação empírica, que analisa o porquê das decisões empresariais no sentido de buscar ou não a integração vertical. O contexto em que nasce o estudo é revelador do raciocínio utilizado por Coase: às vezes não é recomendável economicamente integrar verticalmente, porque um mecanismo de coordenação dos fatores alternativo, no caso o mercado, representa uma solução mais eficiente. (Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição, 2007, 222f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 21).

²⁶ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. op. cit., p. 408.

²⁷ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

²⁸ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., pp. 18-19.

²⁹ Ao lado do sistema denominado sistema de distribuição vertical integrada, existe, segundo, Juan M. FARINA, a integração horizontal, assim definido: “La forma más simples de integración entre productores com fines de comercialización es la que se conoce com el nombre de comercialización simbiótica y, em su modelo típico, tende a proyectar la distribución de los respectivos productos mediante la empresa integrada. Normalmente es el caso del productor que tiene una producción que excede la propia red de venta y, por lo tanto, le conviene canalizarla a través de la red de outro productor (por estar sobredimensionada o porque se amplía para la ocasión). O bien puede tratarse de un productor com amplia comercialización de

A denominação *integração vertical* tem por base a ideia de divisão do trabalho segundo o ciclo produtivo, sendo composto em várias fases entre a extração da matéria-prima e a chegada ao destinatário final. Se existem pelo menos dois entes responsáveis cada um por uma das fases subsequentes entre a produção e a chegada ao destinatário final, está-se diante da distribuição vertical integrada.³⁰ Apenas para ilustrar, imagine-se o caso da fabricação de combustível, em que há (i) um ente responsável pela extração do petróleo; (ii) outro responsável pelo refino do petróleo; (iii) um terceiro diverso responsável pela elaboração do combustível; e, por fim, (iv) o distribuidor final que vende o combustível ao motorista (consumidor final).

Cumprido destacar que o indicativo de ser um acordo vertical chama atenção, especialmente, no campo do direito concorrencial, em que se delimita a proteção do mercado, evitando-se práticas de concorrências desleais, indo ao encontro dos preceitos constitucionais que tratam da liberdade de iniciativa com o exercício de sua função social. Todavia, nem sempre os acordos verticais firmados entre as partes responsáveis pelo escoamento da produção refletirão em consequências negativas ao mercado – em si considerado como merecedor da tutela pelo direito –. Como consequência, conclui-se que se deve atentar também para a tutela dos contratantes na própria relação contratual, na medida em que a mera tutela externa por meio dos órgãos regulatórios de concorrência, nem sempre será suficiente para afastar situações subjetivas desprovidas de merecimento de tutela no interior do próprio contrato.

Além disso, esses instrumentos contratuais em sistema de integração vertical direcionados ao escoamento da produção na maior parte dos casos reflete, a bem da verdade, uma verdadeira rede de contratos estruturalmente organizada em torno do principal (fornecedor, franqueador, concedente, fabricante), cujo elemento é a necessidade de uniformização de cláusulas e de modelos de conduta. Assim, a rede de distribuição, para atender o maior número de mercados regionais possíveis, representa a

su proprio produto quien acepta distribuir un producto colateral de otra empresa” (*Contratos Comerciales modernos*. op. cit., p. 408). Em tradução livre: “A forma mais simples de integração entre produtores com fins de comercialização é a que se conhece com o nome de comercialização simbiótica e, em seu modelo típico, tende a projetar a distribuição de seus respectivos produtos por meio da empresa integrada. Normalmente é o caso do produtor que tem uma produção que excede à sua própria rede de venda e, portanto, é conveniente canaliza-la através da rede de outro produtor (por estar superdimensionada ou porque se ampliou para a ocasião). Ou bem pode se tratar de um produtor com ampla comercialização de seu produto que aceita distribuir um produto colateral de outra empresa.

³⁰ CASO, Roberto. *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale: Modelli economici e regole giuridiche*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2012, p. 10.

soma dos interesses dos distribuidores, franqueados e concessionários que se ligam e, ao mesmo tempo, se contrapõe ao do fornecedor.³¹

Em síntese, esses acordos verticais são firmados por meio do que denomina Paula A. FORGIONI “*contratos da distribuição*”, os quais são identificados por suas funções econômicas consistentes exatamente na finalidade de operacionalizar escoamento da produção por meio de vendas indiretas.³²⁻³³⁻³⁴ Em outras palavras, os *contratos da distribuição* são contratos cuja operação econômica consiste na conexão entre duas fases diversas do processo empresarial de distribuição, o que permite, ao final da cadeia, a chegada do bem ao seu destinatário final.

Desse modo, ainda em referência à polissemia do termo já relatada no início do capítulo, vislumbra-se que, num dos sentidos empregados ao contrato de distribuição, há um sentido *lato*, segundo o qual incluem-se uma gama de figuras contratuais nas quais

³¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 47.

³² FORGIONI, Paula A. *Contratos de distribuição*. op. cit., p. 55.

³³ Nesse mesmo sentido, Humberto THEODORO JÚNIOR e Adriana Mandim Theodoro de MELLO: “*Surge, então, no direito comercial, um conjunto de relações jurídicas originadas do acordo de vontades (contratos mercantis), que se marcam por características comuns, tais como a união em torno de um objetivo comum: o lucro de ambos na comercialização de bens e serviços, mas antagônicos, na medida em que se repartem os ganhos. E que se caracterizam pela cooperação, a natureza duradoura da relação e, principalmente, pela dominação econômica exercida pelo fabricante com o propósito de manter a integração da rede de distribuição. Esse grupo de contratos que se destinam a instrumentalizar ou dar forma jurídica a tais relações econômicas de distribuição tem sido objeto de estudos sistemáticos e organizados, formes, ou socialmente típicos, largamente difundidos nas relações entre a indústria e os comerciantes, tanto no Brasil como no resto do mundo. Assim ocorreu, por exemplo, com os contratos de representação comercial ou agência, de franquia empresarial, e de concessão mercantil, que foram fruto da mente inventiva de comerciantes e fabricantes perspicazes que puderam aprender com eficiência e sensibilidade as necessidades do mercado e a agilidade dos novos métodos de comercialização. Daí afirmar Jack Bussi que o direito da distribuição é um direito especial, essencialmente contratual, não codificado, e em constante evolução que regula relações entre profissionais.*” (*Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*. op. cit., pp. 41-42).

³⁴ Também no sentido de enxergar uma categoria de contratos cuja unidade de função – qual seja, o escoamento da produção – posiciona-se Ana Carolina Devido Dearo ZANETTI, segundo a qual: “[O] incremento no volume da produção levou ao aparecimento de instrumentos negociais mais propícios a reduzir a distância entre produtor e destinatário. Estes arranjos possibilitavam a participação de terceiros na comercialização das mercadorias, o que não era viável nos esquemas tradicionais de troca. Surgiram, desse modo, os contratos da distribuição” (*Contrato de Distribuição: inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20)

identifica-se uma única função econômica³⁵ de escoamento da produção.³⁶ Tais contratos, todavia, não passam sem particularidades de cada um dos tipos (legais ou sociais) existentes na realidade.³⁷

A categorização de diversos tipos contratuais unidos por sua função econômica de escoamento de produção acaba por criar uma grande incerteza na individualização de um verdadeiro e próprio tipo contratual. Aliás, tal situação pode ser verificada quando do próprio conceito de contrato de distribuição, utilizado, ora num sentido amplo de distribuição, ora num sentido mais restrito. Em seu sentido amplo, o contrato de distribuição (o que se denomina aqui de *contratos da distribuição*) inclui uma tipologia diversificada e não exaustiva da distribuição de bens entre o fabricante e o consumidor final, funcionalmente direcionada ao estabelecimento de uma rede de oferta de bens e serviços no mercado, em que há autonomia jurídica do distribuidor frente ao produtor.³⁸

³⁵ Importante sobre a função do contrato remeter a Enzo ROPPO, segundo o qual: “*Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os outros conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considera-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômicos-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico). As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou indirectamente – para a ideia de operação econômica.*”, prosseguindo, em seguida, o autor: “*Até aqui procedemos à identificação de uma sequência, uma articulação de termos, na qual parece oportuno decompor o conceito de que nos ocupamos: operação econômica – contrato – direito dos contratos. Quer dizer: a operação econômica, na sua materialidade, como abstracto real e necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato, como formalização econômica daquela, isto é como conquista da ideia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idónea para tal fim; o direito dos contratos, como conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efetivamente levadas a cabo.*” (*O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 7-11).

³⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 55.

³⁷ VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. op. cit., p. 110.

³⁸ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., pp. 26.

Por outro lado, em sentido mais restrito³⁹ (denominado no presente trabalho como distribuição ou concessão comercial), margêa, como será adiante, contratos como o contrato de agência (incluindo-se a agência-distribuição e a representação comercial autônoma) e a franquia.

Ao se referir aos *contratos da distribuição* pode-se encontrar três características que lhes são comuns a todos os tipos que importam na operação econômica de escoamento da produção, quais sejam: (i) a mesma destinação funcional, como já referida; (ii) estabilidade e continuidade do vínculo negocial; e (iii) existência de um “*privilégio*” concedido ao fornecedor e a tendência de sujeição econômica e jurídica nos contratos existentes entre o distribuidor com o produtor.⁴⁰⁻⁴¹

A primeira das características elencadas acima já foi analisada, vez que foi destacada a existência de uma mesma finalidade econômica, consistindo exatamente no instrumental jurídico que permite a operacionalização do processo econômico de distribuição dos bens produzidos em direção ao destinatário final daquele produto.

A estabilidade e a continuidade do vínculo negocial são essenciais no desenvolvimento desses contratos, na medida em que o sucesso na colocação e no escoamento do produto no mercado é um interesse convergente entre as duas partes. Como consequência da necessidade de colaboração entre as partes para o sucesso da avença, tem-se que os contratos da distribuição se protraem no tempo.⁴² Assim, somente a partir da estabilidade e a continuidade das relações as partes podem obter vantagens, de forma que cada uma delas se veja estimulada a celebrar um contrato para o escoamento de mercadorias.⁴³

³⁹ DE MARCO, Alessandra. *Distribution agréments nel diritto europei dei contratti: tra autonomia privata ed istanze di protezione del “contraente debole”*. 2013, 177 f. Tese (doutorado). Corso di Dottorato di Ricerca in Diritto Privato Comparato e Diritto Privato Dell’Unione Europea, Università Degli Studi di Macerata, Macerata, 2013, pp. 14-15.

⁴⁰ DE MARCO, Alessandra. “*Distribution agreements” nel diritto europeo dei contratti: tra autonomia privata ed istanze di protezione del “contraente debole”*. op. cit., p. 20.

⁴¹ Para André Brandão Nery COSTA, são duas as características dos contratos da distribuição: “*Do exposto até o momento, duas características podem ser extraídas como necessárias, mas não suficientes à caracterização dos contratos de distribuição: a colaboração entre as partes e a duração da relação (o que implica a sua duração necessária, para que o distribuidor possa seguir adequadamente a política distributiva do produtor)*.” (*Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 26).

⁴² ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. op. cit., p. 59.

⁴³ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial*. op. cit., p. 407.

Com efeito, pode-se classificar os contratos da distribuição como contratos relacionais, vez que se caracterizam por contratos em que a construção da relação se estende ao longo do tempo, uma vez que o contrato é pensado para se protrair no tempo.⁴⁴

Em outros termos, a habitualidade da relação estabelecida entre fornecedor e distribuidor é o que garante aos contratos da distribuição o seu caráter relacional, isto é, são contratos com a execução protraída no tempo, contratos de longa duração, cuja lógica cooperativista entre as partes é essencial para o desenvolvimento da relação.⁴⁵

Em complemento, é possível, inclusive, afirmar que os contratos da distribuição dependem de cooperação não só presente, mas futura, na medida em que o cumprimento com sucesso da relação depende não só daquilo que foi firmado, mas também para aquilo que decorre do planejamento das atividades essenciais para o futuro da relação contratual.⁴⁶

Quanto ao terceiro aspecto – ou seja, referente à existência de privilégios em paralelo à situação de dependência –, importante destacar que existem vantagens oferecidas ao distribuidor quando aceita integrar a rede do fornecedor, comumente abarcando as facilidades de financiamento, fornecimentos de plantas e modelos de organização de empresa, uso de produtos em comodato, licença para utilização de marca, entre outros⁴⁷.

Contudo, nem só vantagens existem. Nesse contexto, dá-se o segundo enfoque dessa última característica, referente exatamente à situação de dependência econômica comum a tais contratos, cujo aprofundamento será feito no Capítulo 2.

Tal característica levou Georges J. VIRASSAMY a tratá-los numa mesma categoria: os chamados contratos de dependência. Em tais contratos, apesar de suas características particulares, pode-se dizer que os mesmos se contaminam pela característica marcante da dependência econômica, senão veja-se:

Mais pour variables qu'ils soient dans leurs natures juridiques et dans leurs aspects, les contrats de dépendance produisent tous les mêmes

⁴⁴ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. op. cit., p. 60.

⁴⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos Relacionais, existenciais e de lucro*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, 2011, v. 45, jan./mar., 2011, p. 99.

⁴⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 166.

⁴⁷ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de Distribuição: inadimplemento recíproco*. op. cit., p. 18.

*effets, avec tout au plus une variation de leur intensité. il conviendra d'en tenir compte devront être soumis.*⁴⁸

Em linhas gerais – o suficiente para esse momento do trabalho –, pode-se dizer que essa dependência é vista quando os efeitos da rescisão de uma ligação contratual são nefastos para uma das partes, como é o caso do rompimento do contrato do empregado com o empregador, franqueado com o franqueador, concessionário com o distribuidor, agente com comitente, haja vista que a subsistência de uma das partes deriva da renda e da atividade envolvida na relação contratual.⁴⁹

Em síntese, é possível delimitar que as alterações nos sistemas de produção, com a massificação da mesma, fizeram com que se desenvolvessem novas técnicas para o escoamento da produção. Dentre tais técnicas, destaca-se – o que se tornará objeto do presente trabalho – as redes integradas de distribuição, operacionalizadas por uma série de contratos diversos, que se integram, a partir de sua função, na denominação de *contratos da distribuição*. Esse grupo de tipos contratuais possui como características a mesma destinação funcional, o caráter de estabilidade e a situação de dependência de uma das partes à outra, criada pela necessidade de o produtor controlar – em determinado grau – a forma como se escoam seus produtos.

1.2. O contrato de distribuição ou concessão comercial e sua delimitação frente a figuras contratuais próximas

⁴⁸ VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. op. cit., p. 129. Tradução livre: “Por mais variáveis que existam em sua natureza e em seus aspectos legais, todos os contratos de dependência produzem os mesmos efeitos, com não mais do que uma variação na sua intensidade. Isso deve ser levado em conta para sua submissão.”

⁴⁹ VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. op. cit., p. 132. “Cette dépendance provient du fait que tous, ils tirent leurs moyens d'existence, leurs revenus de l'activité qu'ils déploient avec, au service d ou pour le compte de leurs contractants. il n'est pas difficile d'imager les effets de la cessation du contrat liant le salarié à son employeur, le concessionnaire au concédant, le franchisé au franchiseur, l'agent commercial à son mandant, l'agriculteur à l'intégrateur.. la fin de relations contractuelles introduit dans leurs conditions d'existence un trouble sérieux, quand ce n'est pas à leur disparition qu'elle aboutit lorsque lassujetti revet une forme sociétaire.” Tradução livre: “Esta dependência é porque todos eles derivam seus meios de subsistência, sua renda a partir da atividade que se desdobra com, em serviço, ou em nome de seus contratantes. Não é difícil imaginar os efeitos da rescisão do contrato de trabalho para o empregado perante o empregador, para o concedente, para o franqueado ao franqueador, o agente comercial a seu comitente, o agricultor ao integrador final... As relações contratuais estabelecidas tem sérios problemas quando a ausência de uma das partes leva o desaparecimento de um sujeito ou de uma forma corporativa.”

Definidas as bases dos contratos que instrumentalizam o escoamento da produção, fazendo com que os produtos saiam dos fabricantes em direção aos destinatários finais, é necessário, então, fazer um corte que guiará o presente trabalho.

Apesar de não se afastar a possibilidade de que o regramento relativo à dependência econômica, que será devidamente aprofundado no decorrer do trabalho, seja aplicado à totalidade dos contratos que tem por função o escoamento da produção, a grande gama de instrumentos utilizados na realidade econômica da distribuição, as especificidades de cada um desses tipos e suas peculiaridades impõem a necessidade de um recorte metodológico para que se delimite o objeto de estudo, especificando-o.

No presente trabalho, escolheu-se como objeto do estudo o contrato de distribuição ou concessão comercial e, para sua delimitação será necessário que se faça sua imersão e diferenciação diante de figuras que lhes são próximas.

1.2.1. O contrato de distribuição ou de concessão comercial sob a perspectiva tipológica

Para a qualificação dos contratos de distribuição, os quais constituem o objeto da análise da situação de dependência econômica e do eventual abuso da dependência econômica (objeto do Capítulo 2) e da respectiva repressão às disposições contratuais abusivas (tema do Capítulo 3), ter-se-á por base o método tipológico de qualificação.

Conforme se demonstrará, parte da imensa dificuldade de se delimitar e de se qualificar o contrato de distribuição ou de concessão comercial perpassa exatamente pelo fato de se prender a doutrina sob a ótica estrutural de análise dos elementos de qualificação dos contratos.

Isso não significa que a utilização de uma nova forma de qualificação do contrato seja suficiente para afastar toda a controvérsia – e nem será essa a pretensão do presente trabalho –, vez que a construção dessa figura contratual não se encontra disciplinada na lei, tendo este instrumento sido moldado pela prática mercantil reiterada⁵⁰. Todavia, busca-se criar critérios para auxiliar na identificação desse contrato sem que seja possível

⁵⁰ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 56.

traçar seus limites precisos, pois seus contornos são mais fluidos em razão de se tratar de um tipo social.⁵¹

Retomando, a análise estrutural para qualificação dos contratos é utilizada pela doutrina dos *essentialia*, que se constrói a partir de uma classificação dos elementos componentes da estrutura dos negócios jurídicos. Em primeiro lugar, estaria a categoria dos elementos essenciais, o qual se dividiria em elemento gerais e categoriais. Os elementos essenciais gerais são aqueles vinculados à própria existência do negócio jurídico, razão pela qual sem tais componentes não haveria negócio jurídico. Normalmente os elementos essenciais gerais vinculam-se àqueles dispostos pelo art. 104 do Código Civil.⁵²

Ao lado dos essenciais gerais, colocam-se os categoriais, os quais seriam imprescindíveis para o pertencimento de um negócio jurídico à determinada categoria, quer dizer, está ligado não à existência do negócio, mas sim, à sua qualificação. Como consequência, a qualificação de um negócio jurídico relativamente a certo tipo se daria através da verificação da existência de elementos essenciais categoriais daquele tipo.⁵³

Para a doutrina *essentialia*, existem também os elementos naturais ou elementos categoriais ou derogáveis, os quais poderiam ser afastados pela vontade das partes, como, por exemplo, a garantia contra evicção e contra vícios redibitórios em contratos onerosos ou a gratuidade do contrato de depósito. De igual sorte, a autonomia privada das partes possibilitaria o acréscimo de elementos acidentais, que, embora não pertencentes ao tipo, não desvirtuariam sua qualificação, como é o caso da condição, do termo e do encargo.⁵⁴

Trazendo para o exemplo do contrato de distribuição, é grande – como se verá adiante – sob a égide da doutrina dos *essentialia*, a discussão sobre a qualificação ou não do contrato como contrato de concessão comercial pela existência ou não da cláusula de exclusividade do distribuidor. Acaso se prenda a elementos estruturais do contrato, saber se há ou não exclusividade, poderia ser elemento suficiente para afastar a qualificação de determinado negócio jurídico como contrato de distribuição.

⁵¹ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 57.

⁵² KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p.137.

⁵³ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 137.

⁵⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 138.

Em síntese, pode-se dizer que para a doutrina dos *essentialia* a qualificação do contrato concreto se daria pela necessidade de verificação dos elementos reputados essenciais ao pertencimento àquele tipo. Os demais elementos, noutro norte, seriam irrelevantes e indiferentes para o processo de qualificação do contrato.⁵⁵

Com efeito, o papel do intérprete na qualificação dos negócios jurídicos estaria restrito à verificação fática, pressuposto para a subsunção do contrato ao tipo legal, com a consequente aplicação das normas pertinentes, em que se constata um procedimento de qualificação essencialmente mecânico.⁵⁶

Especificamente no que diz respeito ao contrato de distribuição, cuja denominação se tem para o presente trabalho como sinônimo de contrato de concessão comercial, haja vista a existência de certa unanimidade doutrinária na definição do contrato de concessão comercial como idêntico ao meramente denominado como contrato de distribuição⁵⁷, tem-se que suas primeiras definições, as quais perpassam pelos estudos de Rubens Requião na década de 70, o qual tinha por base a obra de Champaud, que definia o contrato de distribuição como:

*[U]ne convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revend lui est concédé.*⁵⁸

Diante desse conceito, é possível extrair que elementos essenciais componentes do contrato de distribuição seriam (i) a existência de um comerciante profissional que negocia os bens de forma não eventual; (ii) aquisição pelo concessionário feito para a revenda; (iii) monopólio de revenda (exclusividade territorial); (iv) determinação de zona territorial exclusiva; (v) integração do distribuidor a uma rede de concessionários; (vi)

⁵⁵ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 138.

⁵⁶ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 139.

⁵⁷ Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 111; e THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*. op. cit., p. 44.

⁵⁸ CHAMPAUD, Claude. *La concession commerciale*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 24/253, 1963, p. 474. No original: “ [U]m acordo pelo qual um operador, chamado comerciante, coloca sua empresa de distribuição que serve um comerciante chamado licenciante industrial para garantir, exclusivamente, num dado período de tempo limitado e sob a supervisão do licenciante, de distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido. ”.

distribuidor assegura a exclusividade do concedente; (vii) concedente possui um certo controle externo sobre o concessionário e suas atividades.⁵⁹

Sobre tais pontos debruça-se a doutrina, criando grandes debates sobre a necessidade de verificação – ou não – de tais elementos para fins de qualificação do negócio jurídico como um contrato de distribuição. Como já destacado, o grande exemplo que demonstra toda essa discussão diz respeito à questão referente à exclusividade territorial. Se, por um lado, nas lições de Champaud, elencado como essencial a verificação da exclusividade territorial, por outro, há que se reservar o entendimento de que a inexistência da cláusula de exclusividade de revenda do distribuidor não é suficiente para descaracterizar o contrato de distribuição, haja vista serem numerosos os casos em que ao contrato de distribuição falta a cláusula de exclusividade, garantindo-se ao distribuidor uma posição genérica de privilégio como derivação da inserção na rede do fabricante.⁶⁰

Ocorre que a qualificação de determinado contrato com base exclusivamente na noção de elementos essenciais que tornam determinado negócio o contrato de distribuição, por exemplo, é incompatível com a riqueza e a complexidade que hoje se reconhece ao processo de interpretação do direito. Nesse sentido, a utilização da doutrina dos *essentialia* acaba por aumentar – em vez de diminuir – a insegurança do sistema, já que, a mera subsunção acaba por mascarar escolhas valorativas do intérprete.⁶¹

Nesse contexto, parte-se como premissa do presente trabalho da utilização do método tipológico ao se analisar determinado negócio e o qualificar como contrato de distribuição. Tal método se constrói a partir da constatação de que o próprio legislador enuncia caracteres que servem para individualizar o tipo, que se denominam por índices de tipo, os quais funcionam como indicadores, indícios, elementos não determinantes nem suficientes se considerados individualmente, mas fundamentais à individuação do que seja o modelo abstrato previsto pela legislação.⁶²

Com efeito, o intérprete se vê conduzido a um processo inevitavelmente argumentativo de construção que seja pertinente para a identificação de cada modelo e,

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. op. cit., p. 60-63.

⁶⁰ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*., op. cit., p. 59. Nesse mesmo sentido, BORTOLOTTI, Fabio. *Concessione di vendita*. Novissimo Digesto Italiano, appendice v. 2, COG-DIR, p. 223.

⁶¹ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 140.

⁶² KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 140.

como consequência, o intérprete deverá ter o conhecimento não apenas do tipo objeto de exame direto, mas também dos demais tipos com os quais se faz fronteira.⁶³

Exatamente por este motivo, no presente trabalho, a abordagem tem por objeto aquilo que pode ser qualificado como contrato de distribuição, tendo em conta, ainda, aquelas figuras contratuais que se colocam ao seu lado e com os quais a concessão comercial – ou o contrato de distribuição – faz fronteira.

A adoção do sistema tipológico na qualificação dos contratos reflete, a bem da verdade, um processo mais amplo no que se refere à interpretação do direito contratual, em razão, especialmente, do processo de constitucionalização do direito civil, vez que o reconhecimento da textura aberta da linguagem do legislador oferece espaço para que o intérprete construa o significado normativo do texto.⁶⁴⁻⁶⁵

Com efeito, a qualificação dos contratos feita a partir desse cotejo entre tipos sociais e legais desvinculados da doutrina dos *essentialia* faz com que a própria dicotomia entre os contratos típicos e atípicos seja relativizada. Isso porque essa nítida dicotomia surge exatamente pela rigidez do modelo subsuntivo, pois, se o contrato concreto possui elementos do referido tipo legal, é automaticamente enquadrado para sofrer efeitos predeterminados, mas, ao contrário, se não há tal encaixe mecânico, é banido a um limbo, sofrendo incidência apenas das normas gerais, como preceituado pela norma do art. 425 do Código Civil.⁶⁶

Diante desse quadro, para a doutrina tipológica, especialmente compatível com a constitucionalização do direito civil, ganha fundamental importância “a função do

⁶³ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., 141.

⁶⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 144.

⁶⁵ Sobre a superação do método subsuntivo, por meio da consideração de elementos extraleais, vide por todos, Pietro PERLINGIERI, segundo o qual: “A superação, assim proposta, do positivismo (meramente) linguístico evidencia o contínuo reenvio do direito positivo a elementos extrapositivos: são eles, seja o elemento social (a necessária correlação entre norma e fato, a consideração do contexto, do direito como fator de uma realidade global), seja o direito natural ou de toda sorte, nos sistemas jurídicos modernos, as exigências de justiça racionalmente individualizáveis, mas não adequadamente traduzidas em textos legislativos. A ampliação da noção de direito positivo e sua abertura em direção de noções e valores não literalmente e explicitamente subsuntivos nos textos jurídicos permite a superação da técnica da subsunção e, em uma concepção unitária da realidade, a apresentação da relação dialética e de integração fato-norma de forma mais realista”. (*O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar: 2008, pp.605-606).

⁶⁶ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 146.

contrato concreto”, em que o intérprete deve ter o domínio de toda a sistematicidade do ordenamento e estar especialmente atento às particularidades do caso concreto.⁶⁷

As afirmações referentes à vinculação e à identificação do tipo contratual depender eminentemente do caso concreto não afastam o papel da doutrina no que tange à construção de estudos relativos às potencialidades de cada norma típica, fornecendo base científica para a atuação do intérprete.⁶⁸ Noutros termos, à doutrina cabe delimitar os tipos contratuais na constituição da chamada pré-compreensão, cuja relevância se insere no controle da liberdade criativa, na medida em que a liberdade criativa se constrói a partir de parâmetros minimamente compartilhados coletivamente.⁶⁹

O estabelecimento de premissas sobre significados e limites de determinados tipos contratuais frente a outros enunciados não é incompatível com o método tipológico e nem cria restrições ao mesmo, vez que tal possibilita o fornecimento de informações a partir do qual o intérprete poderá se basear no caso concreto.⁷⁰

Nesse contexto, propõe-se que a identificação do contrato de distribuição não seja realizada a partir da análise sobre a existência ou não, por exemplo, da cláusula de exclusividade no contrato, mas, que, ao contrário, prenda-se à operação econômica realizada pelas partes, para fins de sua identificação. Em seguida, será feito um breve cotejo sobre alguns dos tipos que lhes circundam, separando-os, ainda que num esforço abstrato.

Parte-se, para a delimitação daquilo que se considera para a caracterização do contrato de distribuição, da análise do precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que consegue, de forma sintética, colocar as bases sobre a divergência que marca o tema. O caso tratava do rompimento de uma relação contratual verbal mantida entre as partes, cuja caracterização como contrato de distribuição ficou assim delimitada, inclusive, para fins de competência:

A rigor, o negócio jurídico estabelecido entre a autora e a ré não corresponde ao contrato físico de prestação de serviços. Ao revés, a natureza do contrato (verbal) é de distribuição. Não obstante celebrado sobre a forma verbal, segundo a causa de pedir remota revela um

⁶⁷ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 147.

⁶⁸ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 167.

⁶⁹ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 167.

⁷⁰ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. op. cit., p. 168.

contrato de distribuição. Matéria que não se insere na competência preferencial da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do São Paulo.

Prossegue-se ainda no julgado:

Resumindo, a demanda cognitiva está fundada em relação de direito material caracterizada como distribuição assim não há que se falar em contrato misto, envolvendo compra e venda de bens móveis, agência, prestação de serviços, estoque de mercadoria. No caso concreto o traço caracterizador de compra e venda de mercadorias com objeto de distribuição (...)

De forma que, forçoso concluir que o contrato de distribuição que vem sendo apontado na doutrina como contrato misto, na verdade, caracteriza-se como um contrato distinto e autônomo si considerado em tese abstratamente, cada um per si. Entretanto, sem adentrar a discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em certas circunstâncias o contrato firmado pelas partes pode apresentar uma pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, mas que pode ser fundida em um só contrato sob o influxo de uma só causa, de uma só função econômica. Isto significa que um só documento pode conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte, no sentido formal, diversos documentos.

De maneira que o contrato de distribuição não se confunde com o contrato de comodato, de locação, de compra e venda de combustível ou de bem móvel, de forma que no contrato de distribuição este 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 que, no caso concreto, se volta à venda do produto em determinada região (Estado do Rio de Janeiro). Da mesma forma o contrato de compra e venda de mercadoria ou de representação com objeto de distribuição não predomina sobre o contrato de distribuição confundindo o procedimento em um só negócio pela unidade fim.

Há desse modo um negócio jurídico, que se acha caracterizado em um contrato misto e não uma união de contratos. De acordo com a melhor doutrina, o que caracteriza o negócio misto é a existência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica cujo resultado a elas asseguram. Portanto, quando falamos de contrato de distribuição, estamos diante de um contrato peculiar (atípico).

Conclui o julgado pela delimitação daqueles elementos que compõem em abstrato o contrato de distribuição:

Conceito – Contrato de Distribuição – Doutrina e Jurisprudência. Fatores identificáveis que normalmente são vinculados ao contrato de distribuição: a) encerra várias operações de compra e venda de bens, destinado à revenda pelo distribuidor, identificáveis por uma unidade de causa (função econômica); b) – Proveito econômico do distribuidor que equivale ao lucro obtido na venda da mercadoria; c) – a propriedade do bem passa do fabricante para o distribuidor e posteriormente ao

terceiro adquirente do produto, ou seja, o distribuidor vende um bem de sua propriedade e não realiza uma mera intermediação entre o fabricante e o distribuidor final, como ocorre por exemplo, na representação comercial; d) – o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em uma determinada zona; e) há vinculação (ou mesmo subordinação) econômica entre o fabricante e o distribuidor.⁷¹

Essencial na caracterização em abstrato do contrato de distribuição é exatamente a ocorrência de forma habitual de compras e vendas mercantis para fins de revenda com o vínculo de estabilidade e colaboração entre os contratantes.

Destaca, nesse sentido, Claudineu de MELO:

Ao fabricante que realiza a venda pura não cabe indagar da finalidade ou destinação do produto vendido, pois que tal está na esfera da vontade do comprador. Na distribuição, entretanto, a razão da venda é requisito contratual, isto é, a destinação que o distribuidor vier a dar ao produto interessa diretamente ao fornecedor.⁷²

É, portanto, a operação econômica principal de um contrato de concessão comercial (ou distribuição) a ocorrência de compra para posterior revenda de forma reiterada dos produtos. A passagem destacada acima aponta para outra característica que é essencial para a caracterização do contrato de distribuição: trata-se do interesse do fornecedor na destinação a que será dada ao produto.

Como consequência dessa compra para posterior revenda, tem-se que a remuneração do distribuidor vai se dar pela diferença entre o preço da compra e o preço da revenda⁷³. É essa, inclusive, uma das principais diferenças do contrato de distribuição para o contrato de agência, haja vista que neste último tipo contratual, o agente recebe uma comissão pela intermediação, já no contrato de distribuição, o distribuidor retira sua remuneração da diferença fixada entre o preço de compra e o preço de revenda.⁷⁴

Outra decorrência lógica do contrato de distribuição é a existência da transferência da propriedade para o distribuidor. Como já dito, a operação do contrato de distribuição envolve operações de compra e venda mercantil em caráter habitual, estável, e não eventual. O adquirente (distribuidor) compra para a posterior revenda. Portanto, a

⁷¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, 28ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 930590004, Desembargador Relator Júlio Vidal, julgado em 10.06.2008.

⁷² MELO, Claudineu de. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 51.

⁷³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 64.

⁷⁴ Vide item 1.2.3

propriedade do bem objeto do contrato transfere-se do fornecedor ao distribuidor, para posterior revenda a um terceiro, estranho a essa relação contratual.⁷⁵

O conjunto das características assim destacadas também fica evidente no precedente do Superior Tribunal de Justiça, na análise do Recurso Especial nº 1.403.272/RS, julgado pela Terceira Turma. O caso *sub judice* envolveu uma discussão sobre possibilidade de rescisão de um acórdão, a ação rescisória movida pelo fornecedor (Vonpar Refrescos S.A) em face do distribuidor (Mauro José Shuck), aduzindo que a ação rescindenda havia julgado procedente o pedido do distribuidor para determinar a indenização deste em referência aos valores que foram, por uma suposta estratégia tributária, cobrados a título de frete.

Ao analisar o tema, assim foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[O] acórdão rescindendo, a um só tempo, desconsiderou fatos existentes que se relacionam intrinsecamente ao próprio contrato de distribuição, seja quanto ao seu objeto (efetiva aquisição, pelo distribuidor, dos produtos fabricados para posterior e necessária revenda- no que não se inserem serviços outros, como o de transporte), seja em relação à sua dinâmica (obtenção de margem de lucro do distribuidor justamente em razão da diferença entre o valor de revenda e o da primitiva compra).⁷⁶

Cumprido destacar, ainda, que a delimitação da área de desenvolvimento das atividades por parte do distribuidor está sempre presente nos contratos de distribuição, independentemente da previsão contratual, na medida em que haverá sempre uma zona na qual o distribuidor desenvolverá suas atividades, haja vista a dimensão geográfica do mercado relevante, o qual poderá ser, num extremo, o mundo, noutro, o raio em torno de uma loja.⁷⁷

Adverte, todavia, Ana Carolina Devito Dearo ZANETTI que a falta de precisão sobre os contornos da área de atuação pode gerar conflitos entre o distribuidor e o fornecedor, na medida em que o concessionário não saberá com exatidão os limites da extensão de seu território.⁷⁸

Há que se ressaltar que a existência – ainda que de forma difusa ou imprecisa – de uma área de atuação não implica, como consequência, na existência de exclusividade

⁷⁵ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. op. cit., p.63.

⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.403.272-RS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10.03.2015.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 61.

⁷⁸ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de Distribuição: inadimplemento recíproco*. op. cit., p. 28.

no desenvolvimento daquela atividade por parte do distribuidor. Ou seja, a definição de uma área demarcada para atuação não implica na obrigatoriedade de determinado distribuidor agir naquele espaço geográfico de forma exclusiva, de modo que em determinada área podem coexistir dois distribuidores.

Por fim, a existência de uma relação de controle do concessionário na figura do distribuidor, é, nos dizeres de Humberto THEODORO JUNIOR e Adriana Mandim Theodoro de MELLO, “*a chave da distribuição*”.⁷⁹

Tal situação de desequilíbrio é reiterada por outros autores: Paula A. FORGIONI relata também que os contratos de distribuição encerram uma relação de poder desequilibrada⁸⁰. Nessa mesma linha, destaca Fabio Konder COMPARATO, que, ao tratar sobre a situação de dependência do concessionário, tal situação pode resultar da imposição de uma obrigação unilateral de provisionamento de vendas mínimas.⁸¹

Destaque-se que essa situação de desigualdade entre as partes comporta diversos graus de controle por parte do fornecedor, conforme destaca André Brandão Nery COSTA:

A existência de controle externo do produtor sobre o concessionário e sobre sua atividade constitui característica essencial do contrato de concessão comercial, justamente porque é inerente à noção de distribuição integrada. Esse controle, contudo, presente – sem desconfigurar esse tipo social – diversos graus, a serem estabelecidos pela autonomia privada das partes.⁸²

Fato que ainda será destacado à frente é que essa situação de sujeição, a bem da verdade, é coexistente à situação de dependência econômica criada nos contratos de distribuição e, exatamente por isso, tal situação ainda será explorada nos capítulos posteriores, para fins de analisar possíveis exercícios de situações jurídicas subjetivas abusivas por parte do fornecedor, caracterizando-se abuso da dependência econômica nessas relações contratuais, com a consequente repressão do direito a tais práticas por parte do contratante forte.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. In: Revista dos Tribunais*, v. 825, pp. 35-74, jul. 2004, p.43.

⁸⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 344.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle da sociedade anônima*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 74.

⁸² COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 68.

Isso não significa que, conforme se verificará mais à frente, a mera existência dessa situação de dependência econômica acarretará em ilicitude ou em cometimento de abusos por parte do contratante mais forte. Entretanto, é essa situação de dependência inerente ao contrato de distribuição que deu azo à investigação do presente trabalho, com o intuito de se evitar o cometimento de abusos por parte do contratante mais forte. Ou seja, a mera existência da situação de dependência econômica não acarreta, por si só, no não merecimento de tutela daquele contrato; apenas quando, porventura, tal situação subjetiva se revelar abusiva, haverá a repressão daquela conduta.

Passados tais dissensos, pode-se definir o contrato de distribuição ou concessão comercial, ainda que abstratamente e no aspecto que define a função desenvolvida pelo mesmo, com base na lição de Paula A. FORGIONI, como um contrato:

que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.⁸³

Pode-se, nesta toada, concluir que a existência de um contrato de distribuição traz em si os seguintes efeitos: ocorrência de várias compras por parte do distribuidor dos produtos fabricados pelo fornecedor, com a posterior revenda dos mesmos aos seus destinatários finais, do que se conclui haver a transferência de propriedade do bem do fornecedor ao distribuidor.

Em paralelo, retira-se da diferença do preço de compra para o da posterior revenda, a remuneração do distribuidor, o qual, para que tenha as vantagens de comercialização dos produtos fabricados pelo fornecedor, sujeita-se às diretivas, o que acaba por criar uma situação de dependência econômica decorrente da própria estrutura relacional dos *contratos da distribuição* (dentre os quais se inclui o contrato de distribuição ou concessão comercial).

Delimitando-se, ainda que abstratamente, os índices de tipo que comumente se fazem presente nos contratos de distribuição ou de concessão comercial, cumpre estabelecer suas diferenças para outras figuras contratuais que lhes circundam, sendo

⁸³ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. op. cit., p. 116.

relevante, com essa finalidade, o destaque aos contratos de franquia e de agência ou representação comercial autônoma.

1.2.2. O contrato de distribuição frente ao contrato de franquia:

A definição legal do contrato de franquia é exposta pelo art. 2º da Lei 8.995/94:

Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado o vínculo empregatício.

Trata-se o contrato de franquia, apesar de sua regulamentação típica pela Lei 8.995/94, de um contrato que se aproxima bastante do contrato de distribuição, na medida em que ambos são utilizados para facilitar o escoamento da produção – conforme destacado no item anterior – e que compõem um sistema de distribuição indireta integrada. Além disso, como na concessão comercial, o franqueado também atua por conta própria, assumindo os riscos do negócio. Por esse motivo, a distinção dos mesmos não é tarefa fácil.⁸⁴

Dentre os autores que destacam a semelhança de ambos, sobressai a opinião de Valdério BULGARELLI, segundo o qual o aspecto funcional de ambos se unem, haja vista a íntima ligação à atividade de distribuição dos produtos.⁸⁵ Por outro lado, Paula A. FORGIONI aduz que, apesar de se constatar a coincidência da função econômica nesses dois contratos, tem-se que a franquia é mais abrangente, na medida em que envolve a transferência de tecnologia, de *know-how* da franqueadora para a franqueada, visto que na franquia a pedra de toque recai sobre o uso da marca e a prestação de serviços organizados de acordo com os métodos de venda pelo franqueador.⁸⁶

⁸⁴ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. op. cit., p. 43.

⁸⁵ BULGARELLI, Valdério. *Contratos Mercantis*. op. cit. p. 484.

⁸⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 106.

Nessa mesma linha, Ana Carolina Devito Dearo ZANETTI entende que a franquia, dentre os contratos da distribuição, é aquele em que a integração entre as partes se dá no grau máximo. Como consequência, a cooperação entre empresas independentes assume contornos mais estreitos, gerando, no público externo, a convicção de se tratar uma filial do produtor. Com efeito, conclui a autora, em seguida, ser a franquia uma evolução do contrato de distribuição, sob o aspecto da ingerência do franqueador na esfera de decisões do franqueado.⁸⁷⁻⁸⁸

Entende-se que, apesar a tipificação do contrato de franquia, tal ponto não serve, em si, como elemento diferenciador, na medida em que as previsões da Lei 8.955/1994 cingem-se, basicamente, à fase pré-contratual da franquia, em especial, regula-se o sistema de formação da carta de franquia e os requisitos que tornam – ou não – lícita a formação da rede de franqueados.

Trata-se, exatamente, de um reconhecimento de uma situação de fraqueza contratual por parte do franqueado a que o legislador tomou por bem regular do tema de forma específica, para que se evitasse o cometimento de abusos por parte do franqueador.⁸⁹

Importante nesse ponto destacar que, para o presente trabalho, por um corte metodológico necessário, não se verificará a tratativa do abuso da dependência econômica aos contratos de franquia, apesar das ponderações entre a proximidade dos tipos contratuais. Tal fato, no entanto, não significa que a análise especificamente da questão referente à dependência econômica não seja aplicável a tal caso. Isso porque, a um, é possível identificar a mesma finalidade econômica de operacionalizar o escoamento da

⁸⁷ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição. O inadimplemento recíproco*. op. cit., p 44.

⁸⁸ Também nesse sentido, confira-se a lição de André Brandão Nery COSTA: “A *colaboração entre o produtor e o distribuidor – e aqui não se está se referindo ao dver lateral de cooperação das partes determinado pelo princípio da boa-fé objetiva – consiste na consecução de finalidades contratuais comuns. Convém ressaltar que, a partir dessa natureza cooperativa dos contratos de concessão comercial e de franquia, estes podem ser caracterizados como negócios pessoais e de confiança, atributos naturalmente interligados, que lhes confere um forte pendor relacional.*” (*Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 56).

⁸⁹ Sobre o tema, verifique-se a lição de André Brandão Nery COSTA, ao tratar dos contratos de distribuição (concessão comercial) e de franquia: “*Diante dessa estruturação dos interesses, é necessária a presença nesses contratos, especialmente naqueles qualificados como de concessão comercial e de franquia, para o seu desenvolvimento sadio, de mecanismos de incentivo e de controle que obriguem o concessionário e o franqueado a não impor seus próprios interesses em detrimento daqueles do fornecedor. O ajuste contratual será, portanto, o ponto de delicado equilíbrio de tais interesses. O contrato, nesse contexto, deve ser construído de modo a estimular o fabricante, assim como o concessionário e o franqueado a se esforçarem para produzirem proveitos conjuntamente, minimizando seja efetuada conduta oportunista por qualquer deles.*” (*Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., pp. 63-64).

produção entre os dois tipos contratuais (concessão comercial e franquia)⁹⁰; e, a dois, pois, conforme destacado, há também nesses contratos uma grande forma de ingerência por parte do franqueador na esfera jurídica do franqueado, o que possibilita a utilização dos termos referentes à dependência econômica.

1.2.3. O contrato de distribuição e o contrato de agência (ou representação comercial autônoma)

Embora utilizados com termos diferentes, o que gerou dúvidas na doutrina, o contrato de agência – regulado pelos artigos 710 a 721 do Código Civil – identifica-se com o contrato de representação comercial autônoma – regulado pela Lei 4.886/65.⁹¹ O contrato de agência ou de representação comercial autônoma é aquele segundo o qual há uma intermediação de vendas por parte do representante ou agente. O representante tem a função de aproximar do fabricante o possível comprador, sendo remunerado por tal atividade por meio da comissão. Logo, o agente exerce nessa relação contratual a função de “*catalisador ou intermediário*”.⁹²

Tem-se, portanto, que a distribuição de que trata o art. 710 do Código Civil não anula a essência do contrato de agência, ou seja, não transforma o agente em concessionário (ou distribuidor em sentido estrito). Isso porque a peculiaridade narrada nesse artigo é exatamente o fato de ter à sua disposição a coisa a ser negociada, mas isso não significa que ele tenha a propriedade do bem. Trata-se, a bem da verdade, de uma espécie de agente: o *agente-distribuidor*.⁹³

Nesse sentido, destaque-se a lição de André Brandão Nery COSTA:

⁹⁰ Leonardo Sperb de Paola também enquadra o contrato de franquia na mesma: “*cadeia tipológica dos contratos de distribuição e concessão comercial, numa mesma família dos contratos de rede de distribuição de bens e serviços, propiciando, inclusive, o transporte de regras de um contrato da mesma família para outro.*” (PAOLA, Leonardo Sperb de. *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 343, ano 94, jul./ago./set., 1998, p. 132.)

⁹¹ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de Distribuição: o inadimplemento recíproco*. op. cit., p. 41.

⁹² FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*. op. cit. p. 95.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual*. op. cit., p. 38.

a simples disponibilidade do bem não se mostra circunstância idônea a igualar os riscos assumidos pelo agente-distribuidor com aqueles atribuídos ao concessionário. Este está sujeito a inúmeros riscos, como, a título de exemplo, aqueles decorrentes do inadimplemento do terceiro com quem negocia os bens adquiridos; de celebração de contratos de revenda em condições que lhes são desfavoráveis; de variação do preço dos produtos no mercado; de o produto de sua propriedade, que seria revendido, se deteriorar etc. O concessionário também pode ver o seu estoque de produtos “encalhar” diante da alteração das necessidades do mercado ou, ainda, ser responsável pelos produtos que oferece perante os consumidores. Mostram-se, assim, robustos os riscos assumidos pelo concessionário ao celebrar tal contrato, ao passo que o “agente-distribuidor” apenas assumiria, em princípio, diante de sua configuração peculiar, o risco de responsabilidade perante terceiro.⁹⁴

É possível, então, identificar como diferenças do contrato de distribuição e do contrato de agência ou concessão comercial autônoma: (i) enquanto no contrato de distribuição, o distribuidor adquire o produto do fabricante e, posteriormente, por sua conta e risco o revende de forma habitual; no contrato de agência, a propriedade não é transferida ao representante comercial, isto é, a venda para o destinatário final é feita diretamente pelo fabricante. (ii) o distribuidor retira seu ganho exatamente da diferença entre o preço da revenda e o preço da compra junto ao fabricante; já no contrato de agência, paga-se uma comissão em prol daquele que catalisa o processo econômico de escoamento da produção.

Importa, ainda, fazer uma ressalva quanto à nomenclatura dada pelo Código Civil na regulação dos artigos 710 e seguintes. Apesar de tratar sob a égide de distribuição, cuida-se, a bem da verdade, de uma modalidade de contrato de agência, a denominada agência-distribuição.

Nem mesmo a alegação de que o contrato de agência-distribuição e o contrato de concessão comercial teriam a mesma função – a de escoar os produtos do fornecedor ao mercado consumidor – não é suficiente para a aproximação das duas figuras. Como já destacado acima e no entendimento de André Brandão Nery COSTA, são inúmeros os contratos inseridos no processo de distribuição, os quais não se inserem necessariamente na mesma estruturação de interesses. No contrato de concessão, busca-se transmitir, por meio desse processo econômico, os riscos do negócio ao concessionário; por seu turno,

⁹⁴ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 72.

no contrato de agência e de agência-distribuição o risco do negócio, ordinariamente, permanece na esfera do próprio produtor.⁹⁵

Esses contratos (agência-distribuição) são na verdade uma modalidade de agência, na qual o agente tem a posse dos bens para os quais intermedeia a venda para o destinatário final, e não há – como elemento caracterizador dos contratos de distribuição ou concessão comercial – a aquisição do bem para posterior revenda por conta própria.⁹⁶

Além disso, a atividade do agente ou do representante comercial consiste na intermediação do interessado no produto do representado, agindo, conforme já destacado, como um catalizador das vendas.

Por fim, a última diferença a ser levantada diz respeito à forma em que se dá a remuneração nos contratos de distribuição e nos contratos de agência. Nesse sentido, destaque-se a lição de Paula A. FORGIONI:

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

Em sede de jurisprudência, o mesmo julgado do Superior Tribunal de Justiça já destacado acima traz em sua fundamentação essa diferença, como se verifica do trecho a seguir:

Aliás, esclareça-se, por oportuno, que os art. 710 e 720 do Código Civil, que tratam dos contratos de agência e de distribuição (divergindo a doutrina se seriam um ou dois ajustes), em nada se relacionam com o pacto sub judice [distribuição de bebidas], em que pese a identidade das nomenclaturas adotadas. Nos referidos contratos, a intermediação pura da venda dos produtos fabricados pela concedente (fabricante) consubstancia seu objeto, variando, num e noutro caso, a extensão das funções do agente, com a detenção ou não da posse das mercadorias. No caso do contrato de distribuição (concessão comercial), concebido, inegavelmente, como destacado pacto de colaboração (destinando-se a conferir maior efetividade à cadeia de consumo dos produtos fabricados pela concedente, tornando ainda mais viável a atividade econômica

⁹⁵ COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabiliza o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 74.

⁹⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 111.

⁹⁷ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 97.

desenvolvida pela fabricante), o distribuidor desempenha relevante função, consistente na efetiva aquisição – e não na mera intermediação, ressalta-se –, das mercadorias produzidas pela fabricante com a exclusiva finalidade de, numa determinada localidade, revende-las, extraindo-se daí (da diferença entre o valor da compra e o obtido com a revenda) sua margem de lucro.⁹⁸

Em síntese, tem-se que apesar da mesma tratativa de nomenclatura e de função genérica de escoamento da produção, não há identidade na tratativa entre o contrato distribuição – ou concessão comercial – para com o contrato de agência – ou representação comercial autônoma.

Tem-se, com relação a tais tipos contratuais, que no contrato de distribuição, há a efetiva transferência da propriedade dos bens comprados pelo distribuidor para posterior revenda ao destinatário final. No contrato de agência, o agente tem – no máximo – o produto à sua disposição (na modalidade agência-distribuição). Com efeito, depreende-se disso que o agente não atrai pra si os riscos do negócio, enquanto o concessionário tem os riscos decorrentes da compra dos produtos.

A outra diferença fundamental entre os dois tipos contratuais reside na forma da remuneração: enquanto na distribuição, o distribuidor é remunerado pela diferença entre o preço de compra e o preço de revenda; a remuneração do agente será feita por meio de uma comissão pela aproximação feita entre o destinatário final do produto e o comitente.

Dessa forma, encerra-se o escopo previsto para o Capítulo 1.

Em primeiro lugar, foi apresentada o contexto de transmutação ocorrente no sistema de comercialização e escoamento da produção para o consumidor por parte dos fabricantes, a partir da Revolução Industrial, e a consequências para o estabelecimento de relações contratuais.

Em seguida, fez-se um recorte metodológico necessário para fins de delimitar o tema do presente trabalho, escolhendo, dentre as opções o contrato de distribuição ou de concessão comercial, a fim de que se procedesse ao aprofundamento necessários para o desenvolvimento da temática.

Por fim, verificou-se a qualificação do contrato de distribuição pelo método tipológico, indicando abstratamente os índices de tipo que se fazem presentes, em linhas gerais, nos contratos de distribuição.

⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.403.272-RS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10.03.2015.

Ao lado disso, analisou-se os tipos contratuais que cercam tal contrato – agência e franquia –. Desse modo, foi possível compreender o contrato de distribuição ou de concessão comercial como aquele acordo entre o distribuidor e o fornecedor estabelecendo um regime constante de compra e venda de produtos de fabricação deste para destinação ao consumidor final, retirando o distribuidor o proveito econômico da diferença entre o valor de compra e o valor de revenda.

2. A SITUAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E A QUALIFICAÇÃO DO ABUSO DA DEPENDÊNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Postas as premissas de definição do contrato de distribuição, este Capítulo 2 tratará da dependência econômica, identificando, em seguida, o que vem a ser o abuso da dependência econômica e, por fim, qualificar o abuso da dependência econômica à luz da relação contratual existente.

Para tanto, estruturou-se o presente capítulo em quatro partes: na primeira delas, serão traçadas as fontes da dependência econômica no interior do contrato de distribuição; em seguida, serão estudadas as origens da preocupação com as situações subjetivas que abusam da dependência econômica das partes, abordando, ainda, a regulamentação – ou tentativa – de regulação no país. Na terceira etapa, serão averiguadas as situações a que se denomina o abuso da dependência econômica por parte de um dos contratantes, esmiuçando as formas de sua caracterização, seja pela eficiência do mercado ou pela falta de alternativa razoável. Adiantado uma das conclusões, identifica-se a tratativa como sendo uma situação na qual a “*supremacia implica na possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições a outros, que deverá aceitá-las para sobreviver*”⁹⁹. A quarta e última etapa tratará sobre a qualificação do abuso da dependência econômica na cláusula geral do abuso do direito prevista pelo art. 187 do Código Civil.

2.1. As fontes da dependência econômica nos contratos de distribuição

Segundo Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI, a situação de dependência econômica pode ser enxergada na criação de um particular estado de sujeição em que uma sociedade empresária encontra-se perante outra, tendo correlação direta com o exercício da atividade empresarial.¹⁰⁰

A estrutura dos contratos de distribuição decorre de uma relação de dependência técnica, organizativa, tecnológica, estrutural, financeira, etc., tendo em vista que sua

⁹⁹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. op. cit., p. 347.

¹⁰⁰ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 59.

execução é duradoura e, via de regra, pressupõe investimentos específicos, cláusulas de exclusividade, estoque mínimo e tantas outras obrigações que podem onerar exclusivamente um dos empresários contratantes.¹⁰¹ A decorrência dessa relação de dependência é a criação de subordinação de uma parte à outra, na qual a parte mais fraca ficará, a depender do contexto, mais ou menos livre, para conduzir a seu modo suas atividades.¹⁰²

Essa subordinação, todavia, não é uma *subordinação perfeita*, segundo a qual o contratante dependente é obrigado a se sujeitar à autoridade do outro contratante, sob pena de responsabilização e/ou ruptura do vínculo contratual.¹⁰³ Trata-se, na verdade, de uma subordinação profissional, que resulta na imposição de algumas cláusulas pela parte economicamente mais forte, no que se denomina *subordinação imperfeita*. Na chamada subordinação imperfeita, o parceiro contratual privilegiado dispõe de um meio de impor uma estratégia econômica e empresarial que leva em conta seus próprios interesses, controlando ou sujeitando a parte fraca.¹⁰⁴ Em outros termos, a situação de dependência econômica nos contratos de distribuição implica a mitigação concreta da autonomia da vontade¹⁰⁵, imposta pela estrutura contratual, causando impactos em todas as fases negociais e permitindo que a parte forte determine todo o modo como se dará a execução do contrato.¹⁰⁶

Essa situação de disparidade entre as partes ensejou Georges VIRASSAMY, um dos pioneiros a tratar do tema, a constatar e propor a existência de uma categoria contratual a qual cunha o nome de *contrats de dependance* (contratos de dependência).

¹⁰¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 89.

¹⁰² FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*, 2010, 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 70.

¹⁰³ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*, op. cit., p. 71.

¹⁰⁴ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 71-72.

¹⁰⁵ Por autonomia da vontade, entende-se “o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos (...), que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações. Mas, por amor à regra de convivência social, este princípio da autonomia da vontade subordina-se às imposições da ordem pública, que tem primazia sobre o primeiro, de forma tal que todo reforçamento da ordem pública implica restrição na autonomia da vontade, sendo de assinalar-se que, em nossos dias, vem-se observando, no mundo inteiro, uma cada vez maior expansão do domínio da ordem pública, e cada vez mais acentuado estreitamento da participação da autonomia da vontade”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva.. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 410).

¹⁰⁶ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 90.

Tais contratos de dependência seriam contratos de execução continuada. Além disso, tais contratos identificam-se com os chamados contratos de adesão, na medida em que são redigidos unilateralmente por uma das partes, ao qual a contraparte simplesmente adere às cláusulas sem a possibilidade de alteração das convenções pré-redigidas, concluindo que a dita dependência é facilmente enxergada quando se verifica que o fim da relação contratual entre as partes induz a sérios problemas a uma das partes contratantes, quando não leva até mesmo à extinção da parte dependente.¹⁰⁷

Importa, nesse ponto, fazer uma ressalva quanto ao caráter de contratos de adesão. É claro que a existência de um contrato de adesão acaba por ser uma característica que auxilia na identificação da situação de dependência, para a apuração do abuso dessa situação de dependência e, inclusive como se verá, justificará uma intervenção diferenciada na hipótese de revisão dos contratos em que se verifique o abuso da dependência econômica. Todavia, para a caracterização da situação de dependência, não se vislumbra como essencial o fato de ser um contrato de adesão, na medida em que ainda que as cláusulas sejam negociadas pelas partes, pode-se verificar que a relação entre as partes impõe o reconhecimento da dependência de uma delas.

Nesse sentido, destaque-se a lição de Eliseu JUSEFOVICZ:

[O] fato é que, dentro do contexto do contrato padronizado e de adesão, há um ambiente propício para a proliferação das cláusulas abusivas, constituindo-se no campo de eleição predileto dessas.¹⁰⁸

Em seguida, conclui o autor:

Na verdade, as cláusulas abusivas não são exclusivas dos contratos padronizados e de adesão, mas estes contratos constituem o espaço privilegiado de seu surgimento e elas são parte integrante do seu conteúdo, quase sem exceção. Verifica-se que tal tipo de contratação se presta a elevar o poderio econômico da parte mais forte, facilitando a inserção de cláusulas abusivas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. op. cit., p. 132.

¹⁰⁸ JUSEFOVICZ, Eliseu. *Proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais*. 2004, 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004, p. p. 78.

¹⁰⁹ JUSEFOVICZ, Eliseu. *Proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais*. cit., 78. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit., p. 8.

Nesse mesmo sentido, Lucia Ancona Lopez de Magalhães DIAS adverte que o controle sobre o merecimento de tutela de determinado negócio jurídico não pode residir na forma de contratação por adesão, mas sim, no controle do conteúdo em si que pode vir a desequilibrar o contrato, senão veja-se:

O fato de se constatar com maior frequência o uso de cláusulas abusivas em tais técnicas de massa [contratos de adesão] não retira a absoluta legalidade e utilidade dos contratos padronizados. Diferentemente do que outrora se pensava, o problema do desequilíbrio contratual e, portanto, das cláusulas abusivas, não está na constatação de desigualdade da posição das partes na formação do contrato pela técnica de contratação em massa, mas sim na identificação de eventual abuso que possa surgir desta desigualdade por parte do predisponente. Vale dizer, é o abuso no exercício da autonomia de vontade que torna duvidoso o negócio jurídico bilateral e não a forma de contratação por adesão.¹¹⁰

Conclui-se, com efeito, que o fato de o contrato ser ou não de adesão auxiliará na verificação do comportamento de uma das partes configurar ou não abuso da dependência econômica, mas não é elemento que afaste a caracterização da dependência econômica. Quer dizer, é elemento que ajuda na verificação de merecimento de tutela da previsão contratual, e não propriamente para a caracterização da relação de dependência econômica de uma das partes à outra.

Feita tal ressalva, volta-se às lições de Georges VIRASSAMY, segundo o qual a situação de dependência econômica é verificada com base em três elementos:

il s'agit de: l'existence d'une relation contractuelle entre les parties (i), de l'importance de cette relation quant à l'existence de l'assujetti (ii), et de la régularité et la permanence de ces liens contractuels (iii).¹¹¹

Para o autor, portanto, a relação de dependência surge exatamente de uma relação contratual de longa duração, cuja manutenção do vínculo é essencial para a existência da atividade de uma das partes.

Se depreende daqui, então, que a existência do contrato coligada com a importância da manutenção do vínculo para a existência da atividade desenvolvida pela

¹¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC/2002. In: Doutrinas essenciais do Direito do Consumidor*. Org. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 383-418, p. 392.

¹¹¹ VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. op. cit., p. 135. Tradução livre: “estes são: a existência de uma relação contratual entre as partes (i), a importância desta relação no que respeita à existência do sujeito (ii), e da regularidade e continuidade dessas ligação contratual (iii).”

parte dependente *per si* cria a situação de dependência econômica nos contratos de distribuição – e isso será investigado mais à frente. Todavia, ao lado dessa fonte de criação de dependência econômica, podem existir outras que, ligadas a tal tipo contratual originam a dependência de uma das partes.

Nesse sentido, Paula A. FORGIONI estabelece, com base na doutrina alemã, francesa e italiana, quatro fontes de geração da dependência econômica, quais sejam: (i) poder relacional decorrente do engajamento em um contrato de longa duração; (ii) poder de compra decorrente de uma situação de sujeição econômica, visto, em especial, nas situações de grandes redes varejistas, como é o caso dos supermercados no Brasil; (iii) a dependência da marca famosa, quando um produto é tão notório que a ausência da oferta aos clientes gera prejuízo à capacidade competitiva do distribuidor; (iv) período de crise, situações nas quais não há alternativas para o escoamento da produção em que o abastecimento do mercado torna-se de difícil alcance.¹¹²

Nessa mesma linha, Calixto SALOMÃO FILHO, que trata o tema, sob a ótica do ilícito concorrencial, constata que a dependência, denomina pelo autor como relativa, ocorre quando um dos agentes está vinculado a outro, sem possibilidade de escolha, podendo ocorrer em três hipóteses: (i) dependência de sortimento, quando a presença de um determinado produto é essencial; (ii) dependência empresarial, quando há relações contratuais – de fato ou de direito – de longa duração e que criam vínculos duradouros para as partes; (iii) dependência estrutural, quando há um período de escassez em que uma das partes aproveita-se para dominar o mercado.¹¹³

Também em Portugal tem-se que a dependência econômica decorre de quatro fundamentos, quais sejam: (i) dependência em função da escassez: a produção é insuficiente para abastecer o mercado em razão de crises, embargos econômicos de outros Estados ou qualquer outra situação de crise;¹¹⁴ (ii) dependência em função do sortimento: ocorrida quando a capacidade concorrencial é debilitada quando da ausência de um produto de determinado fabricante (marca famosa ou de prestígio);¹¹⁵ (iii) dependência em função da relação entre empresas: tal situação decorre da relação contratual duradoura

¹¹² FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., pp. 350-352.

¹¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 214-216.

¹¹⁴ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 90

¹¹⁵ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. op. cit., 91.

existente entre dois entes;¹¹⁶ (iv) dependência em função da procura: hipótese na qual o fornecedor não tem alternativa suficiente para o escoamento do seu produto, razão pela qual fica dependente do grande varejista.¹¹⁷

Na Itália, Cristoforo OSTI identifica também quatro fontes que caracterizariam a situação de dependência econômica, quais sejam: (i) a dependência de sortimento, ocorrida em hipóteses em que o distribuidor não pode deixar de oferecer certos produtos ou artigos de determinada marca relevante para o mercado; (ii) a dependência decorrente de uma relação contratual, derivado de uma relação contratual em que uma das partes é relativamente dominante; (iii) dependência da penúria, advinda de épocas de crise, em que há uma dificuldade na fonte de abastecimento; (iv) dependência do fornecedor, decorrente do fato de o distribuidor destinar sua produção de maneira quase exclusiva para satisfazer a demanda de um produtor determinado.¹¹⁸

Dessa maneira, é possível enquadrar as origens da dependência econômica em quatro categorias que facilitarão a análise da situação de dependência e a possível ocorrência do abuso dessa situação, o que merecerá repressão pelo ordenamento jurídico. Tais categorias são as seguintes: (i) existência de relação contratual; (ii) conjuntura econômica e períodos de crise; (iii) dependência de produtos notórios; (iv) poder de compra.

2.1.1. Relação contratual de longa duração: os investimentos específicos como caracterizadores da situação de dependência

Como já delimitado no âmbito do Capítulo 1, os contratos de distribuição pressupõem o caráter relacional e de longa duração, com certa ingerência do fornecedor sobre a atividade do distribuidor, em razão da necessidade de controle sobre a destinação eficaz dos produtos produzidos e colocados para a comercialização no mercado.

Sobre a existência da situação de dependência decorrente exatamente de um contrato de distribuição, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão já relacionado no

¹¹⁶ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. op. cit., p.101.

¹¹⁷ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001, p.115.

¹¹⁸ OSTI, Cristoforo. *Nuovi obblighi a contrattare*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, pp. 249-250.

presente trabalho (REsp 1.403.272-RS), reconheceu que os contratos de distribuição encerram a existência de um contrato em que uma das partes se vê dependente economicamente da outra:

Note-se, porque relevante, que se trata de contrato celebrado entre empresários, a fim de dar consecução a operações comerciais de compra e venda, para posterior revenda, a viabilizar o desenvolvimento da atividade econômica desenvolvida por cada contratante.

Nesse contexto, esse dirigismo contratual afigura-se realmente salutar ao êxito do contrato em tela. Tampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das relações empresariais, encerra, em princípio, desequilíbrio contratual.

No entendimento do precedente, verifica-se, portanto, que o contrato de distribuição encerra uma avença em que há “*inegavelmente*” situação de dependência econômica. Deixou-se de reconhecer, todavia, que tais relações, se cunhadas de abuso dessa situação de dependência, gerando desequilíbrio contratual, deve ser reprimido pelo direito.

Para o presente trabalho, num limiar um pouco diverso daquele tido pelo precedente citado, adota-se por premissa o entendimento já exposto de Georges J. VIRASAMY.¹¹⁹ Para o autor, a situação de dependência econômica depende que, juntamente com a própria existência do contrato de dependência, exista, em paralelo, a caracterização da importância da relação contratual para a continuidade do desenvolvimento das atividades por uma das partes.

Para sua caracterização, tem-se que ter em mente que a situação de dependência econômica decorrente de vínculos contratuais advém da ideia do poder relacional oriundo da perspectiva do contrato de longa duração, a qual é, em geral, conjugada com a existência de investimentos específicos exigidos à execução do negócio.¹²⁰

Conclui-se, portanto, que a caracterização da dependência econômica em razão dos contratos firmados entre distribuidor e fornecedor exige a demonstração da estruturação de uma organização específica e especialmente direcionada à execução daquele contrato.¹²¹

¹¹⁹ Vide nota 111.

¹²⁰ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 67.

¹²¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 68.

Assim, a existência de investimentos específicos será essencial para: (i) demonstrar a existência de um contrato de distribuição com situação de dependência econômica, em que a relação contratual se configura por essencial para o desenvolvimento das atividades de uma das partes; ou (ii) elemento que afasta a situação de dependência econômica nos contratos de distribuição. Destarte, medida escorreita é o balizamento do que venha a ser os investimentos específicos aptos a criar – ou a afastar – a situação de dependência dos contratos de distribuição.

Nesse sentido, os investimentos específicos podem ser considerados como passivos dos quais fração relevante de seu retorno depende, para sua realização, da continuidade de uma transação específica.¹²² Por tal razão, a obtenção do ganho idealizado pela parte que realiza tal investimento depende necessariamente da manutenção do contrato por período compatível com a magnitude do investimento exigido.¹²³

De acordo com Paulo Furquim de AZEVEDO, é possível que se identifique a especificidade do investimento de cinco formas: (i) especificidade física, quando o produto ou o equipamento contém atributo físico relevante para a contraparte; (ii) especificidade temporal, quando o tempo necessário para encontrar e negociar com um segundo contratante constitui custo relevantes, de modo a ocorrer perdas decorrentes da perecibilidade; (iii) especificidade locacional, quando o retorno do investimento, em razão dos custos da logística, forem superiores em negociações realizadas em local mais próximo; (iv) especificidade humana, quando o desenvolvimento da relação contratual depende do treinamento de pessoal e capacitação do próprio profissional que estará vinculado à atividade; (v) especificidade dedicada, quando o investimento é realizado com a finalidade única de atender à demanda da contraparte.¹²⁴

Complementando a explicação dos investimentos específicos e tratando-se sobre alguns exemplos, Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI, destaca:

Os exemplos de ativos específicos necessários à execução de contratos interempresariais são numerosos. É o que ocorre em contratos de fornecimento industrial, quando os atributos físicos de equipamentos e maquinários são destinados à fabricação de bens cuja utilização restringe-se a determinado comprador (especificidade física); em

¹²² AZEVEDO, Paulo Furquim. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 112-136, p. 127.

¹²³ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 95.

¹²⁴ AZEVEDO, Paulo Furquim. *Economia dos contratos*. op. cit., pp. 127-128.

contratos de fornecimento agrícola, quando a demora de colocação no mercado pode significar perdas significativas (especificidade temporal); em contratos de distribuição, quando a devolução de certos produtos ao fornecedor poderá ser extremamente onerosa (especificidade locacional); e, por fim, em contratos de franquia, quando a capacitação de pessoal agrega valor ao negócio e o retorno depende da execução do contrato (especificidade humana).¹²⁵

Tais investimentos em ativos específicos se caracterizam como custos irrecuperáveis, na medida em que a decisão sobre o gasto é anterior ao período de sua recuperação. Como consequência disso, a existência desses investimentos restringe a mobilidade do agente econômico dependente, que vê sua possibilidade de escolha substancialmente afetada, obrigando-se a aceitar condições gravosas, pois o rompimento da relação poderá significar perdas ainda maiores.¹²⁶

Com efeito, pode-se dizer que quanto menor a possibilidade de transferir tais ativos a terceiros, mais facilitada se torna a possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas. Ou, nas palavras de Giuseppe COLANGELO:

*La caratteristica degli investimenti specifici risiede nella capacità di legare al contratto la parte che li ha sostenuti, la quale si viene a trovare letteralmente locked-in, e di determinare l'insorgenza, in capo alla controparte, di una appropriabile spcialized quasi rent dell'ammontare del costo di conversione, ossia parti all'eccesso di valore del bene rispetto al suo miglior uso alternativo.*¹²⁷

Além da dificuldade de transferência dos ativos, a outra face desses investimentos é o custo de saída do contrato. Ainda que o agente dependente tenha o direito de resilir o contrato, os investimentos feitos na perspectiva de manter a relação contratual durante determinado período o impedem de romper o vínculo.¹²⁸

¹²⁵ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 96.

¹²⁶ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., pp. 96-97.

¹²⁷ COLANGELO, Giuseppe. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina dela concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2004, p. 44. Tradução livre: "A característica dos investimentos específicos reside na capacidade de ligar ao contrato a parte que o realiza, a qual vem a se encontrar literalmente locked-in (preso), e de determinar a insurgência, a contraparte, de um quasi rent investimento do montante do custo de conversão, ou seja, parte do valor do ativo que excede o seu melhor uso alternativo."

¹²⁸ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 98.

Buscando evitar, exatamente, esse tipo de situação, a previsão do art. 473, parágrafo único, do Código Civil¹²⁹ restringe a possibilidade da rescisão do contrato à imposição de que seja respeitado um prazo razoável, se houver sido feito investimento considerável para a execução do contrato. Portanto, a preocupação com a situação de fraqueza da parte que faz investimentos específicos no contrato se vê positivada na legislação pátria, embora confira tutela a uma hipótese muito restrita.

Ao largo dos investimentos específicos, existem os custos irrecuperáveis (também conhecidos como *sunk costs*), para os quais a extinção do contrato acarreta a perda do gasto. Pode-se utilizar, como exemplo, os gastos realizados pelo distribuidor com a promoção dos produtos, com o treinamento específico de pessoal para a comercialização do produto ou, eventualmente, para a prestação de serviços pós-venda.¹³⁰

Tais investimentos específicos podem, inclusive, gerar a situação chamada de *hold-up* (refém), segundo a qual a existência de um ativo específico torna uma das partes vulnerável às ameaças da contraparte em encerrar a relação. Tal situação possibilita, por exemplo, a extorsão pós-contratual, hipótese na qual o fornecedor condiciona a venda do produto X (bem aceito no mercado) à aquisição do produto Y (pouco aceito) por parte do distribuidor.¹³¹

Diante desse panorama, entende-se que os investimentos específicos realizados por uma das partes têm o condão de tornar o contrato essencial para o desenvolvimento das atividades de uma das partes, visto que o seu caráter irrecuperável impede que a mesma saia do contrato sem a transferência desses ativos para a contraparte.

Pode ocorrer, em paralelo, hipóteses em que a existência de investimentos específicos criem situações de *interdependência econômica*. Tal cenário deriva da dependência recíproca de ambas as partes em relação ao vínculo contratual. Esse é o posicionamento de Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI, o qual defende que tal situação se verifica quando há investimento específico realizado por ambos os contratantes, cuja consequência é a ausência de alternativas para os dois contratantes.¹³²

¹²⁹ “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

¹³⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., pp. 473.

¹³¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 105.

¹³² MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 107.

Nessas hipóteses, o aspecto relacional do contrato de distribuição impede as condutas oportunistas, na medida em que o término da relação importará em fracasso conjunto das atividades de ambos os contratantes, sem que qualquer uma das partes consiga se apropriar dos investimentos feitos por parte da contraparte.¹³³

Como exemplo da interdependência econômica – elemento apto a afastar a dependência econômica comum aos contratos de distribuição – pode-se citar as associações produtivas entre empresários, nas quais uma unidade responde pela fabricação de componentes e outra pela montagem do produto final. Nessa hipótese de rede industrial, há especialização do processo produtivo, de modo que nenhuma das partes atingirá o resultado final se houver rompimento de qualquer das etapas.¹³⁴

Em síntese, pode-se dizer que a situação de dependência econômica nos contratos de distribuição depende da verificação de que o contrato seja essencial para a continuidade das atividades desenvolvidas pelos contratantes, em especial, pelo distribuidor, que se vê numa situação de ter as diretivas da sua atividade vinculadas às imposições do fornecedor.

Essa situação de dependência é verificada pela apuração da existência de investimentos específicos, vez que tais ativos aplicados com fins específicos de tornar executável o contrato de distribuição impedem a saída do contratante dependente, pois irrecuperáveis. Os investimentos específicos, se recíprocos, tem o condão de impedir a dependência econômica dos contratos de distribuição (desde que não verificada nenhuma outra das fontes a seguir abordadas), na medida em que tornam as partes como interdependente economicamente.

2.1.2. Período de crise (conjuntura do mercado)

Ao lado da própria existência da relação contratual em que se verifiquem investimentos específicos, a situação de dependência econômica também pode aflorar-se quando, em razão das conjunturas de mercado, faltar alternativa viável para o

¹³³ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 107.

¹³⁴ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 108.

abastecimento ou o escoamento da produção. Tal situação é típica de momentos de crise.¹³⁵ Assim, em situações de crise conjuntural, pode ser que o acesso a determinado bem objeto da distribuição se torne restrito, o que fará com que se crie uma situação de dependência daquele que depende do produto para a subsistência de sua atividade.

Imagine-se, por exemplo, a situação do setor de combustíveis, numa crise mundial de petróleo e – para tornar o cenário ainda mais emergencial – acompanhada, no caso do mercado brasileiro, de uma seca que tornou escassa a produção da cana-de-açúcar e, conseqüentemente, do etanol. No cenário descrito, estará dificultado o acesso a todos os tipos de combustíveis automotores comumente utilizados no mercado brasileiro. Nesse caso, é evidente que os postos distribuidores são dependentes do acesso aos combustíveis para o desenvolvimento de suas atividades, razão pela qual estarão tais distribuidores sob dependência econômica do fornecimento, ainda que escasso, dos combustíveis por partes dos fornecedores.

Logo, se torna evidente que a dificuldade de acesso decorrente de um cenário de crise de abastecimento acarretará a dependência dos distribuidores, na medida em que sua atividade dependerá, basicamente, do acesso àquele determinado bem para revenda aos consumidores finais.

2.1.3. Dependência da marca famosa

A situação de dependência econômica pode decorrer também do fato de um determinado produto ser de tal forma notório e, como consequência, ter penetração no mercado de tal modo elevada, que a dificuldade ou a negativa de acesso ao produto, impedindo de poder ofertá-lo ao consumidor final, cria óbices à capacidade competitiva do distribuidor.¹³⁶ Pode-se dizer, portanto, que a situação de dependência econômica advinda da marca famosa ocorre em função da impossibilidade de substituição de uma marca ou de um produto para os quais a demanda de consumo é específica e direcionada¹³⁷.

¹³⁵ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 66.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 351.

¹³⁷ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 66.

Ao se expor o tema, o grande exemplo dado diz respeito ao caso Rossignol, ocorrido na década de 70 da Alemanha. Rossignol era um distribuidor de esquis, cuja parcela de participação de mercado era relativamente pequena, de apenas 8%. No entanto, apesar do baixo percentual de participação do mercado, seus produtos eram de grande notoriedade para o público em geral. Aproveitando-se da notoriedade de seus produtos, da reputação de sua marca, a Rossignol deixou de fixar o preço de revenda e recusou-se a comercializar os produtos esportivos de sua fabricação para certos distribuidores no mercado.¹³⁸ Nesta oportunidade, entendeu-se que, muito embora tivesse a marca baixa participação de mercado para configurar, por exemplo, o abuso do poder econômico, tendo em vistas a reputação do sinal, o distribuidor não poderia deixar de oferecer ao público esquis daquela marca sem que visse alterada, de forma considerável, sua posição perante os demais concorrentes.¹³⁹

Imagine-se, a título de exemplo, uma situação semelhante no país: uma grande fabricante de refrigerante, com grande aceitação de mercado, numa hipotética praça de alimentação num *shopping* em que todos os concorrentes ali instalados sempre venderam essa marca de refrigerante de ampla aceitação de mercado e, que, de forma abrupta e inexplicável, essa marca de refrigerante deixa de fornecer seus produtos a apenas um único comerciante ali instalado.

Tal cenário hipotético, em que todos os demais comerciantes instalados no local podem revender o produto mais aceito no mercado, enquanto apenas um deles não tem acesso ao produto, evidencia a situação na qual há dependência de uma marca famosa. Isso porque a recusa de venda daquele detentor da marca cria para os distribuidores responsáveis pela revenda uma situação de falta de competitividade perante os demais que lhes cercam, prejudicando a continuidade de suas atividades empresariais.

Portanto, a situação de dependência econômica decorrente da marca famosa ocorre em casos em que imotivadamente um distribuidor deixa de ter acesso ao bem cuja comercialização é essencial para sua manutenção no mercado, sob pena de perder completamente seu potencial competitivo.

¹³⁸ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 65.

¹³⁹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 65.

2.1.4. Poder de compra

A última das fontes de criação da dependência econômica enumerada em sede doutrinária trata-se do poder de compra. Essa hipótese de fonte de criação da dependência econômica é um pouco diferente das demais. Isso porque, enquanto nas demais o distribuidor figura como parte dependente, nesta última, o fornecedor – comumente vista como a parte fraca – afigura-se como parte dependente dos distribuidores intermediários fortes. A preocupação com o poder dos distribuidores iniciou-se nos anos 1970, em razão da presença de grandes grupos varejistas, como o Walmart, o Carrefour, entre outros.¹⁴⁰

Tal fonte de dependência existe nas hipóteses em que há um estrangulamento dos canais de acesso ao mercado alvo, quer dizer, a dependência do poder de compra surge da impossibilidade – ou dificuldade – de o próprio fornecedor ofertar seus produtos aos destinatários finais, razão pela qual sujeita-se às condições impostas pelos distribuidores.¹⁴¹

Essa situação denomina-se como *buyer power* (poder do comprador), definindo-se como a habilidade dos grandes varejistas em obter termos mais favoráveis junto aos fornecedores se comparado àqueles conseguidos pelos pequenos e médios varejistas.¹⁴²

Sob o aspecto concorrencial, encontra-se certa dificuldade para justificar a aplicação das regras relativa à dependência econômica. Isso porque, ao direito concorrencial, o que importa é a proteção da livre concorrência como um bem jurídico, e não a proteção de um dos contratantes em si.¹⁴³ De igual modo, a pressão exercida pelo poder de compra do grande varejista acaba por favorecer o consumidor final e, por isso, os efeitos do poder de compra seriam benéficos ao mercado e, na medida em que pró-concorrenciais, não seria justificada a interferência contrária a tal situação de dependência.¹⁴⁴

Destaque-se, nesse ponto, que, assim como as outras situações de dependência já narrada, o poder de compra tem o condão de tornar uma das partes do contrato de distribuição sujeita às posições do contratante forte. Com efeito, ensejará a mesma tutela

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 567.

¹⁴¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 63.

¹⁴² MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso da dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 63.

¹⁴³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 569.

¹⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 570.

que se dará às demais situações de dependência econômica (desde que verificado, como pressuposto fundamental, o abuso da dependência econômica).

Logo, rechaça-se a hipótese na qual os possíveis efeitos positivos sobre o mercado sejam aptos a retirar a proteção do contratante fraco (no caso do poder de compra, o próprio fornecedor), acaso verificada a situação de abuso da dependência econômica. Isso porque, como já destacado, a proteção do mercado e da coletividade – finalidades da Lei 12.529/11 – não tem o mesmo objeto da proteção da parte fraca na relação contratual. Com efeito, reitera-se que os critérios para proteção da concorrência não são os mesmos que serão utilizados para a eventual tutela das partes na relação contratual.

Ainda assim, mesmo que se proponha que a situação de dependência econômica tenha os mesmos efeitos no que tange à proteção do contratante mais fraco em situação de dependência econômica, o presente trabalho não tomará tal situação como objeto da sua pesquisa, uma vez que a lógica dessa fonte de dependência econômica é diversa das demais, isto é, a posição fraca nesse caso é a do fornecedor, enquanto nas demais, o contratante fraco é a figura do próprio distribuidor.

Assim, apesar de gerar os mesmos efeitos, a diferença no polo da dependência econômica faz com que se exclua do objeto do presente trabalho a situação de poder de compra, delimitando-se o objeto do mesmo.

2.2. Origem da discussão sobre o abuso da dependência econômica e sua (não) regulamentação específica no Brasil

O abuso da dependência econômica começou a chamar a atenção dos estudiosos em alguns ordenamentos jurídicos europeus, preocupados com as disparidades de poder de barganha em relações contratuais, para o fim de evitar comportamentos abusivos eventualmente cometidos. Vislumbrou-se a necessidade de se criar uma nova figura capaz de contemplar práticas que se revelassem arbitrárias não só na seara concorrencial, mas também sob o aspecto contratual,¹⁴⁵ ou seja, o abuso dessa situação de dependência econômica e seus efeitos internamente à relação contratual.

¹⁴⁵ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 51.

A origem da discussão sobre o tema, além disso, está ligada, normalmente, às normas de direito concorrencial, como se pode notar do direito alemão, em que na década de 1970 foi inserido conceito facilitador da caracterização da “*posizione dominante*”.¹⁴⁶ Hoje na Alemanha, segundo Marina Dubois FAVA, a disciplina da dependência econômica é estendida às pequenas e médias empresas.¹⁴⁷

Na Itália, a regulação do abuso da dependência econômica foi inserida no ordenamento positivo a partir da Lei 192/98, cuja regulação trata do denominado contrato de *subfornitura*.¹⁴⁸ Segundo dispõe o art. 9º da mencionada lei, tem-se:

Art. 9. Abuso di dipendenza economica

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

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

*3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.*¹⁴⁹

¹⁴⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 365.

¹⁴⁷ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 51.

¹⁴⁸ O contrato de *subfornitura* é definido pelo art. 1º da Lei 192/98: *Art. 1. Definizione 1. Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. 2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature. Em tradução livre: “art. 1. Definição. 1. Com o contrato de subcontratação um empreendedor se empenha de efetuar por conta de uma empresa comitente a usinagem de seus produtos semi-industrializados ou sobre a matéria prima fornecida pela comitente da mesma ou se empenha em fornecer à empresa produtos ou serviços destinados a ser incorporados ou, entretanto, de ser utilizado no âmbito da atividade econômica do comitente ou na produção de um bem complexo, in conformidade com o projeto executivo, conhecimento técnico e tecnologia, modelos ou protótipos fornecidos pela empresa comitente. São exclusivos da definição regulada pelo parágrafo primeiro os contratos para fornecimento da matéria prima, de serviços de utilidade pública e bens instrumentais não reconduzíveis à facilidade.”*

¹⁴⁹ Em tradução livre: “Art. 9. Abuso de dependência econômica

1. È vedado o abuso de uma parte ou de uma empresa do estado de dependência econômica que é, em sua ou contra eles, um cliente empresarial ou um fornecedor. Considera dependência econômica em relação a situação em que uma empresa é capaz de determinar, no comércio com outra empresa, um desequilíbrio excessivo de direitos e obrigações. A dependência econômica é avaliada tendo em conta a possibilidade real para o partido que sofreu abuso em encontrar alternativas satisfatórias no mercado.

Já em Portugal, a regulação do abuso da dependência econômica encontra-se prevista por meio do art. 7º da Lei 18/2003, que prevê:

Artigo 7.º Abuso de dependência económica

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

2 - Pode ser considerada abusiva, designadamente:

a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 4.º;

b) A ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

3 - Para efeitos da aplicação do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando:

a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e

b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

Verifica-se, dessa forma, que o abuso da dependência econômica decorrente do desequilíbrio gerado pela situação de dependência econômica vem implicando reação por parte de ordenamentos positivos de outros países. Essa preocupação com o abuso da dependência econômica reflete o cuidado com moralização das relações econômicas, tendo como origem do direito concorrencial as ideias de abuso do poder econômico e também de posição dominante.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

Importa destacar que, segundo Marina Dubois FAVA, há diferença entre o abuso da dependência econômica e a posição dominante. A questão relativa à posição dominante reporta a uma situação de dominação, que pode ser individual ou coletiva, e se manifesta sob a forma de um cenário de monopólio ou de uma concentração de poder econômico tal que a empresa ou grupo de empresas consiga impor suas condições aos concorrentes e aos parceiros comerciais, exercendo influência sobre todo o mercado. Por outro lado, a

2. *O abuso também pode consistir em recusar-se a vender ou se recusa a comprar, na imposição de condições contratuais injustas ou discriminatórias interrupção, arbitrária nas relações comerciais no local.*

3. *O pacto por meio do qual se percebe o abuso de dependência econômica é nulo.*”

¹⁵⁰ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 51.

¹⁵¹ Sobre o tema, remeta-se à obra de BRUNA, Sérgio Varella: *O poder econômico: e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

questão concernente ao abuso da dependência econômica é relativa, vez que não é preciso que tal abuso reflita sobre o mercado, mas tão somente verifica-se a relação entre as partes contratantes. Por este motivo, entende-se que esse caso se trata de exploração abusiva de uma situação de inferioridade imposta por quem detém o poder econômico em detrimento daqueles que não o possuem, numa relação contratual específica.¹⁵²

Também nesse sentido, destaca José Paulo Fernandes Mariano PEGO:

[A] prevalência dos grandes distribuidores verifica-se em relação a fabricantes e fornecedores, devendo ser analisada à luz da dependência econômica, que prescinde da prévia e obrigatória demarcação de um mercado.¹⁵³

Destaque-se que a questão relativa ao abuso da dependência econômica poderá ter ou não efeitos sobre o mercado, isto é, a situação de dependência econômica poderá ensejar a tutela também por parte da autoridade competente para o controle das infrações à ordem econômica, estruturada, no caso brasileiro, a partir da Lei 12.529/2011, mediante a criação do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência.¹⁵⁴ Isso não significa, todavia, que a repressão por meio da proteção do mercado afaste a necessidade de tutelar os efeitos internos ao contrato referentes à situação de dependência econômica porventura existente – em especial o abuso da dependência econômica, que será abordado mais à frente.

Nesse sentido, como previsão expressa do artigo 35 da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conclui-se que a eventual repressão ao mercado não afasta a necessidade de se promover a tutela contra situações abusivas ocorridas internamente à relação contratual entre distribuidor e fornecedor.¹⁵⁵

Por conseguinte, não se pode limitar a repressão à situação de abuso da dependência econômica às hipóteses nas quais se veja efeitos negativos para o mercado, quer dizer, o fundamento para a repressão do abuso da dependência econômica é diverso daquele do direito antitruste: em um se busca a tutela do mercado leal – ou, nos próprios termos da legislação de proteção do sistema de concorrência, tutela-se a “*coletividade*”

¹⁵² FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 55.

¹⁵³ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. op. cit., p. 63.

¹⁵⁴ Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

¹⁵⁵ Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

que “*é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei*”¹⁵⁶ –; em outro, a tutela da parte mais fraca na relação contratual, interna, com efeito, à relação estabelecida entre duas partes.

Portanto, ainda que possa haver a sobreposição de repressão de uma determinada situação tanto em seu aspecto contratual, quanto no concorrencial, isso não significa que uma determinada situação que não seja reprimida pelo direito concorrencial não tenha o condão de merecer tutela em seu aspecto contratual.

Assim destaca Marina Dubois FAVA:

Quando se está diante de um instrumento de repressão contratual, de contornos estritamente privatísticos, não parecer rigorosamente necessária a ocorrência de um efeito restritivo sobre a concorrência para que haja um controle de uma situação de abuso verificada no caso concreto, daí porque os instrumentos do direito antitruste nem sempre serão suficientes para se tutelar de maneira eficiente os abusos cometidos em relações contratuais.¹⁵⁷

É importante, nesse ponto, fazer uma ressalva quanto à situação de dependência econômica, possivelmente existente nos contratos de integração vertical utilizados para o escoamento da produção, dentre os quais se insere o contrato de distribuição, objeto do presente trabalho. A tutela contratual da dependência econômica não visará retirar a situação de dependência, mas deverá reprimir as condutas de abuso dessa posição de dependência econômica, mediante imposição de obrigações desproporcionais, recusa à contratação, encerramento do contrato sem justificativa.

Nesse sentido, Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI destaca:

Importante observar desde já que o direito, tanto na óptica contratual quanto antitruste da autotutela, não visa desestruturar a fonte da dependência, mas sim coibir o abuso daí decorrente. Vale dizer, o direito reconhece a dependência econômica existente em numerosas relações jurídicas, mas não as reputa per se ilícitas.¹⁵⁸

Apenas para se exemplificar, volte-se ao já citado parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, em que se verifica uma previsão sobre a limitação ao direito de rescisão

¹⁵⁶ Art. 1º (...) Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

¹⁵⁷ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 75.

¹⁵⁸ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 59.

unilateral dos contratos nos quais uma das partes fez investimentos consideráveis para a execução do contrato. Nesse caso, a denúncia unilateral somente produzirá efeitos a partir de prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.¹⁵⁹

No âmbito contratual, a preocupação com a questão do abuso da dependência econômica, portanto, pode se relacionar às modificações na dogmática dos contratos e, em especial, à da alteração das relações contratuais, que importam no reconhecimento de um contrato pós-moderno, contraposto ao contrato moderno, ao qual se foi sentenciada a “*morte do contrato*”.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

A situação de práticas de abuso da dependência econômica em contratos de distribuição não é algo que passa despercebido por outros ordenamentos e, que apesar de não se encontrar hoje regulamentada, isso não significa que não seja algo relevante. Quer-se dizer que se trata de uma situação que clama por regulamentação – ou no mínimo a existência de preocupação por parte da doutrina e da jurisprudência – para que se coíba os abusos decorrentes da maior força de um contratante perante outro.

Ademais disso, nos dizeres de Marina Dubois FAVA, a importância da repressão do abuso da dependência econômica pode ser extraída do ordenamento por meio da análise conjunta de princípios previstos em diversos dispositivos esparsos pelo ordenamento¹⁶², prosseguindo a autora com exemplos de algumas situações de repressão à dependência já previstas na legislação positiva pátria:

Dentre tantos outros, a vedação às cláusulas potestativas (artigo 122 do Código Civil), os conceitos de lesão (artigo 157 do Código Civil), enriquecimento sem causa (artigo 884 do Código Civil) e abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), bem como a vedação ao aumento arbitrário de lucros (artigo 173, § 4º da CF/88, e artigo 20, inc. III, da Lei 8.884/94) são alguns dos princípios que, em certa medida, contemplam o conceito de dependência econômica no ordenamento

¹⁵⁹ Sobre o tema, vide por todos, COSTA, André Brandão Nery. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. op. cit..

¹⁶⁰ Sobre a modificação do perfil dos contratos, remeta-se, por todos a: NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. Interessante a passagem em que destaca o autor: “A exploração desacerbada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entra em processo autofágico. O homem contratante acabou no final do século passado e no início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias. (...) Eis o caos do modelo clássico de contrato, emoldurado em um sistema jurídico que não mais reflete a realidade fática, por força da abrupta mudança da maneira de se contratar.” (op. cit., pp.111-113).

¹⁶¹ Vide GILMORE, Grant. *La morte del contratto*. Trad. de Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1988.

¹⁶² FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 54.

brasileiro. Além desses, tal conceito foi evidenciado, ainda que não expressamente, no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, o qual exige aviso prévio para denúncia unilateral por uma das partes para a execução do contrato.¹⁶³

O reflexo da necessidade de regulamentação do abuso da dependência econômica teve como consequência a apresentação de um projeto de lei apresentado no fim do ano de 2014, por meio do Senador Flexa Ribeiro, que “[d]ispõe sobre o contrato de distribuição com dependência econômica de uma das partes.”¹⁶⁴ A justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 301/2014 baseia-se na necessidade de se estabelecer critérios para indenizações devidas tanto no caso de denúncia motivada quanto denúncia imotivada dos contratos de distribuição, na medida em que o Poder Judiciário tem sido frequentemente acionado para decidir sobre os direitos das partes, especialmente no que diz respeito à situação de ruptura da relação contratual.¹⁶⁵

Sua justificativa, à primeira vista, demonstra visão pouco restrita sobre o tema, na medida em que se baseia nos momentos patológicos da relação, ou seja, nas situações nas quais há o rompimento – ou está-se às vistas do término da relação contratual –. Por este motivo, teria o projeto como objetivo estabelecer parâmetros indenizatórios no caso específico do rompimento do contrato.

É claro que tal situação é importante, todavia, não é o foco do presente trabalho, até porque sobre o término da relação de contratos de longa duração, o art. 473 do Código Civil estabelece o regramento, o que chama atenção da doutrina, sobre a indenização porventura devida pelo fim abrupto do contrato. Desta feita, mais recomendável talvez fosse a atenção aos parâmetros estabelecidos em sede doutrinária para fins de orientação da jurisprudência sobre como deveria se dar a indenização em casos de rompimento imotivado.

Voltando ao projeto em referência, define-se, nos termos do art. 1º, que há dependência econômica nas hipóteses em que cinquenta por cento ou mais do faturamento bruto de uma das partes provierem, direta ou indiretamente, da somatória dos contratos

¹⁶³ FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. op. cit., p. 54.

¹⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 301/2014. Dispõe sobre o contrato de distribuição com dependência econômica de uma das partes. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=155640&c=PDF&tp=1>. Acesso em 07 dez 2015. Texto original

¹⁶⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 301/2014. Dispõe sobre o contrato de distribuição com dependência econômica de uma das partes. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=155640&c=PDF&tp=1>. Acesso em 07 dez 2015. Texto original

de distribuição entre elas mantidos. Em seguida, é feita a ressalva, no parágrafo 1º do artigo 1º do PLS 301/2014, que o faturamento bruto leva em consideração todas as empresas do mesmo grupo econômico de cada uma das partes.¹⁶⁶

De acordo, portanto, com a definição do Projeto de Lei do Senado nº 301/14, presume-se que nas situações nas quais o faturamento esteja em mais de 50% (cinquenta por cento) vinculado à contraparte surgiria o estado de dependência econômica. Com efeito, para o projeto de lei, a fonte da dependência econômica decorreria ao nível de vinculação da atividade de uma das partes do contrato à outra.

Questiona-se, diante dessa limitação às situações de presunção, sobre o fato de ser somente essa vinculação de receitas a fonte única de dependência econômica? Quer dizer, então, que nos contratos de distribuição em que não haja a vinculação de receitas no patamar inferior a 50% do faturamento bruto não haveria que se falar em dependência econômica?

Pode-se afirmar que o critério utilizado pelo Projeto de Lei do Senado 301/2014, tem por base um dos itens indicados por Georges VIRASSAMY para a identificação dos contratos de dependência: a importância da relação contratual para a existência de uma das partes.¹⁶⁷ Ocorre que tal hipótese é insuficiente para que se aborde as fontes de dependência econômica, conforme demonstrado no tópico 2.1 do presente trabalho.

Assim, verifica-se a insuficiência da presunção criada pelo Projeto de Lei do Senado nº 304/2014, já que a dependência de uma das partes à outra no que tange ao faturamento é apenas uma das fontes que permite a identificação da situação de dependência econômica.

Por outro lado, tal presunção criaria o questionamento contrário: e se ambas as partes tivessem suas receitas reciprocamente vinculadas à contraparte? Haveria, nesse caso dependência econômica? Conforme demonstrado no item 2.1.1 do presente trabalho, a verificação de investimentos específicos por ambos os contratantes cria a situação de interdependência econômica, o que afasta a existência de dependência de uma das partes, o que a tornaria fraca na relação contratual.

¹⁶⁶ “Art. 1º Esta Lei aplica-se aos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias, nos quais o distribuidor, em caráter não eventual, adquire produtos do fornecedor para revenda a grosso ou a retalho, nas hipóteses em que cinquenta por cento ou mais do faturamento bruto de uma das partes provierem, direta ou indiretamente, da somatória dos contratos de distribuição entre elas mantidos. § 1º Para fins de cálculo do percentual de faturamento bruto, deverão ser considerados os faturamentos de todas as empresas integrantes do mesmo grupo econômico de cada uma das partes.”

¹⁶⁷ Vide nota 111.

Assim, conclui-se que não é possível responder a tal questionamento com precisão, nem no sentido positivo, nem no negativo, razão pela qual se entende não ser o melhor mecanismo para a tratativa da dependência econômica por meio de presunções genéricas.

Deve-se, ao contrário, com base nos parâmetros expostos no tópico 2.1 das situações que geram a dependência, elaborar parâmetros para se seja possível aferir as situações nas quais que configuram abuso dessa posição de dependência econômica, até porque está-se diante de relações civis estabelecidas entre partes aparentemente paritárias.

Com efeito, é necessário que se reserve ao caso concreto a análise da efetiva situação de dependência econômica, para que, então, verifique-se o merecimento de tutela de determinada estipulação contratual, ante ao abuso da dependência econômica, com a devida repressão por parte do ordenamento jurídico.

Apesar dessa presunção acima mencionada, caminha bem o Projeto de Lei do Senado nº 301/2014, quando prevê em seu 20, parágrafo único, a possibilidade de que a situação de dependência econômica seja provada por parte daquele que alega ser dependente.¹⁶⁸

Em síntese, a criação de uma presunção de abuso confere caráter tortuoso para a verificação de dependência econômica, na medida em que não menciona outras fontes, o que pode ser até superada pela demonstração efetiva da dependência; por outro lado, a presunção impede a demonstração de interdependência, acaso haja, para ambas as partes, investimentos específicos.

Além do aspecto caracterizador da dependência econômica, as situações de proteção da parte fraca são mais próximas às situações de patologia da relação, estabelecendo-se os eventuais direitos e o patamar de indenização decorrente do rompimento da relação contratual, seja motivada ou imotivada.

A título de exemplo, tem-se que nos artigos 12 e 13 do Projeto de Lei do Senado nº 301/2014, em que se regulam as consequências do rompimento da relação, respectivamente, pelo fornecedor e pelo distribuidor:

Art. 12. Em caso de denúncia pelo fornecedor, este deverá:

¹⁶⁸ “Artigo 20. *Presume-se a existência de dependência econômica de uma empresa em relação à outra quando, pelo menos, cinquenta por cento do faturamento bruto de uma empresa provierem, direta ou indiretamente, de atividades relacionados à comercialização de produtos fornecidos ou distribuídos pela outra parte.*”

Parágrafo único. Cabe à parte que alegar a existência de dependência econômica comprová-la, caso o percentual de faturamento a que se refere o caput deste artigo seja inferior a cinquenta por cento.

I – indenizar integralmente o distribuidor pelos investimentos realizados nos últimos três anos para viabilizar ou tornar mais eficiente a distribuição;

II – indenizar o distribuidor pelos investimentos realizados para viabilizar ou tornar mais eficiente a distribuição antes do período de três anos mencionado no inciso I deste artigo que ainda não tenham sido amortizados;

III – conceder aviso prévio ao distribuidor correspondente a tantos meses quanto forem os anos de vigência do contrato, limitado esse prazo ao máximo de trinta e seis meses, ou, alternativamente, pagar ao distribuidor a importância equivalente a cinquenta por cento do valor do faturamento do distribuidor decorrente do contrato de distribuição denunciado, nos doze meses anteriores, sem prejuízo das demais indenizações devidas na forma desta Lei;

IV – pagar ao distribuidor indenização correspondente a dez por cento do valor das aquisições realizadas pelo distribuidor junto ao fornecedor ao longo dos últimos oito anos; e

V – adquirir do distribuidor o estoque, equipamentos, máquinas e ferramental referentes à execução do contrato, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrem.

§ 1º O fornecedor não é obrigado a adquirir do distribuidor os imóveis nos quais era exercida a atividade empresarial ligada à distribuição.

§ 2º Enquanto não cumpridas as condições estabelecidas nos incisos I a V deste artigo, o fornecimento não poderá ser interrompido, sendo vedada a prática de qualquer ato que diminua a legítima expectativa de lucros do distribuidor.

Art. 13. Em caso de denúncia do contrato de distribuição pelo distribuidor, este deverá conceder aviso prévio ao fornecedor em tempo razoável para viabilizar a não interrupção da distribuição ou o desabastecimento do mercado.

Parágrafo único. Durante o período do aviso prévio, é vedada ao distribuidor a prática de qualquer ato que prejudique os interesses comerciais do fornecedor ou da rede de distribuição, inclusive o desvio ou aliciamento de clientela para outro fornecedor, sendo-lhe facultada, entretanto, a prática de atos para aviar novo negócio.

Nesse contexto, importa destacar que, apesar de a própria justificativa do projeto em referência constar o motivo de se estabelecerem parâmetros indenizatórios, tem-se que o próprio Código Civil já traz, em si, uma regulamentação quanto ao rompimento de contratos de forma imotivada. Sob este aspecto, seria mais interessante do que a propositura de um projeto de lei, atentar para os parâmetros doutrinários criados sobre a temática.

Ademais, o projeto fixa critério para a limitação de não-concorrência após o término da relação, vedando-se que a limitação à não-concorrência ultrapasse o prazo de

três anos, bem como restringe que a cláusula de não concorrência deve-se ater aos produtos que eram objeto do contrato de distribuição.¹⁶⁹

De igual sorte, estabelece-se que é vedado o abuso do estado da dependência econômica nesses contratos, estabelecendo-se a nulidade de pleno direito das estipulações que dissimulem a dependência econômica ou imponham condições contratuais injustificáveis ou anticoncorrenciais.¹⁷⁰ E, por fim, estabelece a obrigação de a interpretação das cláusulas ambíguas ou contraditórias se dar de forma mais favorável à parte em situação de dependência econômica.¹⁷¹

Em síntese, pode-se dizer que a tentativa de regulamentação da dependência econômica no país tem por base um projeto que a principal medida é tratar exatamente das situações de rompimento do contrato, baseado numa presunção que não condiz com a complexidade das relações estabelecidas em contratos de distribuição, embora trate da hipótese de situações de que a parte dependente venha a comprovar a situação a que se sujeita.

Com efeito, expostas as bases da origem da discussão sobre o abuso da dependência econômica, especialmente intrincada entre o direito concorrencial e o direito contratual, bem como uma proposta de legislação que tramita para a regulamentação do tema, passará a se tratar efetivamente sobre a tratativa que se propõe a aplicar ao abuso da dependência econômica em seu aspecto contratual no direito pátrio.

2.3. O abuso da dependência econômica: eficiência do mercado e falta de alternativa razoável

¹⁶⁹ “Art. 14. A obrigação de não-concorrência após o término do contrato poderá ser acordada pelas partes, desde que por prazo inferior a três anos contados do término do contrato. § 1º A obrigação de não-concorrência pós-contratual não poderá abranger produtos além daqueles que eram objeto da distribuição. § 2º É vedada a contratação de obrigação de não-concorrência póscontratual pelo distribuidor que não exercia a distribuição em bases exclusivas.”

¹⁷⁰ “Art. 19. É vedado o abuso do estado de dependência econômica no contrato de distribuição. (...) Art. 24. São nulas de pleno direito as estipulações que tenham por objeto ou por efeito dissimular a situação de dependência econômica de uma das partes ou a imposição de condições contratuais injustificáveis ou anticoncorrenciais.”

¹⁷¹ “Art. 23. Quando houver no contrato de distribuição cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável à parte em situação de dependência econômica.”

Com base nos ensinamentos de Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI, pode-se dizer que será abusivo e merecerá repressão a posição em que se demonstre a existência de elementos que sejam capazes de sujeitar o agente econômico ao comportamento oportunista daquele que é forte na relação contratual,¹⁷² somente nessas hipóteses haverá repressão à dependência econômica em razão do seu abuso, situação na qual não haverá merecimento de tutela.

Desta feita, delimita-se que a situação na qual se configura o abuso é aquela em que a parte fraca se vê privada de alternativas equivalentes no mercado,¹⁷³ ou, em outros termos, a situação de abuso é aquela na qual um sujeito impõe condições contratuais a outro, que deverá aceitá-las para sobreviver.¹⁷⁴ Essa falta de alternativas possibilita o fornecedor comportar-se de maneira oportunista diante do distribuidor.

Nesse sentido, Giuseppe COLANGELO também entende que a situação de abuso de dependência econômica decorre da conjugação de elementos somados à relação contratual, em especial investimentos específicos, a possibilitar o comportamento oportunista do fornecedor.¹⁷⁵

Assim, apoiando-se nas ideias de Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI, pode-se classificar as práticas com abuso da dependência da seguinte maneira:

[P]ropõe-se classificar as práticas abusivas em três grandes grupos. O primeiro tratará da imposição de condutas e condições gravosas, dentre as quais se incluem as vendas casadas, a fixação de estoques mínimos, a imposição de barreiras à entrada. O segundo tratará de condutas e condições contratuais discriminatórias, dentre as quais se incluem fixações diferenciadas de preço, de qualidade e de serviço, a recusa de venda ou de compra. O terceiro relaciona-se às condutas adotadas para dificultar ou romper a continuidade das relações comerciais duradouras,

¹⁷² MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*, op. cit., p. 91.

¹⁷³ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*, op. cit., p.92.

¹⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 347.

¹⁷⁵ COLANGELO, Giuseppe. *Storia de una dipendenza abusata*. Disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-LAW-01-2003.pdf>. Acesso em 30 de novembro de 2015. Veja-se em especial o trecho: “*Le caratteristiche salienti della dipendenza economica sono sommariamente da rintracciarsi nella specificità del bene (asset specificity), nelle carenze informative e nell’incompletezza del contratto, in quanto abbiano l’effetto di imprigionare uno dei contraenti nell’accordo negoziale esponendolo così al rischio di comportamenti opportunistici della controparte.*” Tradução livre: “*A característica marcante da dependência econômica é sumariamente vinculada à especificidade do bem (asset specificity), na carência de informação e na incompletude do contrato, pelo que se consegue aprisionar um dos contratantes no acordo, expondo-o, assim, ao risco de comportamentos oportunistas da contraparte.*”.

em represália ao empresário dependente por ter recusado cláusulas e condições gravosas ou discriminatórias¹⁷⁶.

Inicia-se a breve passagem sobre o panorama acima descrito pelas condutas que visam dificultar o desenvolvimento ou romper a relação comercial. Como já destacado, a duração do contrato é essencial para que haja o retorno do usual investimento específico feito pelo distribuidor. Nesse ínterim, tem-se que as cláusulas que limitam o contrato ou que prevejam direito a uma das partes a interromper a relação contratual são um dos exemplos mais comuns de condutas abusivas no desenrolar da relação contratual.

Sobre esse tema, Luiz Daniel Rodrigues Haj MUSSI destaca essas condutas diante da recusa do distribuidor em aceitar determinadas condições que lhes são prejudiciais, por meio de condutas abusivas que frustram o interesse do agente na continuidade do vínculo. A abusividade se materializaria por meio de ações e omissões que alterem as políticas previstas pelo contrato, imponham deveres de custeio de frete, de forma de pagamento, recusa de venda, entre outras que tornem a execução do contrato mais oneroso. Tratam-se de situações de represália do fornecedor ao distribuidor, diante da recusa de aceitação de cláusulas gravosas, para o fim último de interromper a relação contratual.¹⁷⁷

Em segundo lugar, a verificação dos comportamentos abusivos pode se caracterizar pela imposição de condições contratuais discriminatórias, situações em que o abuso ocorre quando o fornecedor impuser ao distribuidor condições diferenciadas de preço, quantidade ou qualidade não adotadas frente aos demais contratantes em condições semelhantes.¹⁷⁸

É o caso, por exemplo, dos fornecedores, que juntamente com seus distribuidores, mantêm também o sistema de venda direta por meio de filiais e pratica para suas filiais preços e condições mais facilitadas do que aquelas enfrentadas pelos demais distribuidores autônomos. Verifica-se aqui que a presença da filial acaba por prejudicar outros distribuidores independentes, por existirem obrigações mais custosas para os mesmos, se comparado com a filial. Nesse caso, pode-se dizer que tal comportamento é oportunista e deixa o distribuidor sem alternativas na relação contratual ali estabelecida.

¹⁷⁶ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 112.

¹⁷⁷ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., pp. 115-116.

¹⁷⁸ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., p. 115.

Por fim, a existência do comportamento oportunista e abusivo pode ser verificada em cláusulas contratuais gravosas, ou seja, em condições contratuais que objetivamente se afastam do equilíbrio contratual.¹⁷⁹

Nessa hipótese, é, por exemplo, verificada a conduta abusiva quando há a obrigação de manutenção de estoque mínimo, que a princípio se sustenta pela necessidade de o fornecedor manter o produto em mercado, mas que não se justifica quando, no caso concreto, para um produto específico não aceito no mercado local, o fornecedor obriga o distribuidor a manter, mesmo diante desse quadro específico, alto estoque daquele produto.¹⁸⁰

Além disso, poder-se-ia pensar em hipótese semelhante, no caso em que se impõe a venda casada de um produto ligado a outro que não tem aceitação no mercado. Tal situação pode vir a onerar o contrato para o distribuidor que, diante da sua situação de dependência, se vê obrigado a se sujeitar a determinadas cláusulas.

A identificação do comportamento que denota o abuso da dependência econômica é, portanto, ampla e se sistematiza satisfatoriamente da forma descrita acima. Diante desse panorama, passa-se a enfrentar por meio de que parâmetro se afere eventual abuso da dependência econômica.

O balizamento do abuso da dependência econômica normalmente está vinculado a uma noção mercadológica. Nesse sentido, Paula A. FORGIONI liga a situação de abuso da dependência econômica à noção de aumento da eficiência global do sistema de escoamento da produção, ao argumento de ser essa a função dos contratos de distribuição.¹⁸¹ Tal eficiência, segundo a autora, deveria ser encarada como a aptidão para viabilizar o funcionamento do sistema integrado vertical de distribuição, de modo que não haveria abuso quando os atos praticados pelo fornecedor aumentarem o escoamento da produção sem implicar em prejuízo para o mercado.¹⁸²

Nesse sentido, delimita:

[A] eficiência da distribuição, para fins jurídicos, parte do interesse comum na 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

¹⁷⁹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., pp. 113.

¹⁸⁰ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. op. cit., pp. 114.

¹⁸¹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p. 428.

¹⁸² FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., pp. 430-431.

implicar em 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.¹⁸³

Dessa maneira, ainda de acordo com Paula A. FORGIONI, seria possível alcançar um equilíbrio que “*coíbe o oportunismo e aumenta o grau de segurança e previsibilidade jurídicas*”.¹⁸⁴ Com efeito, seria justificada a escolha de tal parâmetro pelo fato de a proteção ao sistema de distribuição ser crucial para o desenvolvimento da economia, razão pela qual o direito comercial deveria dar guarida a soluções que incentivem a fluência das relações do mercado.¹⁸⁵

Tal posição, todavia, apresenta preocupação com o mercado, e não com a tutela das partes na relação contratual e, como consequência, do próprio contrato como instrumento que possibilita o trânsito de riquezas. Noutros termos, segundo este posicionamento da eficiência do sistema de distribuição, o abuso somente ocorreria se houvessem efeitos negativos sobre o mercado de distribuição de bens, a despeito de ter ou não corrido prejuízos à relação contratual ou a uma das partes envolvidas pelo contrato.

Portanto, a parametrização a partir da eficiência jurídica, para fins de caracterização do abuso da dependência econômica, serve tão somente para sua análise externa à relação contratual, voltada ao mercado de concorrência.

Importante se ter em mente que a tutela contratual das partes não pode se confundir com a tutela do mercado. Para fins de análise do abuso da dependência econômica, as balizas focadas nos efeitos negativos para o mercado não podem servir como critério de mensuração do abuso da dependência econômica em si e, como consequência, do merecimento de tutela contratual de determinada posição subjetiva exercida por uma das partes.

Além disso, a consideração sobre o fato de tal critério conferir fluência às relações contratuais, o que seria essencial ao direito comercial, merece destaque a necessidade de que se tem de reconstruir a unidade do sistema jurídico a partir da centralidade das normas constitucionais, no que se denomina como *constitucionalização do direito civil*.¹⁸⁶

¹⁸³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p.431.

¹⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p.431.

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. op. cit., p.432.

¹⁸⁶ Saliente-se a lição de Pietro PERLINGIERI: “A normativa constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que com a primeira deve se harmonizar coerente e razoavelmente, segundo critérios ou princípios de adequação e de proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado também das peculiaridades do caso concreto.” Em seguida prossegue o autor: “Desse modo, justifica-se totalmente a

Sob esse prisma, não há que se falar na existência de sistemas estanques – ou microsistemas isolados entre si, como por exemplo do direito comercial, ou, na outra ponta da corda, o direito do consumidor –, para justificar a adoção de determinado parâmetro, ao invés de outro, acaso a relação se desse no ramo do direito civil.¹⁸⁷ Isso porque a técnica legislativa não é uma variável que independa do quadro constitucional e não é suscetível de autolegitimar legislações de setores a tal ponto de assumir o papel de direito geral. Há que se considerar o *projeto global* que deve ser captado no tenaz trabalho do intérprete voltado para individualizar os princípios à base da legislação chamada especial, reconduzindo-os, também no plano da sua legitimidade, à unidade do sistema.¹⁸⁸

É necessário, nesse sentido, que se supere a noção da coexistência microsistemas de forma autônoma uns para com outros e reunifique-se o ordenamento, partindo-se dos mandamentos constitucionais, para que se consiga garantir a unidade do sistema, ainda que existam um sem número de normas e de variados graus hierárquicos, configurando-se a complexidade do sistema. Com efeito, a função do intérprete será exatamente identificar a normativa aplicável ao caso, tendo por premissa a concretização dos valores constitucionais, independentemente do ramo a que se aplica tal norma.¹⁸⁹

Nas palavras de Gustavo TEPEDINO:

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Portanto, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas

natureza, por definição evolutiva, da interpretação que revela de uma vez por todas a ilusão da objetividade dos textos e da sua interpretação literal: a constitucionalização do direito, de fato, colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, uns documentos jurídicos, como as constituições que, contendo princípio éticos, devem ser interpretadas evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores éticos políticos no bojo da comunidade à qual a constituição se refere.” Aduz ainda: “*O princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas do sistema jurídico, no respeito substancial ao mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando com na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metotológica*”. Concluindo, por fim “*A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das denegações do Estado de Direito formal.*” (*O direito Civil na legalidade constitucional*, op. cit., pp. 574-577).

¹⁸⁷ MATIELI, Louise Vago; SOARES, Felipe Ramos Ribas; SOUZA, Luciana da Mota Gomes de. *Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas*. In: *Direito Civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Atlas, 2016.

¹⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 187.

¹⁸⁹ MATIELI, Louise Vago; SOARES, Felipe Ramos Ribas; SOUZA, Luciana da Mota Gomes de. *Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas*. op. cit.

político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.¹⁹⁰

As normas ordinárias devem ser lidas à luz das normas constitucionais, na medida em que são fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente, e não o contrário. Assim, a unidade do ordenamento não permite a separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é dado que diz respeito a todo o ordenamento.¹⁹¹

Nesta toada, confirma-se o entendimento de que, apesar de ser fator que vá influenciar nas consequências da constatação do abuso da dependência econômica pelo contratante forte na relação contratual, não é possível que se aceite como critério de identificação do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição a eficiência do escoamento da produção, vez que tal parâmetro tem por premissa a proteção do mercado, a eficiência da livre concorrência e, nesse sentido, deixa a largo a proteção do contratante mais fraco, que, sob situação de dependência econômica sujeita-se a regulamentos contratuais desequilibrados, oportunistas e discriminatórios.

Rechaçada a ideia de identificação da abusividade com base em critérios de eficiência sistema de escoamento da produção, propõe-se, em seguida, uma leitura a partir do abuso de direito, o que, conforme ainda se demonstrará, caracteriza-se por uma cláusula geral que possibilita o merecimento de controle finalístico das situações subjetivas exercidas pelas partes na relação contratual.

2.4. O abuso do direito e o controle de merecimento de tutela com base no desvio funcional no exercício de uma situação subjetiva e a qualificação do abuso da dependência econômica

A premissa para o enquadramento da tratativa do abuso da dependência econômica no presente trabalho perpassa pela análise funcional da situação jurídica

¹⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, pp. 167-175, p. 174.

¹⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. cit., p. 207.

subjetiva,¹⁹² o que permitirá o controle do merecimento de tutela de acordo com sua verificação não meramente sob o aspecto da licitude (estrutural), mas em perspectiva dinâmica e, portanto, funcional, de modo que é abusivo aquilo que é disfuncional àquela determinada situação subjetiva.¹⁹³

Dessa maneira, tem-se que o controle de merecimento de tutela de determinado ato negocial se funda sobre valores fortes, sobre normas imperativas, não bastando o juízo de licitude do mesmo; o ato negocial é eficaz na medida em que se destina a realizar um interesse merecedor de tutela. O abuso, portanto, consiste no exercício contrário ou, de qualquer modo estranho, à função de determinada situação subjetiva. Isto é: nas hipóteses em que o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica, configura-se o abuso.¹⁹⁴ Assim, é abusivo o comportamento que, mesmo coincidindo com o conteúdo do direito em seu aspecto formal, substancialmente constitui no exercício abusivo da situação subjetiva.¹⁹⁵

O referido perfil funcional (para que serve) coloca-se ao lado do perfil estrutural (como é) e é identificado a partir da consideração dos princípios e valores do ordenamento a cada vez que se valore o fato, sendo certo que a função do fato determina o perfil estrutural.¹⁹⁶

Como já destacado, para análise do abuso da dependência econômica, deve-se observar a relação contratual a partir de seu perfil funcional, o que significa buscar, a partir do regulamento de interesses estabelecidos, identificar a composição dos interesses existentes,¹⁹⁷ ou seja, será necessário detectar o desvio funcional a partir da consideração sobre a síntese dos efeitos essenciais produzidos naquela situação subjetiva.¹⁹⁸

Com isso, permite-se colher a distinção entre o ato ilícito e o ato abusivo: o contrato é ilícito se contrário às normas imperativas, à ordem pública. Todavia, nem todos

¹⁹² “Na definição cunhada por Paul Roubier, as situações jurídicas subjetivas constituem-se em complexos de direitos e deveres imputáveis a determinado centro de interesses”. (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 50, pp. 35-92, abr./jun. 2012, p. 61.).

¹⁹³ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no Direito Civil*. In: Revista de Direito Privado. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014, p. 77.

¹⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 693.

¹⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 694.

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 642.

¹⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 643.

¹⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 642.

fatos não conformes são ilícitos, como resultado do juízo de valor à luz da ordem e princípios constitucionais.¹⁹⁹

Exatamente a partir da perspectiva do controle de merecimento de tutela sob o viés funcional do fato, é que se passa a buscar o enquadramento do abuso da dependência econômica por meio do abuso do direito, estabelecendo-se, em seguida, o parâmetro para aferição das situações jurídicas subjetivas abusivas que se configurem como tal, em especial sob o enfoque do estado de dependência econômica de uma das partes.

A origem da teoria do abuso do direito é por muitos localizada no direito medieval, em especial na doutrina dos atos emulativos,²⁰⁰ cuja necessidade de verificação da má-fé do agente para a caracterização do abuso ligava-se a uma concepção subjetiva do abuso do direito, segundo a qual o titular do direito fraudava a finalidade do mesmo, embora sem se desviar do preceito legal.²⁰¹ Ou, nos dizeres de Vladimir Mucury CARDOSO:

A *aemulatio* consistia no exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem. Tratava-se, pois, da utilização do direito subjetivo com o único fim de provocar um prejuízo, uma emulação a terceiro, sem que o titular obtivesse qualquer proveito do seu ato. Destacavam-se, na configuração do ato emulativo, esses dois elementos: o intuito de lesar e a ausência de proveito para o sujeito que praticara a ação.²⁰²

A necessidade da análise subjetiva da má-fé para fins da caracterização dos atos emulativos, segundo Bruno MIRAGEM, liga-se à inspiração na doutrina cristã, senão veja-se:

A teoria dos atos emulativos teve inspiração na doutrina cristã, tanto no que respeita aos princípios informadores da conduta humana, quando na valorização do *animus* do indivíduo na conformação de sua conduta, de modo que o ato abuso seria aquele feito em desconformidade com os princípios informadores da moral cristã e do direito canônico, na

¹⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 649.

²⁰⁰ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39. Em sentido diverso, v. SOUZA, Eduardo Nunes de, para quem: "*Embora a doutrina busque raízes mais antigas para a teoria do abuso – havendo autores que identificam a origem do instituto na máxima neminem leadere do direito romano ou na vedação aos atos emulativos já conhecida pelos juristas medievos o caso dos dirigíveis serve a evidenciar, na gênese do instituto, uma obra eminentemente jurisprudencial.*" (*Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., pp. 43-44).

²⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

²⁰² CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional*. In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Coord. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 64.

medida em que se teria por finalidade exclusiva causar dano a outrem.²⁰³

Apesar dessa origem, Bruno MIRAGEM destaca que, ao logo da tradição doutrinária e jurisprudencial da teoria do abuso do direito, foi possível observar um sensível processo de objetivação da concepção de abuso do direito, relacionando, inclusive, tal fenômeno àquele ocorrido com a responsabilidade civil, especialmente no que tange à objetivação da culpa.²⁰⁴⁻²⁰⁵

Nesse caminho, várias teorias tentam explicar a figura do abuso do direito, inclusive teses que negavam a existência do abuso do direito, sob o fundamento, de um lado, da negação ao direito subjetivo; ou, de outro lado, da defesa de seu caráter absoluto.²⁰⁶

Para a primeira corrente – de negação ao direito subjetivo –, baseada nas lições de Dugit, o Direito consistiria numa observação dos fatos e de uma solidariedade social. Nessa toada, defende-se que a norma social se transforma em jurídica, pelo que trata o direito subjetivo como mera “*quimera*”, vez que as regras do direito se impõem sem a intervenção do Estado.²⁰⁷ De igual sorte, Hans Kelsen, na defesa da teoria pura do direito, propõe que o direito é essencialmente normativo e objetivo, razão pela qual não haveria espaço para o direito subjetivo, em si, negando a categoria e, portanto, a noção de abuso do direito.²⁰⁸

Por outro lado, autores como Planiol justificam a inexistência do abuso do direito exatamente pela presença de um direito subjetivo entendido como absoluto. Em razão do caráter absoluto do direito subjetivo, seria uma contradição lógica falar em abuso do direito, vez que um ato não poderia ser ao mesmo tempo, conforme e contraditório ao Direito. Assim, se há o exercício de um direito, não pode haver qualquer responsabilidade por isso, já que se trata de ato lícito. Logo, para agir em excesso, o agente passa a atuar sem direito e, a partir de então, configura-se como ilícito, cuja consequência é a

²⁰³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op., cit., p. 89.

²⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op., cit., p. 104.

²⁰⁵ “A noção psicológica de culpa foi definitivamente abandonada em favor de outra, que designa culpa como a desconformidade em relação a um modelo de abstrato de conduta.” SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil*. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 157.

²⁰⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

²⁰⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 69.

²⁰⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 75.

responsabilidade.²⁰⁹ Noutros termos, o ato abusivo seria reduzido ao ato ilícito, pela crença de que entre licitude e ilicitude não haveria qualquer outra forma de contrariedade ao direito, implicando tal perspectiva no reconhecimento do absolutismo do direito subjetivo.²¹⁰

Dentre as teorias que afirmam a existência da categoria do abuso do direito, há que se fazer destaque à proposta de Saleilles, segundo o qual o ato abusivo é aquele que visa exclusivamente prejudicar terceiros, sem o interesse legítimo daquele que o realiza. Ocorreria nesse caso, o abuso quando há dissociação entre o direito e a moral. Tal teoria identifica o ato abusivo com o ato ilícito e aproxima-se do conceito originário de abuso do direito como sendo os atos emulativos.²¹¹

Ao largo das teorias de cunho subjetivista que vinculam o abuso do direito aos atos emulativos, desenvolveram-se – e como se verá mais a frente, são, inclusive, as teorias que prevaleceram – as concepções objetivas, cujo estabelecimento de critérios e limites para aferição ou regularidade da conduta, encontra-se fora do âmbito individual do titular do direito.²¹²

Tais teorias objetivas se deram a partir da delimitação de uma perspectiva que confere a autonomia dogmática ao abuso do direito, por meio do qual seria desconsiderado o caráter absoluto do direito subjetivo.²¹³

Essas teorias objetivas tiveram grande apoio jurisprudencial, surgindo, ao menos nessa visão objetiva de abuso do direito, da criação dos tribunais franceses para a impedir resultados iníquos derivados do exercício de um direito subjetivo, o qual, para a dogmática liberal, como já dito, possuía um caráter absoluto.²¹⁴ A própria expressão *abuso do direito* deve-se à Laurent, em referência expressa a uma série de decisões judiciais ocorridas na França negando tutela àqueles que agiam na condição de titular de um direito subjetivo.²¹⁵

²⁰⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 78.

²¹⁰ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. op. cit., p. 45.

²¹¹ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. op. cit., p. 49.

²¹² MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op., cit., p. 86.

²¹³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 110.

²¹⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp.109-110.

²¹⁵ CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional*. op., cit., p. 64. Vide, também, sobre a origem jurisprudencial da teoria do abuso do direito, as lições de MIRAGEM, Bruno, segundo o qual: “A origem da teoria do abuso do direito, fora de dúvida, pode ser atribuída ao direito francês. A expressão *abus de droit*, de sua vez, é referida ao jurista belga, mas de língua francesa François Laurent, explicando deste então que, na hipótese de se verificar a existência de abuso, a rigor, não há direito a referência, de sua vez, tem lugar em vista de diversas decisões da jurisprudência francesa da

Com efeito, constata-se, então que a teoria do abuso do direito, revigorada no fim do século XIX,²¹⁶ representou um dos mais sensíveis abalos na visão tradicional da categoria de direito subjetivo, uma vez que reflete nítida reação ao caráter absoluto dos direitos subjetivos.²¹⁷

Tal crise do direito subjetivo decorre do vício metodológico segundo o qual um interesse é tutelado pelo ordenamento como um fim em si mesmo. Todavia, numa realidade quem a realidade na qual à atribuição de direitos acompanham deveres e obrigações, as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente.²¹⁸ Por esse motivo, sustenta Pietro PIERLINGIERI que:

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. Nessa perspectiva coloca-se a crise do direito subjetivo: enquanto este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a complexidade de situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não podem ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.²¹⁹

Portanto, não há no ordenamento vigente um direito subjetivo que seja ilimitado, atribuído ao interesse exclusivo do seu titular. Mas, ao contrário, há sempre um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si encerra suas limitações para o seu titular. Limitações estas que nascem e constituem-se juntamente com o próprio direito subjetivo, os quais contribuem para a identificação da sua essência, da sua função.²²⁰

segunda metade do século XIX, as quais, a título de controle do exercício dos direitos subjetivos passa a limitá-los in concreto, em vista da solução dos casos apresentados aos tribunais franceses.” (Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. op. cit., p. 90).

²¹⁶ V. SCHREIBER, Anderson. “Indignação. Esse é o sentimento que foi de foi tomado, no início do século XX, um construtor de balões dirigíveis ao se deparar com altas torres de madeira repletas de extremidades pontiagudas de metal, construídas pelo seu vizinho com o propósito de impedir voos de teste sobre o próprio terreno. O conflito, ocorrido em Amiens, acabou levado ao Poder Judiciário francês, o qual, em sucessivas instâncias, concluiu que, embora o engenhoso proprietário possuísse, sim, em abstrato, o direito de construir o que quisesse em suas terras, tal exercício do domínio afigurava-se, nas circunstâncias concretas, abusivo e, portanto, inadmissível (...) o abuso do direito configura, em larga medida, uma reação”. (Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: Direito Civil e Constituição. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 50.).

²¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 33.

²¹⁸ PIERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 677.

²¹⁹ PIERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., pp. 677-678.

²²⁰ PIERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 680.

Nesse mesmo sentido, sustenta Bruno MIRAGEM que ao direito subjetivo passa a se impor a valoração funcional do interesse subjetivo em jogo, passando a se reconhecer novos limites aos direitos subjetivos, os quais atingem o aspecto interno deste, refletindo-se, por exemplo, nos princípios da função social e da boa-fé.²²¹

Portanto, o direito subjetivo não é um interesse incontestável que se subtrai a qualquer controle por parte da sociedade e do ordenamento. Sobre o mesmo será possível e, até mesmo, obrigatório atuar com um controle individual. Com efeito, afirma-se que o ordenamento reconhece a propriedade, a titularidade de um bem, somente enquanto o mesmo for exercido em conformidade com as regras; caso contrário não será nem reconhecido, nem tutelado.²²²

Ou, nas palavras de Anderson SCHREIBER,

Quando a realidade concreta das relações privadas tornou-se por demais preocupante para se esconder sob o “*quid dit contractuel, dit juste*” (Fouillié) e outras fórmulas desgastadas pela experiência oitocentista, as cortes judiciais passaram a reprimir certos usos intoleráveis da liberdade individual. O exercício reluzente da liberdade, protegido por um controle acanhado e, mais que isso, abstrato de licitude, passou a sofrer, então, um controle concreto de legitimado, apto a impedir comportamentos tidos como inaceitáveis em situações específicas, mesmo quando camuflados sob a aparência de um direito subjetivo.²²³

Importante se destacar que, como mencionado no início do tópico, o controle de merecimento de tutela não se faz sentir apenas sob o direito subjetivo, mas expande-se para o controle de todas as situações jurídicas subjetivas.²²⁴ Isso porque, a aplicação da teoria do abuso do direito apresenta-se, fundamentalmente, como mecanismo de aferição

²²¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 28.

²²² PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 682.

²²³ SCHREIBER, Anderson. *O abuso do direito e boa-fé objetiva*. cit., p. 51

²²⁴ Nesse sentido: “*O que a investigação correlativa à delimitação da figura do abuso do direito veio essencialmente pôr em evidência, através do pensamento dos diversos autores, é como nele se tem feito projectar, antes de mais, a qualificação formal que das prerrogativas privadas se adopte e como, em última análise, depende da substância que em cada uma delas se encontre a sua expulsão ou inclusão na temática própria do acto abusivo. Daí que não possa abstrair-se do conteúdo que vai ligado a cada qualificação formal para ajuizar o mérito da afirmação ou negação correspectiva. Ademais, foi este panorama que encontramos logo de início no próprio direito subjectivo e, por isso, não é de espantar que ele se reflecta também – e à semelhança do que naquele acontece – com as restantes situações jurídicas individuais. (...) a justeza da qualificação formal não é decisiva para admissibilidade do abuso: trate-se de uma expectativa em sentido verdadeiro e próprio, trate-se de um direito subjectivo, a prerrogativa privada que aí substancialmente se encontra em jogo será passível de um exercício activo ou negativo em contradição com o valor que materialmente a funda.*” (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, pp. 587-589). V. também: CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito nos contratos de consumo*. op. cit., p. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. op. cit., p. 683. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., p. 62.

do comportamento do sujeito em sua confrontação com axiologia normativa que lhe é própria. Desse modo, não faz sentido a estrutura qualificativa da norma, por ser essencialmente classificatória (lógico-formalista), trazer hesitações quanto à sua exata configuração.²²⁵

Conclui-se, portanto, que qualquer que seja a situação jurídica subjetiva a que se faz referência, haverá o controle de mérito, valorando o comportamento por meio da cláusula geral do abuso do direito, tendo, aliás, tal figura, utilidade na concretização de princípios constitucionais, em especial nos ambientes inóspitos à incidência direta desses princípios.²²⁶

Feito o panorama geral sobre a teoria do abuso do direito, tem-se que no direito brasileiro, a recepção e o desenvolvimento da teoria do abuso do direito inicia-se com a interpretação sugerida ao artigo 160 do Código Civil de 1916,²²⁷ em que se consagrava a ilicitude do abuso do direito pelo critério da regularidade do exercício do direito subjetivo.²²⁸ De qualquer modo, apesar de não estar expressa no Código Civil de 1916, tem-se que, sobretudo em razão das sensíveis transformações da sociedade ocorrida na segunda metade do século XX, a noção de abuso passa a ser considerada pelo exercício dos direitos no âmbito de certas relações jurídicas, em que se considera o interesse não só das partes, mas também de terceiros.²²⁹

Ao largo da previsão do Código Civil de 1916, regulação do direito na cultura jurídica brasileira se deu inicialmente no direito processual, quando da sua aplicação na seara do abuso do direito de ação ou de defesa, especialmente se fosse promovida ação para fins diversos do que a norma supunha, prejudicando o réu ou terceiro.²³⁰

No Código Civil de 2002, a omissão do Código de 1916 foi corrigida e, com base no art. 334 do Código Civil Português, o artigo 187 vem trazer os limites para o exercício dos direitos, e, embora não cite expressamente a expressão abuso do direito, é certo que o legislador impôs limites éticos ao exercício de situações subjetivas por meio do

²²⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. op. cit., pp. 590-591.

²²⁶ “A aplicação direta dos princípios constitucionais dispensa, na verdade, a invocação de um categoria semelhante, mas a noção é útil, sobretudo em ambientes ainda inóspitos ao caráter normativo e à aplicabilidade direta das normas constitucionais.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, p. 115.)

²²⁷ “Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

²²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op., cit., p. 98.

²²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op., cit., p. 105.

²³⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional*. op. cit., p. 74.

princípio da boa-fé objetiva, da noção de bons costumes e da função socioeconômica dos direitos.²³¹

Em especial no direito contratual, aduz Heloísa CARPENA que:

O campo de aplicação da teoria do abuso do direito, no tocante às relações contratuais, mostra-se amplíssimo, permitindo que se afaste de um procedimento meramente empírico para se determinar dogmaticamente de que forma e em atenção a que princípios serão estabelecidos o exercício do direito de contratar.²³²

No caso da tratativa do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição, entende-se que o critério fornecido pelo art. 187 do Código Civil que mais se adequa é o do fim econômico e social do direito, como ainda será demonstrado.

Todavia – e é de fundamental relevância que se destaque –, a opção por tal parâmetro do fim econômico e social para a aferição do abuso da dependência econômica não é em si essencial. Explica-se: mais importante do que escolher dentre os critérios fornecidos pelo art. 187 do Código Civil, é ter a ciência de que a repressão ao abuso da dependência econômica importa na análise funcional das situações subjetivas. Desse modo, deverá ser reprimido, por meio do merecimento de tutela, quaisquer que sejam os desvios funcionais, independentemente do critério específico – a saber: boa-fé, fim econômico e social ou bons costumes – fornecido pelo art. 187 do Código Civil para seu balizamento.

Destarte, situações nas quais um contratante, diante de um cenário de dependência econômica, acaba por se sujeitar a imposição de cláusulas gravosas, discriminatórias, ou represálias da contraparte podem se referir, por exemplo, a boa-fé objetiva, também tratada como parâmetro para aferição do abuso do direito.²³³ Todavia, entende-se que o papel de reequilibrar relações não paritárias não se relaciona com a boa-fé em si, mas com

²³¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme à Constituição da República. Volume I – Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

²³² CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos contratos de consumo*. op. cit., p. 116.

²³³ “O exercício em desequilíbrio constitui um tipo residual de actuações inadmissíveis onde, como é de esperar, se manifestam, de modo informe, os grandes vectores que concretizam a boa fé e que correspondem, como se verá, a dados básicos do sistema”. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997, p. 859.). v. também: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 646 ss. Também nesse sentido: Gustavo TEPEDINO e Anderson SHCREIBER: “De fato, os tribunais brasileiros haviam se acostumado a compreender e aplicar a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo” (*A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32).

o fundamento do próprio Código de Defesa do Consumidor, donde originou-se a boa-fé no direito pátrio. Justamente em virtude dessa origem, aliada à sua íntima ligação à estrutura principiológica do código consumerista, foi atribuída à boa-fé a função e a finalidade que tecnicamente não lhe eram inerentes.²³⁴

Por oportuno, a boa-fé objetiva, apesar da grande relevância no cenário jurídico pátrio como instrumento de controle de merecimento de tutela mediante a restrição no exercício de determinadas situações subjetivas,²³⁵ encontra-se sob premente risco de superutilização.²³⁶ Por isso, parte-se do entendimento de que atribuir à boa-fé mais uma incumbência pode acabar por contribuir para o seu esfacelamento. Aliás, a preocupação com o uso desmedido da boa-fé é destacada por José de Oliveira ASCENSÃO:

De fato, a boa fé foi objeto de uma utilização de tal modo ampla que ficou descaracterizada. É inidônea para desempenhar todas as funções que lhe tem sido atribuídas, pelo que é urgente caracterizar outras cláusulas gerais que a complementam e são igualmente indispensáveis.²³⁷

Já a figura dos bons costumes é rejeitada na medida em que estes constituem-se fórmula fluida e em incontestável desuso.²³⁸ Destarte, resume-se a doutrina a relatar a dificuldade de concretizar a noção de bons costumes e, além disso, com a relevância dada aos valores sociais em sede constitucional no cenário pós-positivista, tornou o recurso a tais princípios um terreno bem mais seguro ao intérprete do que a utilização dos bons costumes,²³⁹ dentre outros, para aplicação como baliza para aferição do abuso do direito.

²³⁴ TEPEDINO, Gustavo; SHCREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. op. cit., p. 33.

²³⁵ “A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos [art. 113]; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais [art. 187]; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade [art. 422].” (TEPEDINO, Gustavo; SHCREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. op. cit., p. 36).

²³⁶ “No Brasil, a boa-fé objetiva adquiriu em um primeiro momento, contornos quase épicos. Sua pioneira aparição no tecido normativo deu-se por meio do Código de Defesa do Consumidor, onde, associando-se à finalidade protetiva do código consumerista, a boa-fé objetiva passou a ser aplicada como decoração ética de decisões que não se preocupavam em precisar-lhe o conteúdo (...). Por conta disso, a jurisprudência habitou-se a uma utilização puramente ética (e não técnica) da cláusula geral da boa-fé objetiva, trazendo riscos significativos de superutilização do conteúdo”. (Screiber, Anderson. *Abuso do direito e boa-fé objetiva*. op. cit., p. 53)

²³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A nova teoria contratual*. op. cit., p. 111.

²³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Abuso do direito e boa-fé objetiva*. op. cit., p. 58.

²³⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., p. 60.

Assim, expostas as bases pelas quais se rechaça a utilização da boa-fé, bem como dos bons costumes para o balizamento do que vem a ser considerado disfuncional a ensejar a repressão pelo abuso da dependência econômica, passa-se a justificar a escolha pelo critério dos fins econômicos e sociais.

O parâmetro do fim econômico e social do direito aduzida no art. 187 do Código Civil é o critério que toca intimamente a noção de exercício disfuncional de uma situação jurídica subjetiva apta a caracterizar adequadamente o abuso do direito.²⁴⁰ Há quem identifique o critério dos fim econômico e social à função social dos institutos.²⁴¹ Todavia, como ressalta Eduardo Nunes de SOUZA, a análise do fim social e econômico não pode se restringir à função social, visto que, sob análise funcional, podem haver outros interesses que não social aptos a gerar o merecimento de tutela por parte do ordenamento.²⁴² Dessa forma, entende-se que o fim social e econômico aqui referido é mais amplo do que à referência à função social, o que não afasta a ocorrência da verificação do fim econômico e social identificado com a manifestação da função social.

Nessa linha, Bruno MIRAGEM defende que tal parâmetro tinha, em sua origem, vinculação à condenação do ato emulativo, na medida em que se entendia por abusivo aquele ato que causava prejuízo a terceiros sem qualquer vantagem para o seu titular.²⁴³ Superando tal posicionamento, propõe o autor que o fim econômico ou social de um direito se caracteriza pela conjugação da utilidade econômica do titular com a utilidade econômica da sociedade.²⁴⁴

Fato é que a finalidade econômica e social depende de um estudo minucioso da natureza própria de cada uma das situações subjetivas sob análise.²⁴⁵ Desse modo, deverá se ter em mente especificamente as circunstâncias do caso concreto para sua aferição. Não se afasta, porém, a necessidade de se verificar, ainda que de forma mais genérica, como será aferido o desvio de função no caso do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição.

²⁴⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., p. 52.

²⁴¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 406.

²⁴² SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., p. 55.

²⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 147.

²⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 148.

²⁴⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. op. cit., 1973, p. 209.

No que tange aos contratos, a análise do fim econômico e social tem por base a identificação da função instrumental do negócio, sendo certo que verificado o abuso da função instrumental do negócio haverá repressão por parte do direito.²⁴⁶ Assim, como já dito,²⁴⁷ o contrato tem a finalidade precípua de permitir o trânsito de riqueza, ou seja, é a *veste jurídico-formal*²⁴⁸ que possibilita a transferência de riquezas, assim entendida como qualquer utilidade suscetível de apreciação econômica.²⁴⁹ Reconhecer a função de permitir a circulação de riqueza aos instrumentos contratuais não significa, porém, contestar a conveniência de impor limites no propósito de estabelecer o equilíbrio de interesses individuais,²⁵⁰ de modo a exigir a vinculação da função de circulação de riquezas aos mandamentos constitucionais.

Nesse sentido, está exposto na Memória Justificativa do Anteprojeto ao Código Civil:

O conceito do abuso de direito como seu exercício anti-social abre larga margem ao poder de apreciação do juiz, oferecendo o risco, assinalado por Amiaud, de que o fim econômico ou social de um direito seja interpretado na conformidade das ideias e mesmo das paixões políticas do dia, a que não estão imunes os juízes. Mas esse perigo reduz-se enormemente onde tais ideias ou paixões encontram freio em disposições constitucionais que fixam as bases da ordem econômica e social do país, mediante princípios que a consciência média do povo tem como indispensáveis à normalidade dessa ordem.²⁵¹

Assim, verifica-se na ordem constitucional brasileira que, ao lado da livre iniciativa, colocam-se os valores sociais do trabalho como fundamento da república (art. 1º, IV, CF). Impõe-se como objetivos da república o desenvolvimento nacional, mas também a constituição de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, incisos I e II, CF). Por fim, a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF) e tem como princípios a livre concorrência e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, incisos IV e VII, CF).

²⁴⁶ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. op. cit., 1973, p. 212.

²⁴⁷ Vide nota 35.

²⁴⁸ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 12.

²⁴⁹ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 13.

²⁵⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 45.

²⁵¹ Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, o.l.u.c *apud* SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., p. 53.

Desse modo, pode-se concluir que o fim econômico e social a que se refere o art. 187 do Código Civil é o mais apto a servir de baliza ao controle de merecimento de tutela ao abuso da dependência econômica, pois permite o controle de forma mais específica sobre a função do contrato como parâmetro para aferição do ato abusivo.

Nesse contexto, a partir desse parâmetro, a avaliação do enquadramento do abuso da dependência econômica no abuso do direito deve-se ter como baliza a causa do contrato. Apesar da dificuldade²⁵² e de toda controvérsia que cerca o tema,²⁵³ toma-se por base, no presente trabalho, o entendimento de causa como função do contrato, segundo o qual:

A causa do contrato, em consequência, é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida por alguns como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação. Expressa-se igualmente na síntese dos efeitos jurídicos essenciais: não os efeitos tipicamente atribuídos àquela estrutura negocial, mas os efeitos essenciais àquele negócio concretamente firmado. Como já indicado, entra nessa esfera não aquilo que seja motivação pessoal das partes, mesmo que partilhada entre elas – conhecimento pela outra parte, em que pese ser relevante – não é necessário nem suficiente –, mas sim aquilo que se tenha objetivado como parte daquela situação contratual específica. A síntese destes efeitos essenciais *in concreto* é que deverá ser objeto de avaliação pelo ordenamento, para aferir se compatíveis com os referidos preceitos gerais do ordenamento.²⁵⁴

A síntese dos efeitos essenciais verificada em concreto – a causa concreta – poderá ser analisada sob o enfoque da correspectividade, como decorrência da bilateralidade quanto às prestações devidas reciprocamente pelos contratantes.²⁵⁵

Apesar de o Código Civil não definir a noção, entende-se da *ratio* das previsões do art. 475 e 476 do Código Civil que os contratantes não poderão exigir o cumprimento da obrigação do outro, acaso sua obrigação não cumprida seja causa da outra²⁵⁶. Desse modo, conclui Maria Celina BODIN DE MORAES:

²⁵² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. cit., p. 2.

²⁵³ V. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. cit., *passim*; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*. cit., *passim*.

²⁵⁴ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação nos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. cit., pp. 91-92.

²⁵⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. cit., p. 13.

²⁵⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. cit., p. 14.

O conceito de correspectividade, insista-se, refere-se ao nexa que liga indissolúvelmente as prestações contratuais de modo que cada uma é causa da outra. A correspectividade foi definida como “*scambio in senso giuridico*” e revela a recíproca transferência de bens ou serviços em um único engenho negocial.²⁵⁷

Em seguida, conclui a autora:

A correspectividade, se não é critério suficiente para a especificação dos contratos ditos unilaterais (porque, nesse caso, o que revela é, exatamente sua ausência), coloca-se nos contratos com prestações correspectivas, como elemento indicador da causa do contrato, na medida em que indica entre quais prestações corre o nexa de sinalagmaticidade, permitindo, dessa forma, que se identifiquem os efeitos essenciais em cada tipo.²⁵⁸

Assim, na análise da configuração do abuso da dependência econômica, entende-se que, pela quebra da correspectividade entre as prestações, afere-se o abuso do direito, em razão à violação da síntese dos efeitos pretendidos pelas partes. Pode-se dizer, portanto, que o abuso da dependência econômica não merece tutela no ordenamento jurídico pátrio, pelo desvio funcional e tem o juízo de mérito controlado pelo abuso do direito e aferido em concreto por meio da análise da correspectividade entre os direitos e obrigações firmados no complexo de obrigações existentes no contrato.

Trata-se, portanto, da concretização do princípio do equilíbrio econômico dos contratos.²⁵⁹ Isso porque o princípio do equilíbrio contratual preconiza que as prestações correspectivas devem equivaler-se tanto quanto possível, segundo critérios objetivos, isto é, absolutos, de modo que o valor das obrigações recíprocas sejam efetivamente semelhantes.²⁶⁰ Em sentido oposto, a cláusula que viola a equivalência entre as prestações, quebrando a isonomia do contrato e, assim, afrontando a justiça, não é digna de tutela.²⁶¹

²⁵⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. cit., p. 14.

²⁵⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. cit., p. 15.

²⁵⁹ Apesar de Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO referir-se ao desequilíbrio como manifestação da boa fé, destaca o autor que: “A rubrica do desequilíbrio no exercício de direitos, m tanto residual, levanta problemas na sua dogmatização. As manifestações mais sugestivas constituíram já o cerne da doutrina do abuso.” Em seguida, conclui: “o tipo abusivo do desequilíbrio no exercício surge como um cadinho onde tomam forma novos casos de comportamentos inadmissíveis.” (*Da boa fé no Direito Civil*. op. cit., p. 859).

²⁶⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119.

²⁶¹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 372.

Paulo LÔBO, tratando o princípio do equilíbrio econômico²⁶² como princípio da equivalência material dos contratos, assevera:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real entre direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis.²⁶³

Dessa forma, tem-se o controle de tutela sobre o abuso da dependência econômica como uma manifestação do princípio do equilíbrio econômico dos contratos, que, nas lições de Vladimir Mucury CARDOSO:

Trata-se de um novo princípio de índole marcadamente social, plenamente de acordo e fundado nos princípios constitucionais estabelecidos no Texto de 1988, destinados à valorização e à proteção da pessoa humana. O que se almeja, através do equilíbrio do negócio, é a justiça contratual, a partir do abandono do pressuposto de que “quem diz contratual diz justo”. Rompe-se, também, com a aceção puramente formal da justiça, segundo a qual bastava que as partes fossem iguais perante a lei para que o contrato merecesse tutela do Direito e realizasse a justiça concreta.²⁶⁴

Há que se ressaltar, por fim, que a incidência da quebra do equilíbrio econômico não gerará em todos os casos a possibilidade de intervenção, na medida em que permitir que cada convenção onerosa possa ser revista para controlar o desequilíbrio de posições criaria uma instabilidade social a um nível tal que seria impossível a prática da vida contratual.²⁶⁵

²⁶² Apesar de entender TOSCANO, Rodrigo Brito, que as expressões não se equivalem, visto que a equivalência material teria um sentido mais amplo, tem-se no presente contrato que há identidade entre os mesmos, na medida em que, ao que interessa ao presente trabalho há identidade que o tornam sinônimos, pois estuda-se as hipóteses em que a equivalência material se aplica pela quebra do equilíbrio econômico do contrato. Veja-se: “*Muito se fala em princípio da equivalência material como sendo sinônimo exclusivo do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Na verdade, não o é, pelo menos na conotação aqui desenhada. Ou seja, não se trata apenas da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro, apesar de ser esta uma das causas mais corriqueiras. Mas é apenas uma delas dentre as outras que podem identificar um desequilíbrio objetivo do contrato.*”, (Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55). Identificando o princípio do equilíbrio econômico com o princípio da equivalência material: SCHREIBER, Anderson. *O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão*. In: Direito civil e Constituição. op. cit., p. 121.

²⁶³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

²⁶⁴ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 113.

²⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A nova teoria contratual*. op. cit., p. 109.

Assim, conclui-se que será disfuncional e, portanto, abusivo, o comportamento que imponha ao contratante em situação de dependência econômica as cláusulas que importem em desequilíbrio manifesto – ou excessivo –, como ocorre em outras figuras do Código Civil.²⁶⁶

As balizas mais efetivas deverão ser verificadas em concreto, a partir do merecimento de tutela da situação subjetiva sob análise judicial. Ademais disso, no Capítulo 3, em que se tratará sobre a repressão ao abuso da dependência econômica, serão também, mais detidamente, verificados os nortes de atuação do intérprete para correção do ato abusivo.

Cumprido-se, dessa maneira, o escopo do presente trabalho até o momento, na medida em que (i) delimitou-se o que vem a ser situação de dependência econômica, referenciando as quatro circunstâncias em que se originam a situação de dependência (relação contratual com investimentos específicos de uma das partes, período de crise, dependência de marca famosa e poder de compra); (ii) em seguida verificou-se a importância do estudo do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição para além dos muros do direito concorrencial, a fim de que se demonstrasse a necessidade da tutela contratual da partes; (iii) estudou-se os critérios para verificação do abuso da dependência econômica, rechaçando a hipótese de que adota como critério uma solução de eficiência do mercado de escoamento da produção, caracterizando o abuso como a falta de alternativas razoáveis de saída do contrato, para que, em seguida, (iv) buscasse realizar de forma satisfatória a proteção do contratante fraco nessa relação, o que se fez a partir do abuso do direito, figura que permite o controle de merecimento de tutela a partir da análise funcional da situação jurídica subjetiva. Dentre os critérios e aferição do art. 187 do Código Civil, entendeu-se – com a ressalva de não ser tal o parâmetro essencial para o controle do ato abusivo – que o fim econômico e social é o que melhor se adequa à tratativa do abuso da dependência econômica. Como parâmetro para verificação do ato abusivo, utilizou-se da causa concreta, permitindo a análise da corresponsabilidade das obrigações no contrato de distribuição e, em consequência, com referência ao princípio

²⁶⁶ “Esta orientação tem numerosos afloramentos no Código Civil. O art. 157, em matéria de lesão, exclui a prestação manifestamente desproporcional. O art. 317 exige ‘desproporção manifesta’ entre o valor inicial da prestação e o momento da execução. O art. 413 prevê cláusula penal de valor ‘manifestamente excessivo’. Usam-se também expressões de significado equivalente: o art. 478 prevê que uma prestação de uma parte se torne ‘excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra’.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A nova teoria contratual*. op. cit., p. 109).

do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para fins da verificação do abuso da dependência econômica.

Passa-se, então, ao terceiro capítulo, em que se verificará a tratativa conferida pelo direito como repressão ao abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição.

3. O REMÉDIO DA NULIDADE PARCIAL COM A REVISÃO DO CONTRATO E SUA APLICAÇÃO NA TRATATIVA DO ABUSO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Nesse Capítulo 3, o objeto de estudo será a análise dos remédios²⁶⁷ fornecidos pelo ordenamento jurídico, com a identificação daquele que seja o mais adequado à tratativa e à repressão do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição.

Nesse sentido, verificar-se-ão, primeiramente, as hipóteses de remédio decorrente do reconhecimento do abuso do direito, cláusula geral que abarca a figura do abuso da dependência econômica. E, como se verá mais à frente, constatar-se-á a insuficiência dos remédios previstos pelo Código Civil.

Com efeito, será investigada a aplicação do remédio previsto no art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a nulidade parcial, com a imposição de esforço do julgador na tentativa de preservar o negócio maculado pelo abuso. Para tanto, será necessário identificar a *ratio* da tratativa do contratante fraco com a vulnerabilidade do consumidor e a sua possibilidade de extensão aos contratantes fracos para além da lógica do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, serão traçados os limites dos esforços para elaboração de parâmetros na aplicação da revisão aos contratos de distribuição maculados pelo abuso da dependência econômica.

²⁶⁷ Tratar no presente trabalho sob a linguagem dos remédios significa impor, nos dizeres de SALLES, Raquel Bellini de Oliveira: “*uma abordagem do direito dos contratos privilegiando o aspecto da tutela, ou seja, da proteção reservada aos direitos e créditos decorrentes e/ou coligados aos contratos, isto é, a consideração dos interesses em jogo*”. Isso porque, “*o remédio, definido por um notável jurista anglo-saxão por cura para os defeitos, nem sempre precisa apoiar-se em um direito, mas em um interesse qualquer merecedor de tutela e que reste lesado e insatisfeito*”, de modo que “*a leitura ‘sob o viés remedial’ da tutela contratual é a mais idônea a fornecer uma representação exauriente da forma de tutela oferecida ao contrato.*” Tradução livre: “*uma abordagem do direito dos contratos privilegiando o aspecto da tutela, ou seja, da proteção reservada aos direitos e créditos decorrentes e/ou coligados aos contratos, isto é, a consideração dos interesses em jogo*”. No original: “*un approccio al diritto dei contratti che privilegi l’aspcto della tutela, ossia delaa protezione riservata ai diritti e alle pretese derivante e/o comunque collegati al contratto, cioè agli interessi coinvolti (...) Il ‘rimedio’, definito da um noto giurista anglossassone come cure for wrongs, non sempre há bisogno di appoggiarsi ad um diritto ma ad um interesse qualche modo protetto e che resulta lesa e insoddisfatto (...)la lettura ‘in chive rimediale’ dele tutele contrattuali à la più idônea a fonnire una rappresentazione exauriente dele forme dit tutela offerte ao contrato*” (Il “terzo contrato” nell’unitarietà dell’ordinamento. 2008/2009, 101f. Tesi di conclusione del corso - Scuola di specializzazione in diritto civile, Università di Camerino, Camerino, 2008/2009, pp. 9-10).

3.1. Os remédios fornecidos pelo Código Civil e sua insuficiência

Demonstrada a qualificação do abuso da dependência econômica na figura da cláusula geral do abuso do direito, tem-se que passar nesse presente capítulo à repressão dada pelo ordenamento a essas situações que não são merecedoras de tutela.

É certo que a consequência jurídica – ou seja, a repressão por parte do direito – diante da verificação de um ato abusivo (incluindo-se o abuso da dependência econômica) pode ser: (i) a imposição do dever de indenizar, mediante a combinação do art. 187 com o art. 927, ambos do Código Civil; e (ii) a eliminação dos efeitos do ato abusivo.²⁶⁸ Desse modo, tradicionalmente são reconhecidas no âmbito civil uma das seguintes espécies de consequências jurídicas: (i) reparação pelos danos porventura causados; (ii) nulidade dos atos praticados.²⁶⁹

A consequência típica do reconhecimento de um ato ilícito no ordenamento jurídico é o dever de indenizar.²⁷⁰ Esse dever decorre da expressa referência estabelecida

²⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício e prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 183.

²⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício e prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 184.

²⁷⁰ Sobre a categorização do abuso do direito como espécie de ato ilícito, destaque-se a crítica: “*Não foi feliz, todavia, o legislador de 2002, ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito. A opção legislativa contraria a doutrina mais moderna do abuso de direito, que procura conferir-lhe papel autônomo na ciência jurídica. A ultrapassada concepção de abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática condicionava sua repressão à prova de culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no direito exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação subjetiva e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional. Além disso, a associação do abuso com o ilícito restringe as hipóteses de controle do ato abusivo à caracterização do ato ilícito, deixando escapar um sem-número de situações subjetivas em que, justamente por serem lícitas, exigem uma valoração funcional quando ao seu exercício. Assim sendo, o art. 187 do CC, que define o abuso de direito como ato ilícito, deve ser interpretado como uma referência a uma ilicitude lato sensu, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e do ato abusivo, que são claramente diversas.*” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1. op. cit., p. 342). Também sobre o tema, destaque-se as lições de Heloisa CARPENA, segundo a qual: “*Tanto no ato ilícito como no abusivo atua-se fora do direito, sem direito, porque ultrapassados os limites que a ordem jurídica impõe àquele. No primeiro caso [ato ilícito], trata-se de limites lógico-formais e, no segundo [ato abusivo], axiológico-materiais. A antijuridicidade pode resultar tanto da violação da forma como do sentido valorativo dos direitos. O interesse dogmático da distinção reside exatamente na diversidade de critérios pelos quais se determinam as duas modalidades do antijurídico, a assegurar a autonomia científica das respectivas qualificações jurídicas*” (*Abuso do Direito nos contratos de consumo*. op. cit., p. 58). Também nesse sentido: “*A melhor técnica não recomendaria a alusão inicial ao ‘ato ilícito’, figura de pressupostos próprios, já estabelecidos no art. 186 da codificação, que se distingue tradicionalmente do exercício inadmissível dos direitos, ato lícito, ao menos quanto em sua aparência. A associação entre as duas situações, tão distintas entre si, ainda que seja possível remetê-las a uma ilicitude lato sensu, contrariou a tradição nacional, prestando desserviço à identificação bem mais sutil dos atos que se fundam em direitos reconhecidos, mas violam seu*

no artigo 927 do Código Civil, que imputa ao causador do dano decorrente de ato ilícito o dever de repará-lo.²⁷¹

Há que se fazer a ressalva de que a própria redação do art. 927 do Código Civil não traz qualquer diferença com relação ao dano causado por ilícito culposo ou por abuso do direito, havendo tão somente a diferença no nexo de imputação: enquanto no ato ilícito *stricto sensu* é necessária a prova da culpa, no ato abusivo (ilicitude objetiva) o nexo de imputação prescinde da culpa. Dessa forma, o dever de indenizar no caso do abuso do direito depende tão somente do dano, da conduta lesiva, do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.²⁷²

Ocorre que a responsabilidade civil não deixa de prescindir, ainda que na espécie de abuso do seu direito, da existência de dano.²⁷³ Assim, a tratativa dos atos abusivos por meio dessa única previsão é insuficiente, na medida em que podem haver diversos ilícitos – e também atos abusivos – que não tenham por consequência o dano; de igual forma, pode haver dano sem que haja a ocorrência de um ato ilícito. Noutros termos, assim sintetiza Heloísa CARPENA, distinguindo o ilícito da obrigação de indenizar:

O ilícito se distingue claramente da obrigação de indenizar, que pode ser-lhe consequente ou não. Com efeito, pode haver um ato que seja, ao mesmo tempo, ilícito e não danoso. De igual maneira, pode haver um dano ao qual não corresponda a obrigação de indenizar, de que seria

embasamento axiológico e finalístico.” (SCHREIBER, Anderson. *Abuso do direito e boa-fé objetiva*. op. cit., p. 58).

²⁷¹ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 184. Reconhecendo apenas a possibilidade de que o abuso gere a sanção imposta pela responsabilidade civil, apesar da crítica ao enquadramento do abuso no conceito de ato ilícito, vide PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, segundo a qual: “*Quanto à segunda consequência exposta [ato abusivo constitui-se em ato ilícito], embora subsista um critério diverso para determinar o ato abusivo, de teor eminentemente objetivo, como até o presente momento delineado, isto não impediu a que o abuso do direito continuasse sendo concebido como ilícito, tal como se fez no Código Civil em vigor. Assim, sua concepção encontra-se desprovida de autonomia dogmática, ao ser inserida naquela categoria, não lhe restando outra configuração senão a de enquadrar-se no âmbito da responsabilidade civil*” (*O abuso do direito e as relações contratuais*. op. cit., p. 307).

²⁷² MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 186.

²⁷³ Vide, sobre o tema, Heloísa Helena BARBOZA: “*A obrigação de indenizar tem por fim (re)compensar, o quanto possível, a lesão patrimonial ou extrapatrimonial sofrida por alguém. Seu pressuposto, portanto, é a existência de um dano, ou seja, a lesão a um bem jurídico.*” (Responsabilidade civil e bioética. In: *Temas de responsabilidade civil*. Coord. MARTINS, Guilherme Magalhães. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 491). Apontando para a superação do paradigma do pressuposto do dano, vide FACHIN, Luiz Edson: “*Impende, ainda, alargar a passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta. O dano ao projeto de vida é outro exemplo de compensação relevante que a racionalidade jurídica vai abrigoando. A própria ideia decorrente do princípio da precaução que pode conduzir à indenizabilidade da ameaça de danos, representa um interessante, ainda que paradoxal, passo à frente ao expor a responsabilidade sem danos.* (Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: *Revista dos Tribunais*, v. 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2011, p. 36.).

exemplo aquele resultante do ato praticado em legítima defesa, pois somente ao dano provocado ilicitamente ou ao dano injusto corresponde a obrigação de indenizar.²⁷⁴

Em especial, ao se tratar da figura do abuso da dependência econômica enquadrado sob a tratativa dogmática do abuso do direito, a repressão do dever de indenizar será, em muitos dos casos, insuficiente. Isso porque o cometimento de um ato abusivo no decorrer – ou até mesmo na origem – de um contrato de distribuição não acarretará, necessariamente, em dano. Pense-se, por exemplo, na imposição oportunista e abusiva no caso concreto de compra de estoque mínimo por parte do fornecedor ao distribuidor. Este estoque, por mais que fique “encalhado”, não representará – caso não se trate de produto perecível – necessariamente prejuízos ao distribuidor, na medida em que, mais cedo ou mais tarde, poderá ser revendido, de modo que, apesar de não configurar o dano, poderá retirar a competitividade daquele fornecedor no mercado.

A insuficiência de tal remédio fica mais evidente acaso se pense que, apesar de poder ter causado dano, a imposição do dever de reparar os danos não impedirá que, com a subsistência, por hipótese, de uma cláusula abusiva que continue vigente após a demanda judicial, venha esta a caracterizar um dano continuado ao distribuidor ou à parte dependente. Poderia se pensar, nessa hipótese, em mecanismos inibitórios, ou de cunho preventivos,²⁷⁵ todavia, qualquer desses mecanismos aplicados ao contrato acarretarão na alteração do regulamento contratual, de modo que deverão ser estudados juntamente com a sanção de nulidade mais à frente aprofundada.

Assim, verifica-se a insuficiência da tratativa da repressão ao abuso da dependência econômica por meio do remédio da reparação civil pelos danos causados. Dizer, no entanto, que a responsabilidade civil é insuficiente para a tratativa do abuso da dependência econômica não significa relegar a segundo plano o instituto. Ou seja, será extremamente importante a responsabilidade civil também na tratativa do abuso da dependência econômica, mas sua aplicação deverá ser restrita à sua função primordial, que consiste exatamente na reparação de danos²⁷⁶. Não servirá, entretanto, como

²⁷⁴ CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. op. cit., p. 59.

²⁷⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. op. cit., p. 80.

²⁷⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo, Atlas, 2012, p. 45. Ainda sobre o tema, confira-se BODIN DE MORAES, Maria Celina: “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano

mecanismo de repressão ao abuso da dependência econômica nas hipóteses em que não há dano e será insuficiente nos casos em que o contrato for mantido, sem o afastamento da cláusula maculada pela abusividade.

Assim, ao lado do dever de reparar os danos, está a previsão de nulidade do ato praticado em abuso. Isso porque o estabelecimento de limite à juridicidade do direito importa que a sua contrariedade enseje a imposição de uma sanção a tal ato. A lei, no entanto, nem sempre faz referência expressa à sanção. Exatamente neste sentido, coaduna-se a tal entendimento a previsão do art. 166, VII, do Código Civil, segundo o qual será nulo o ato a que a lei proibir a prática sem cominar a correlata sanção.²⁷⁷ Por consequência, o reconhecimento de um ato abusivo na relação contratual, por exemplo, levaria à nulidade de todo o contrato, na medida em que o negócio nulo fica privado de produzir efeitos jurídicos por ter sido realizado em ofensa grave aos princípios da ordem pública.²⁷⁸

Imagine-se, por exemplo, que se verifique no contrato de distribuição o abuso da dependência econômica acarretando no reconhecimento da cláusula, por hipótese, de imposição de venda casada como abusiva.²⁷⁹ A consequência do reconhecimento da abusividade da existência de tal cláusula seria a nulidade de todo o negócio jurídico então maculado pelo abuso. Isso porque, como se verificará, as hipóteses de conservação do negócio jurídico previstas pelo Código Civil contêm, todas elas, um requisito de cunho eminentemente subjetivo, que vinculam sua aplicação à aferição de estados psíquicos da vontade dos agentes.

injusto, que merece ser reparada.” (A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: Direito, Estado e Sociedade. v. 9., n. 29, pp. 233-258, jul/dez, 2006, p. 245).

²⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 189. Vide também NALIN, Paulo, *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. op. cit., p. 240.

²⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. op. cit., p. 166.

²⁷⁹ Sobre a possibilidade de verificação de cláusulas abusivas nos contratos civis, veja-se, por todos, Bruno MIRAGEM, para quem: “A cláusula geral do art. 187, ao positivar o abuso do direito no Código Civil, permite identificar-se também nos contratos civis a presença de cláusulas abusivas (...). Contudo, fora dos domínios do direito do consumidor, e em que havia previsão expressa de nulidade, é tímido o desenvolvimento do controle de cláusulas abusivas nos contratos regidos pelo Direito Privado.” (Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. op. cit., p. 191). Nesse sentido e, ainda, além, Anderson SCHREIBER: “Tal importância histórica do abuso do direito na experiência brasileira, como instrumento pioneiro no combate aos excessos do liberal-individualismo, garantirá continuada aplicação ao menos em figuras específicas que colhem no abuso sua inspiração, justificativa e até nomenclatura. As referências ao abuso de autoridade, às cláusulas abusivas, ao abuso de poder econômico, à publicidade abusiva, ao abuso da personalidade jurídica e a tantas outras figuras específicas consagradas pela praxe ou pela lei continuarão a frequentar a jurisprudência conservando a força subjacente do abuso do direito como fonte de institutos específicos.” (Abuso do direito e boa-fé objetiva. op. cit., p. 60).

O princípio da conservação dos negócios jurídicos constitui uma emanção e uma exigência da ordem pública econômica e social, na medida em que, ao conformar os atos objetivos do ordenamento, propõe-se a balizar este aos parâmetros legais.²⁸⁰ Desse modo, conclui Vladimir Mucury CARDOSO no sentido de que a conservação dos negócios jurídicos liga-se ao reconhecimento da importância e da utilidade do negócio para as partes, pois é através desses negócios que as partes satisfazem suas necessidades, razão pela qual tornar o contrato necessário ou útil inválido não trará benefício algum àquele que alegar a nulidade.²⁸¹

Em especial, pense-se no contrato de distribuição, em que há abuso da dependência econômica, em razão, por exemplo, da extrema vinculação das receitas de uma parte à outra, o que importa em reconhecer que o término do contrato extingue a própria atividade empresarial desenvolvida pela parte dependente. Nesse sentido, constata-se que a nulidade total do contrato não se afigura como um remédio adequado à tratativa do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição, na medida em que importará na paralização das atividades do ente dependente.

No Código Civil, por decorrência do princípio da conservação dos negócios jurídicos, há: (i) a previsão da ratificação de negócios anuláveis (art. 172, CC); (ii) a possibilidade de redução dos negócios jurídicos acometidos de nulidade parcial (art. 184, CC); e (iii) a possibilidade de conversão dos negócios jurídicos (art. 170, CC).²⁸²

Todavia, nenhuma dessas previsões é capaz de trazer utilidade como remédio à tratativa do abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição, conforme se passa a demonstrar. Isso porque, a hipótese de ratificação não cabe para negócio nulo, conforme previsão expressa do artigo 169 do Código Civil. Portanto, a ratificação tem a função tão somente de afastar a anulabilidade.²⁸³⁻²⁸⁴

²⁸⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 185.

²⁸¹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão Contratual e Leão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., pp. 375-376.

²⁸² MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 325-360, p. 352.

²⁸³ MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. op. cit., p. 354.

²⁸⁴ Sobre a distinção entre a nulidade e a anulabilidade: “A invalidez é gênero, no qual se distinguem duas espécies: a nulidade e a anulabilidade. Entre vários critérios de distinção, o mais destacado é a causa de cada um: enquanto na invalidez há uma afronta mais grave, por conta de um motivo de interesse público, a anulabilidade resulta de uma desconformidade menos grave, tutelando-se um interesse particular. Aduz-se também, caracterizando a nulidade, a legitimidade mais ampla para invocá-la, podendo ser pronunciada mesmo de ofício pelo juiz (art. 168) e a insuscetibilidade de confirmação ou convalidação pelo tempo (art. 169), além do polêmico critério distintivo da retroatividade dos efeitos de sua declaração.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*. op. cit., p. 309.).

Como se não bastasse tal óbice legal, a ratificação ou convalidação de um ato anulável se prende também a um critério subjetivo de manifestação de vontade das partes no sentido de convalidar o negócio na sua forma permitida.²⁸⁵ Ou seja, para que seja permitida a ratificação do negócio, deve haver nova manifestação de vontade das partes, impondo-se uma análise por meio da investigação psicológica da vontade dos contratantes.

No mesmo sentido da convalidação, a conversão do negócio também não se mostra como instrumento hábil à tratativa do abuso da dependência econômica, na medida em que consiste tal remédio na substituição de um negócio por outro, seja em razão da nulidade do aspecto formal (como por exemplo, escritura pública ferida de nulidade formal, que poderá valer como instrumento particular se assinado pelas parte), seja quando atinge a substância do negócio e o modifica (compra e venda de um imóvel sem o instrumento público que pode ser convertido em compromisso de compra e venda, já que a natureza do compromisso permite o instrumento particular).²⁸⁶

Ora, a nulidade, por hipótese, de uma cláusula do contrato de distribuição, em razão da verificação do abuso da dependência econômica, não poderá ter o condão de modificar a estrutura negocial, na medida em que a existência de abusividade não será apta a transformar a função de escoamento da produção por meio da revenda de produtos de fabricação do fornecedor. Logo, imprestável também ao fim que se busca entender no presente trabalho a figura da conversão.

Vê-se, assim que a convalidação, apesar de útil à nova dogmática contratual, na medida em que permite a preservação do negócio, impedindo que se frustrem os efeitos pretendidos pelas partes pela atuação negocial das mesmas,²⁸⁷ tem a função de preservar o negócio pela modificação da sua estrutura, o que não se aplica ao caso do abuso da dependência econômica, visto que a função de operacionalizar o escoamento da produção fabricada pelo fornecedor, por meio de compras e vendas para revendas protraídas no tempo por parte do distribuidor, não será desnaturada pelo abuso.

Além disso, há a previsão da figura da redução do negócio jurídico – ou nulidade parcial do negócio – regulado pelo artigo 184 do Código Civil. A redução aproxima-se da revisão judicial do contrato e tem lugar quando o negócio é acometido pela invalidez

²⁸⁵ MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. op. cit. In: A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 325-360, p. 354.

²⁸⁶ MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. op. cit., p. 358.

²⁸⁷ MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. op. cit., p. 359.

parcial, ou seja, apenas parte do todo, uma das suas cláusulas ou condições, contraria disposição legal. Nessa hipótese, o negócio fica reduzido à sua parte válida.²⁸⁸ Vislumbra-se, então, a conservação do negócio jurídico em todo o restante, naquilo que não contraria a ordem jurídica, ou seja, o negócio encontra-se não totalmente contaminado pela nulidade.

Nesse remédio, encontram-se óbices à sua utilidade de duas ordens: (i) a disposição de que deve ser “*respeitada a intenção das partes*”; (ii) somente tem sua aplicação possível na hipótese de nulidade de obrigações acessórias do negócio jurídico.²⁸⁹ Quanto à vontade das partes, há que se criticar tal previsão, na medida em que se cria a possibilidade de interpretação que importa em redução do instituto, pois condiciona a previsão de redução do negócio à hipótese de redução voluntária. Noutras palavras, faz-se necessário perquirir a intenção das partes, acaso soubessem da existência da nulidade.²⁹⁰ Assim, a redação do artigo 184 do Código Civil faz supor que só seria possível a redução quando consentânea à vontade virtual pressuposta das partes.²⁹¹ Exatamente nesse sentido, Bruno MIRAGEM entende ser requisito para a aplicação da redução o respeito à base subjetiva, que, com base nos ensinamentos de Karl Larenz, configura-se o conjunto de elementos determinantes da vontade das partes, ou seja, a base subjetiva se configuraria como a representação mental existente pelas partes ao concluir o negócio.²⁹²

Todavia, conforme adverte Leonardo MATTIETTO:

A alusão à intenção das partes deve ser entendida com cautela, não como vontade hipotética que os contratantes teriam tido se, desde o início, soubessem da nulidade, mas como preocupação do legislador em assegurar, ainda que somente em parte, o fim prático pretendido pelos sujeitos ao celebrar o negócio. O que justifica, afinal, a redução do negócio acometido de nulidade parcial, não é a vontade das partes, mas

²⁸⁸ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 378.

²⁸⁹ Nesse sentido: “*Por sua natureza, a invalidade da obrigação principal do negócio implica a desconstituição das obrigações acessórias, mas a invalidade das obrigações acessórias não conduz necessariamente a da obrigação principal, podendo ser destacadas do negócio, mantendo-se seu conteúdo principal.*” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. op. cit., p.330).

²⁹⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 379.

²⁹¹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 380.

²⁹² MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. op. cit., p. 191; vide nota de rodapé 239.

o princípio, acolhido pelo ordenamento, de conservação dos contratos (*favor contractus*).²⁹³

Logo, seria possível prender-se a um critério teleológico como manifestação da necessidade de proteção da parte mais frágil.²⁹⁴ Assim interpretado, o instituto teria sua valia quanto à repressão ao abuso da dependência econômica, na medida em que seria permitida a avaliação finalística com base nos elementos objetivos que cercam a contratação, para se verificar a adequação da parte abusiva ao ordenamento jurídico. Todavia, ainda que com base nas referências objetivas, tem-se que a redução significa tão somente a retirada da parte abusiva, sem a devida integração do contrato com cláusulas que possibilitem o reequilíbrio do contrato, como ocorre por expressa permissão legal, por exemplo, na revisão por negócio viciado pela lesão.²⁹⁵ Quer-se dizer com isso que, mesmo que se avaliasse o “*respeito à vontade das partes*” como um critério finalístico e objetivo, teria ainda que se contentar com a mera exclusão daquilo que é abusivo, sem a integração da parte abusiva com outras cláusulas não previstas em seu lugar.

Como se não bastasse tal fato, mesmo que se interprete pela superação do dogma do respeito à vontade das partes, enfrenta-se, outrossim, um problema ainda maior, o qual reside no fato de que nem sempre o abuso da dependência econômica nos contratos da distribuição ocorrerá em cláusulas secundárias e acessórias, a permitir a manutenção da obrigação principal.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de o fornecedor estipular para um dos distribuidores da sua rede de distribuição o preço de aquisição do produto a ser revendido em patamar mais alto do que os demais, de forma arbitrária. Ora, por se tratar do preço de compra do produto objeto da distribuição, é uma cláusula principal desse contrato, que, ao se reconhecer o abuso, pela regra do artigo 184 do Código Civil, levaria à nulidade completa do contrato.

Assim, demonstra-se o principal aspecto da insuficiência desse remédio, na medida em que não permite a nulidade de uma cláusula que se configure como principal ao contrato de distribuição maculado de abuso da dependência econômica.

²⁹³ MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. op. cit., pp. 355-356.

²⁹⁴ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 379.

²⁹⁵ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 382.

Por fim, ainda que não se trate de nenhuma das situações específicas em que se verifique a aplicação de institutos cujo remédio no Código Civil permita a revisão dos contratos, faz-se aqui um parêntese para demonstrar que há um vício sistemático no Código Civil. Isso porque o problema enfrentado no que diz respeito aos efeitos da nulidade acima elencados se repete em todos os meios de revisão no Código Civil, que exige um critério subjetivo de respeito à vontade dos contratantes, num retorno à lógica voluntarista do negócio jurídico, cujo pressuposto é a falta de limites para o exercício da autonomia negocial.

Nesse sentido, merece destaque a lição de Anderson SCHREIBER, que, ao discorrer sobre o princípio do equilíbrio do contrato, critica a imposição de critérios subjetivos para as seis hipóteses²⁹⁶ de revisão dos contratos no Código Civil:

O problema é que, em nenhum daqueles seis dispositivos, a repressão ao desequilíbrio das prestações ocorre com base exclusivamente na desproporção objetiva entre as prestações. Em todos aqueles artigos, a codificação cedeu, em alguma medida, à ideologia do passado, acostando ao desequilíbrio contratual, de caráter voluntarista, ou seja, ligados à vontade dos contratantes. Em nenhum daqueles seis artigos, o legislador dignou-se a rechaçar o desequilíbrio contratual por si só. Sempre tentou justificar sua atuação com base em vícios da vontade, ora aludindo à “inexperiência” ou “necessidade” de um dos contratantes, ora a circunstâncias “extraordinárias” que não podiam ser previstas pelas partes no momento do ajuste negocial. Em outras palavras: os seis dispositivos do Código Civil brasileiro, habitualmente citados como fonte do princípio do equilíbrio das prestações não reprimem o desequilíbrio objetivamente, reprimem-nos apenas enquanto resultado de uma “falha” na manifestação de vontade dos contratantes. Caminhou mal o Código Civil, neste particular. A beleza de um princípio do equilíbrio das prestações está justamente em se desprender da gênese voluntarista do negócio jurídico para buscar a justiça do contrato não no acordo de vontades que lhe dá origem, mas no seu conteúdo objetivo.²⁹⁷

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Vladimir Mucury CARDOSO, para quem o Código Civil:

Não se mostra sistematicamente contrário ao regime da revisão dos contratos. Em diversas oportunidades, ao revés, prevê expressamente tal possibilidade, como, a rigor, já fazia a codificação anterior, muito

²⁹⁶ Tratam-se das seguintes hipóteses previstas nos artigos: 156 e 157, Código Civil (lesão e estado de perigo); 317, 478, 479 e 480 Código Civil (revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva superveniente).

²⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão*. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 121.

mais fiel aos valores liberais que inspiraram a ciência jurídica a partir dos séculos XVIII e XIX e, por isso, bem mais vinculada ao *pacta sunt servanda*.²⁹⁸

O que se verifica, portanto, é que o Código Civil, apesar de tratar de um diploma legislativo extremamente recente, não incorporou as transformações existentes no direito dos contratos, que se baseia, atualmente, em seus contornos objetivos, baseado na operacionalização econômica prevista no instrumento. Prende-se ainda no subjetivismo do modelo clássico de contrato, essencialmente fundado no dogma da autonomia da vontade, cuja manifestação, pressupunha-se, era livre, ilimitada e respeitada a qualquer custo, sem qualquer tipo de ingerência ou heterointegração.

Nesse sentido, destaca Leonardo MATTIETTO:

A discussão do contrato no século XIX se prendia em larga medida ao acordo de vontades, à averiguação da conformidade entre vontade e declaração e aos vícios do consentimento. Interessava determinar as circunstâncias em que o consentimento se exprimia, e sobretudo se era livre. Ao invés, no contrato contemporâneo, embora ainda haja a preocupação com o consentimento e seus vícios, cumpre impedir que um contratante, valendo-se de sua posição econômica, dite cláusulas que sejam desleais ou vexatórias para o outro. Insuficiente é, nestes dias, apenas tornar o contrato anulável por vício da vontade, cabendo, antes, salvaguardar os mais fracos na contratação de massa.²⁹⁹

A constatação a que se chega é de que, mesmo que se tratasse a figura do abuso da dependência econômica por meio dos remédios que permitem a revisão dos contratos no Código Civil, não seria possível uma leitura adequada das possibilidades de intervenção judicial para o controle do conteúdo dos contratos de distribuição em que há o abuso da dependência econômica.

Assim, percebe-se que é insuficiente a previsão dos remédios de repressão ao abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição no âmbito do Código Civil. Isso porque (i) nem sempre haverá a configuração do dano, ressaltando-se a essencial importância da responsabilidade civil para a função de reparar os danos porventura existentes; (ii) nem sempre a existência da reparação do dano impedirá a ocorrência de danos futuros, decorrência lógica da manutenção do contrato de

²⁹⁸ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit. 351.

²⁹⁹ MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. In: *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 163-186, p. 178.

distribuição, cujos efeitos se protraem no tempo, em seus termos originais; (iii) a decretação de nulidade, como remédio do abuso, gera efeitos negativos para as partes que se veem vinculadas num contrato de longa duração, cuja continuidade da execução do contrato é, em muitos casos, pressuposto para o desenvolvimento da atividade empresária do contratante dependente economicamente; (iv) as hipóteses de convalidação e conversão do negócio são inaplicáveis às hipóteses de abuso da dependência econômica, pois pressupõem: (a) a convalidação, a existência de um negócio anulável, o que não é o caso do negócio maculado pelo abuso; (b) a conversão tem por pressuposto a modificação da estrutura negocial, o que não ocorre no caso do abuso da dependência econômica; e, por fim, (v) a hipótese da redução prevista no artigo 184 do Código Civil tem o óbice de não permitir a manutenção do negócio, acaso o abuso da dependência econômica se verifique em relação às obrigações principais do contrato de distribuição.

Passa-se, nesse sentido, ao cotejo sobre a possibilidade de aplicação do regramento constante do CDC para a revisão dos contratos, em especial, o remédio previsto pelo art. 51, §2, do Código de Defesa do Consumidor, que diante da existência de uma cláusula abusiva nula de pleno direito, permite (i) a preservação do negócio, em razão da nulidade parcial do negócio; (ii) a revisão do negócio jurídico com integração judicial do contrato.

3.2. A aplicação do art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor como remédio corretivo ao abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição

O pressuposto fundamental para se traçar a hipótese de aplicação de normas advindas do Código de Defesa do Consumidor às relações civis consiste na percepção da unidade do procedimento interpretativo que reconhece o estreito relacionamento entre fato e norma. Como consequência, tem-se que a identificação da disciplina dada a um fato consiste na busca da sua resposta com base no ordenamento globalmente considerado, exigindo-se uma tutela específica para o fato na sua particularidade.³⁰⁰

Nesse contexto, supera-se a separação entre a interpretação (tida como conhecimento do ato) e a qualificação (entendida como a identificação da “veste”

³⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 651.

jurídica), de modo a reconhecer que a interpretação e a qualificação consistem em aspectos de um processo unitário de reconstrução daquilo que ocorreu. Desse modo, a interpretação deve ter, portanto, fins aplicativos, ou seja, visar à identificação do significado jurídico do fato valorado, quer dizer, dos efeitos do fato.³⁰¹

Nas palavras de Pietro PERLINGIERI:

A teoria da interpretação (entendida como unidade de interpretação e qualificação) supera a contraposição entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, e almeja a máxima valorização das particularidades de fato. Isto, não mediante um procedimento mecânico de subsunção em rígidos (e não completamente correspondentes) esquemas legislativos, mas individuando a normativa mais compatível com os interesses e os valores em jogo, segundo a hierarquia que deles propõe o ordenamento e tendo em conta todas as circunstâncias atenuantes e agravantes do caso, de modo a relativizar a decisão sem atentar ao princípio da igualdade. Trata-se de valorar o fato – analisando-o também naquelas condições ou modalidades que poderiam parecer marginais ou acessórias –, determinar a normativa do caso concreto à luz das normas e dos princípios, procurando no âmbito do ordenamento a disciplina mais adequada àquela composição de interesses.³⁰²

Com efeito, o intérprete não pode se limitar a tomar conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio* juirs, vez que não existem normas claras, vez que a clareza do significado é um *posterius* da interpretação.³⁰³ O problema que se põe para o intérprete é individualizar no *mare magnum* das fontes legislativa a norma vigente³⁰⁴. Nesse processo, deverá o jurista proceder a uma interpretação lógica-sistemática e teleológica-axiológica, isto é, finalizada a realização dos valores constitucionais.³⁰⁵

Dessa forma, aponta-se que a função do jurista é complexa na medida em que sua atividade valorativa deverá abordar vários aspectos, desde o ideológico, o político, ético, religioso entre outros. Por isso, ao jurista cabe valorar os fatos com base nas regras e nos princípios do ordenamento, de modo que está vinculado à norma com seu significado na globalidade do ordenamento numa determinada realidade histórica na qual deve incidir.³⁰⁶

Assim, adverte-se que:

³⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 652.

³⁰² PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., pp. 657-658.

³⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 616.

³⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 619.

³⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 619.

³⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 174.

A solução da controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.³⁰⁷

O desafio do jurista consiste, então, na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais.³⁰⁸ Ou, noutros termos, diante da complexidade do sistema, é desafio do civilista contemporâneo:

Não se deixar seduzir em meio à imensidão (às vezes, assustadora) do oceano normativo, pelo simplismo da norma mais específica, resolvendo toda uma controvérsia ‘à luz de um único artigo de lei, quando cada conflito deve, ao contrário, ser solucionado à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam’.³⁰⁹

Assim, para a identificação da normativa aplicável à hipótese de abuso da dependência econômica, deverá se recorrer à *ratio juris* prevista pelo regramento do art. 51, §2º, do CDC, verificando-se sua adequação às hipóteses de abuso da dependência econômica.

Para tanto, e permite-se, neste ponto, antecipar-se algumas das conclusões a que se chega: passa-se, em primeiro lugar, pela investigação sobre o fundamento da proteção conferida ao consumidor, enxergando-se na vulnerabilidade do consumidor juntamente com a preservação dos negócios jurídicos o fundamento para a previsão de tal regramento. Em seguida, será verificada a possibilidade de extensão desse remédio aos contratos de distribuição maculados pelo abuso da dependência econômica, em que se verifica uma diferença de poder de barganha (“*debolezza*”) entre os contratantes, que permite a identificação da *ratio* da aplicação do remédio aliada ainda à ausência normativa que tenha a função exercida por tal remédio no próprio Código Civil. Por fim, concluindo-se pela utilidade da aplicação desse remédio, verificar-se-á os requisitos para sua utilização, bem como serão expostos alguns limites à sua utilização.

³⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 175.

³⁰⁸ TEPENIDO, Gustavo. *Normas constitucionais e o Direito Civil na construção unitária do ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 309 – 320, p. 320.

³⁰⁹ SHCREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 22.

3.2.1. A fraqueza presumida do consumidor como fundamento do regramento protetivo do Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade

No que tange à investigação do fundamento de proteção ao consumidor, tem-se que com a Revolução Industrial operou-se a formação da chamada sociedade de consumo, em que há elevada produção de bens para um número igualmente grande de consumidores. Nessa sociedade de consumo, foi rompida a pequena comercialização, em que as partes, em pé de igualdade, poderiam discutir todas as cláusulas do contrato que celebravam.³¹⁰

Tal fato, inclusive, já foi abordado no Capítulo 1, no qual foi tratada exatamente a consequência dessa explosão de relações contratuais para o sistema de escoamento da produção. No caso dos sistemas de produção, a consequência foi o desenvolvimento de métodos de integração do fornecedor ao consumidor, por meio de figuras intermediárias, como é o caso do distribuidor.

Já para as relações de consumo, a consequência dessa alteração do sistema de produção decorrente da revolução industrial resultou no surgimento inegável de relações em que um dos sujeitos da sociedade do consumo – o consumidor – encontra-se em posição de evidente inferioridade. Por esta razão, se tornou necessário ao direito prever de mecanismos de controle para redução das desigualdades e da proteção da parte mais fraca, mais vulnerável.³¹¹

Refletindo a alteração do paradigma da igualdade entre as partes contratantes, a Constituição de 1988 trouxe expressa nos artigos 5º, XXXII, e art. 170, V, bem como art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, regulamentação em que se dá especial atenção aos consumidores, promovendo e protegendo essa figura, ao mesmo tempo em que se dispõe sobre uma ordem econômica que tenha por escopo a defesa do consumidor.

Com efeito, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor, mais do que uma opção ou conveniência legislativa, tratou-se de uma determinação constitucional,³¹² por

³¹⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *O princípio da vulnerabilidade do consumidor*. In: Princípios do direito civil contemporâneo. Coord. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 316.

³¹¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *O princípio da vulnerabilidade do consumidor*. op. cit., p. 317.

³¹² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

meio do qual os direitos do consumidor passaram a ser protegidos, tutelados e promovidos.

A partir da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, por meio de sua sistemática, verifica-se que a previsão do artigo 4º, inciso I, da Lei 8.078/90, que trata do princípio da vulnerabilidade, é a mola propulsora que orienta toda a normativa de proteção ao consumidor. Desse modo, conclui-se, nas palavras de Bruno MIRAGEM:

[A] existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor.³¹³

Logo, para que se compreenda a *ratio* do remédio de proteção previsto pelo art. 52, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessário o entendimento sobre o que se depreende por vulnerabilidade.

A vulnerabilidade teve origem nos debates sobre saúde pública e hoje é utilizada de forma ampla no direito civil, desde o direito de família ao direito do consumidor.³¹⁴ Destaca Carlos Nelson de Paula KONDER que, a partir das premissas do direito civil-constitucional, há que se fazer uma distinção na utilização do termo vulnerabilidade para fins de tratar de situações subjetivas existenciais e situações subjetivas patrimoniais.³¹⁵ Desse modo, importante salientar que, ao se expor o termo vulnerabilidade no presente trabalho, tem-se em mente as situações jurídicas subjetivas patrimoniais, até porque, diante dessa necessidade de se diferenciar interesses existenciais e patrimoniais, a doutrina foi levada a desenvolver o conceito de hipervulnerabilidade para tratar de situações que atentem contra a própria dignidade da parte que merece proteção.³¹⁶

³¹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 114.

³¹⁴ “Trata-se de movimento salutar. É uma categoria que exprime de forma bastante direta, como se observará, os esforços de satisfação de imperativos de solidariedade social e respeito à dignidade da pessoa humana. Configura mais um instituto construído – ou reconstruído – para adequar a dogmática do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana, no sentido da despatrimonialização do direito civil, rumo a uma sociedade mais livre, justa e solidária. (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 99, 2015, pp. 101-123, jun./2015.)

³¹⁵ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. op. cit.

³¹⁶ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. op. cit. O próprio autor sistematiza, ainda, em seguida, da seguinte maneira: “a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua

Dito isso, tem-se que a noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza de um dos sujeitos na relação jurídica, em razão de determinadas situações ou qualidades inerentes à uma das partes na relação contratual, ou, ainda, a partir da verificação de uma situação de força identificada num dos contratantes.³¹⁷ Desse modo, a vulnerabilidade, como categoria jurídica, insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com objetivo de, para além da igualdade formal, realizar a igualdade substancial.³¹⁸

Tal situação de fraqueza, no Código de Defesa do Consumidor, por opção legislativa, partiu-se de uma presunção em abstrato da sua condição de vulnerável, uma vez que, a princípio, não possuem os consumidores poder de direção na relação de consumo, expondo-se às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.³¹⁹

Na doutrina, encontra-se, comumente, a vulnerabilidade dividida em três espécies: (i) vulnerabilidade técnica; (ii) vulnerabilidade jurídica ou contábil; e (iii) vulnerabilidade fática ou socioeconômica.³²⁰

A primeira espécie, ou seja, a vulnerabilidade técnica, consiste no desconhecimento por parte do consumidor das qualidades intrínsecas do produto ou do serviço, bem como dos meios empregados na sua produção ou dos riscos que o mesmo possa apresentar.³²¹ Com efeito, o que determina a vulnerabilidade, neste caso, é a falta de conhecimentos específicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência destes conhecimentos pelo fornecedor.³²²

A vulnerabilidade jurídica ou contábil consiste na ignorância do valor e do alcance dos termos jurídicos empregados em um contrato, ou na impossibilidade de realização de uma perícia contábil.³²³ Presume-se que ao consumidor falta conhecimentos dos seus

personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso da vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com a imposição da obrigação de indenizar.”

³¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 114.

³¹⁸ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, 2015, pp. 101-123, jun./2015.

³¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 114.

³²⁰ Veja-se, nestes sentidos. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 270; MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., *passim*.; CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor*. op. cit., *passim*.

³²¹ CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor*. op. cit., p. 324.

³²² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 115.

³²³ ³²³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor*. op. cit., p. 324.

direitos e deveres inerentes à relação de consumo estabelecida, bem como compreensão sobre as consequências jurídicas do contrato celebrado.³²⁴

Por fim, identifica-se ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica. Nessa hipótese, enquadram-se diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor,³²⁵ sendo comum o reconhecimento da fraqueza econômica do consumidor perante o fornecedor. Para Cláudia LIMA MARQUES, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica decorre da posição do fornecedor, que possui o monopólio fático ou jurídico em razão do grande poder econômico ou pela essencialidade do bem ou serviço, impondo sua superioridade a todos aqueles com quem contrata.³²⁶

Em sede jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já exarou o entendimento de que a vulnerabilidade fática abrange situações de “*insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor [que] o coloca em situação de desigualdade frente ao fornecedor*”³²⁷, de modo que se reconheceu que as circunstâncias fáticas são essenciais para a delimitação da vulnerabilidade, vez que, mesmo informado ou habilitado tecnicamente, o consumidor pode-se ver em determinadas situações que caracterizam sua inferioridade, senão veja-se:

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores.³²⁸

Pode-se, assim, concluir que tal hipótese de configuração da vulnerabilidade fática é aberta, ao contrário das demais, e permite ao julgador a análise detida da situação de fato, para fins da verificação da vulnerabilidade do consumidor.

³²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 115.

³²⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 116.

³²⁶ LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, op. cit., p. 273.

³²⁷ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.195.642-RJ, Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13.12.2012.

³²⁸ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.195.642-RJ, Ministra Nancy Andrighi, julgado em 13.12.2012.

Conclui-se que é uma situação de fraqueza presumida do consumidor perante o fornecedor o fundamento para a criação do regramento relativo à proteção contratual daquele – o contratante vulnerável – por meio do Código de Defesa do Consumidor.

3.2.2. A fraqueza contratual para além do Código de Defesa do Consumidor e o caráter expansivo do seu regime protetivo do remédio da nulidade parcial para além do *status* de consumidor

Esse tópico buscará identificar o parâmetro de proteção do consumidor com a necessidade de proteção do contratante fraco no contrato de distribuição, para fins de verificar a aplicação do remédio previsto pelo art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor às hipóteses de abuso da dependência econômica.

Em primeiro lugar, pode-se notar o caráter expansivo do Código de Defesa do Consumidor a partir da previsão do consumidor por equiparação exposta no art. 29 da Lei 8.078/90.³²⁹ Segundo este dispositivo, aplicam-se os dispositivos protetivos referidos nos capítulos que tratam das práticas comerciais e da proteção contratual, que vai do art. 29 ao art. 54 do Código de Defesa do Consumidor.

O fundamento para tal extensão adviria da expressão “*expostas às práticas nele previstas*” o que permite, em tese, sua aplicação a qualquer contratante, convertendo o Código de Defesa do Consumidor em paradigma de controle de todos os contratos do direito privado. Todavia, ressalva Bruno MIRAGEM que a tendência é de sua aplicação com base no princípio da vulnerabilidade do consumidor. Portanto, a equiparação ao consumidor na hipótese do art. 29 seria justificada pela presença da vulnerabilidade do contratante.³³⁰

Também nesse sentido, defende Lucia Ancona Lopez de Magalhães DIAS que o CDC estendeu seu âmbito de aplicação no que tange à matéria de proteção contratual às relações entre profissionais, exigindo, para tanto, a comprovação no caso concreto da vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática de uma das partes contratantes. Desse modo, conclui a autora:

³²⁹ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

³³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. op., cit., p. 143.

Para a declaração da invalidade de uma cláusula tida como abusiva, deverá o juiz, no caso concreto: primeiro, verificar a condição de vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática da parte contratante que se diz prejudicada; para, em segundo, ponderar os critérios de aferição da abusividade (e.g.: natureza e conteúdo do contrato, contexto no qual foi celebrado, análise global de suas cláusulas, interesses das partes, circunstâncias peculiares ao caso etc.) para, então, decidir sobre sua nulidade.³³¹

Assim, corroborando o entendimento acima defendido, entende Bruno MIRAGEM que “*não é a existência ou não do consumo o critério principal de equiparação ao consumidor, mas de fato a vulnerabilidade presente no caso concreto*”³³².

Nesse mesmo sentido, entende Vladimir Mucury CARDOSO que com a disposição do art. 29 do CDC foi superada a exigência de destinação final para que se pudesse vislumbrar a aplicação das regras de proteção previstas dos art. 30 a 54 do CDC às pessoas, sejam físicas ou jurídicas; mas ao contrário, é necessário que se demonstre a vulnerabilidade da pessoa referida para que se busque a aplicação do regime.

Corroborando tal entendimento, Gustavo TEPEDINO aduz:

[A]credito, entretanto, que será possível tranquilamente a utilização do Código de Defesa do Consumidor, mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, deste que identifiquemos os pressupostos essenciais que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do consumidor.³³³

Logo, verifica-se nessa hipótese o claro caráter expansivo do regime de proteção contra práticas comerciais abusivas e proteção contratual para além da relação de consumo, entendida em seu critério finalístico. A teoria finalista da relação de consumo é aquela que reflete a opinião dos pioneiros no estudo do tema e que importa em reconhecer a relação de consumo onde exista uma pessoa que adquire ou utilize o produto

³³¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC/2002*. op. cit., p 411.

³³² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. op., cit., p. 145.

³³³ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213. Também nesse sentido, ainda TEPEDINO, Gustavo: “*Por outro lado, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em alguns dispositivos, demonstra sua natureza expansível, permitindo a sua aplicação a três espécies de consumidores (...). Consumidor equiparado será pessoa que, embora não consumidora (no sentido de destinatário final de produtos ou serviços, a teor do art. 2º) mostra-se vulnerável e, como tal, sofre efeitos negativos dos contratos de consumo, justificando-se, assim, a aplicação da lei de proteção dos consumidores.*” (*Os contratos de consumo no Brasil*. In: *Temas de Direito Civil: Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 133-134.)

ou o serviço de modo a exaurir sua função econômica, satisfazendo interesse próprio ou de sua família.³³⁴

No presente trabalho, o que se pretende, não é o reconhecimento em si da parte dependente do contrato de distribuição com base no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, para aplicar toda a normativa de proteção contratual e contra as práticas comerciais nessas relações. Busca-se, na verdade, a identificação na fraqueza contratual o elemento – *ratio* – para utilização do regramento relativo à nulidade parcial com revisão do contrato com cláusulas abusivas (art. 51, §2º, do CDC) como remédio do abuso da dependência econômica.

Até porque buscar enquadrar sob a alcunha de vulnerável o contratante fraco num contrato de distribuição acaba por gerar o risco de superutilizar o conceito, esvaziando, conseqüentemente, seu conteúdo normativo. Isso porque, a proliferação da aplicação do conceito em vários contextos e significados diversos sem o cuidado de sua definição e de seus contornos científicos adequados, acaba por banalizar sua invocação.³³⁵

Em busca desse fim, cumpre destacar que o contrato, como expressão da liberdade contratual ou da autonomia da vontade desenvolvida no contexto histórico preciso do Estado moderno e liberal, foi afetado pela mudança social.³³⁶ O contexto social de massificação dos contratos e dinamicidade das relações levou ao desequilíbrio contratual inerente às atividades econômicas da atualidade.³³⁷

Assim, o modelo clássico de contrato vê-se alterado de modo que, segundo Paulo NALIN, “*é inegável a afirmação de que o contrato paritário, neste tempo de relação de mercado, é a exceção*”.³³⁸ Com efeito, a tutela conferida pela ordem jurídica à liberdade de mercado não é mais absoluta, mas limitada em razão da igualdade social. Desse modo, o novo modelo contratual se estabelece no controle das formações econômicas monopolistas, acabando o contrato por ser responsável pela mediação de forças do mercado com a concorrência, pelo que passa o contrato a não ser mais nem tanto livre, nem tanto dirigido: mas é o condutor da ingerência do Estado da livre iniciativa.³³⁹

³³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. op. cit., p. 146.

³³⁵ KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 99, 2015, pp. 101-123, jun./2015.

³³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil: Contratos*. op. cit., p. 21.

³³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil: Contratos*. op. cit., p. 23.

³³⁸ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. op. cit., p. 113.

³³⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. op. cit., p. 125.

Nesse contexto mutante no âmbito do direito contratual, destaca-se como princípio decorrente da igualdade substancial plasmada em sede constitucional, o princípio da proteção do contratante mais fraco, como marca da evolução do Direito no sentido de superação do individualismo à promoção de valores sociais.³⁴⁰

Nesse contexto, Eliseu JUSEFOVICZ busca os princípios constitucionais que importam no fundamento da proteção do contratante fraco:

Anote-se que, nessa análise, é preciso observar se o tratamento oferecido aos mais fracos é condizente com os fundamentos da República, como a dignidade da pessoa humana (art. 1, III) e os valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV). Cumpre avaliar, também, no que diz respeito à implementação dos objetivos da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III; art. 170, VII). Por fim, verificar se está garantido que a ordem econômica se desenvolva “conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput). No fundo, todos esses preceitos estão a exigir democracia econômica, distribuição equitativa das liberdades subjetivas de ação, integridade do princípio da livre iniciativa, e principalmente, a justiça substancial.³⁴¹

Portanto, tem-se que a proteção do contratante mais fraco repousa seus fundamentos em sede constitucional, cuja posição no ápice do ordenamento importa no reconhecimento de seu espraiamento por toda a ordem jurídica.

Além disso, a previsão do princípio da igualdade, fincado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, aliada às imposições de redução das desigualdades sociais e regionais como objetivo da república, de dignidade da pessoa humana como fundamento da república, revela que a igualdade a que se refere o texto constitucional é a igualdade material, e não meramente formal.³⁴²

Com isso, conclui Vladimir Mucury CARDOSO:

Conclui-se, destarte, que a proteção dos contratantes em situação de inferioridade constitui uma prescrição da Norma Fundamental, na medida em que a promoção da igualdade material prevista na Constituição implica em tratar desigualmente os desiguais, logo,

³⁴⁰ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 129.

³⁴¹ JUSEFOVICZ, Eliseu. *Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais*. In: *Revista Sequência*, nº 47, dez./2003, pp. 153-185, p. 177.

³⁴² CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 135.

privilegiar os social e economicamente mais fracos, a fim de que a desigualdade não seja um fator determinante de injustiça.³⁴³

Também nesse sentido, Gustavo Tepedino:

Trata-se, portanto, de tutelar a pessoa humana (considerada em uma particular situação de inferioridade em face do fornecedor) que se mostra vulnerável na relação contratual, mais do que proteger o consumidor como uma categoria ou classe privilegiada, em detrimento dos empresários.³⁴⁴

Logo, pode-se concluir que, diante da modificação do direito dos contratos, que culminou, dentre outras modificações, no desenvolvimento doutrinário do princípio da proteção do contratante fraco, a existência de uma relação contratual com disparidade do poder de barganha entre os contratantes vai além da relação de consumo.

Desse mesmo modo, preocupa-se Vincenzo ROPPO em problematizar a questão do caráter extensivo do novo paradigma contratual em que há diferença de poder de barganha entre as partes, o que importa na intervenção no conteúdo dos contratos, para além dos contratos consumeristas:

Dobbiamo adesso interrogarci sull'area coperta da questo nuovo paradigma: à un'area circoscritta, così da farne un paradigma marginale rispetto a quello del contratto di diritto comune? Oppure è un'area vasta e in espansione, tale per cui il nuovo paradigma contende a quello tradizionale il dominio sull'universo dei contratti?

La seconda risposta ha dalla sua molti elementi di sostegno.

(...)

E infatti, per cogliere i vari profili del nuovo paradigma si sono sì prese le mosse dalle discipline dei contratti del consumatore; ma poi si è finito per chiamare in causa anche discipline di contratti estranei a tale categoria. si sono richiamate regole dei contratti di subfornitura e regole dei contratti di agenzia: ma tali regole disciplinano contratti che corrono non fra un consumatore e un professionista, bensì fra due professionisti.³⁴⁵

³⁴³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 135

³⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Os contratos de consumo no Brasil*. In: Temas de Direito Civil – Tomo II. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 123-134, p. 124.

³⁴⁵ ROPPO, VICENZO. *Il contratto del duemila*. G. Guiappichelli Editore: Torino, 2005, p. 52 Tradução livre: “Devemos também interrogar sobre qual é a área coberta pelo novo paradigma: é uma área restrita, assim fazendo um paradigma marginal no que diz respeito ao contrato do direito comum? Ou é uma área vasta e em expansão, de modo que o novo paradigma contem sua incidência também sob E de fato, para compreender os vários perfis do novo paradigma, ocorreram movimentos na disciplina dos contratos de consumo, mas depois isso acabou se estendendo para contratos fora dessa categoria. Existem regras dos contratos de sub contratação e regras dos contratos de agência: mas tais regras disciplinam contratos que não se firma entre consumidor e profissional, mas entre dois profissionais.”

Prossegue, ainda, o autor, para fins de concluir que o elemento que unifica o contrato e sua disciplina diante desse novo paradigma dos contratos não pode se reduzir a um rígida categoria socioeconômica, mas se define por um critério geral. Tal elemento seria a “*debolezza*” de uma parte frente à contraparte, ou assimetria de poder contratual, senão veja-se:

Se à così, il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione socio-economica delle parti contraenti; bensì va cercato in un elemento più generale. È l'elemento che una volta si sarebbe definito come 'debolezza' di una parte rispetto all'altra, e che in linguaggio più moderno può oggi denominarsi come asimmetria di potere contrattuale.

C'è asimmetria di potere contrattuale fra consumatore e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibile a tale coppia – come quelle fra subfornitori e committenti, fra agenti e preponente, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte come potere contrattuale inferiore. E in ragione di tale asimmetria – ovunque si manifesti – il legislatore introduce, a protezione della parte che patisce, quale regole che si sono indicate come costitutive del nuovo paradigma contrattuale.³⁴⁶

Ainda na Itália, a preocupação com a proteção do contratante fraco, em especial, após a Legge 192/98, que estabelece o tratamento da dependência econômica naquele país, como mencionado no tópico 2.2 do trabalho, levou à elaboração de uma “(macro)categoria del ‘contratto asimetrico’”.³⁴⁷

O chamado “terceiro contrato” (*terzo contratto*) tem sua origem atribuída à Roberto Pardolesi e representa uma figura residual obtida pela subtração do âmbito do “primeiro contrato” e do “segundo contrato”³⁴⁸. O primeiro contrato seria aquele

³⁴⁶ ROPPO, VICENZO. *Il contratto del duemila*. op. cit., pp. 53-54. Tradução livre: “Em caso afirmativo, o dado que unifica os contratos cuja disciplina se define por um novo paradigma contratual não pode se identificar, de forma reducionista, a uma rígida categorização socioeconômica da parte contratante; ao contrário, deve ser buscado um elemento mais geral. É o elemento que poderia ser definido como “fraqueza” de uma parte em relação à outra, e que em linguagem mais moderna pode hoje ser denominada como assimetria de poder contratual. Existe assimetria de poder contratual entre consumidor e fornecedor; mas não só: também em relações não reconduzíveis a tal relação – como aquela entre subcontratado e comitente, entre agente e proponente, entre bancos e clientes, entre intermediários financeiros e investidores, entre locador e locatário – contrapondo uma parte com poder de barganha contratual superior e outra com poder contratual inferior. E em razão dessa assimetria – não importa onde se manifeste – o legislador introduz, para proteger a parte mais fraca, regras que são indicadas como constitutivas desse novo paradigma contratual”

³⁴⁷ AMADIO, Giuseppe. *Il terzo contratto. Il problema*. In: *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolgna: Mulino, 2008, p. 14.

³⁴⁸ AMADIO, Giuseppe. *Il terzo contratto. Il problema*. op. cit., p. 10.

negociado entre contratantes *experts*, no qual se impõe o máximo de liberdade das partes, com intervenção externa mínima. Já o “segundo contrato” é o contrato do consumidor, em que há uma disparidade de instrumentos utilizados pelas duas partes, seja assimetria informacional, seja técnica, fática ou jurídica, impondo uma disciplina heteronomamente regulada da relação.³⁴⁹

O terceiro contrato, por sua vez, teria seu âmbito de aplicação numa “*terra di mezzo*”, ou seja, uma área intermediária,³⁵⁰ que importa num novo paradigma representado por uma relação “B2b” (*Business to business*), ou seja, pela presença de um profissional fraco, economicamente dependente, que parece tomar o posto do consumidor.³⁵¹

Ante a tais paradigmas, foi possível desenvolver uma noção de macrocategoria de contratos assimétricos, a qual, a partir da assimetria do poder contratual se incluíam tanto o consumidor quanto os contratos entre empresas desiguais, no qual:

*Alla asimmetria di potere si ricollega (tanto nel caso del consumatore, quanto in quello dell'impresa debole) lo squilibrio regolamentare: e questo, a sua volta, assume valore sintomatico di un 'abuso dell'autonomia contrattuale', al quale il giudice è chiamato a porre rimedio, il più delle volte ricorrendo a parametri equitativi.*³⁵²

Tal hipótese de aplicação de um regramento diferenciado a contratantes fracos em relações que se configuram, em princípio por paritárias, adequa-se perfeitamente à noção da dependência econômica, em que uma das partes é fraca perante a outra na relação contratual. Com efeito, verifica-se que a preocupação com a questão da paridade de poder de barganha entre as partes na relação contratual deve ser encarada de modo mais amplo do que meramente a proteção de uma figura rígida do consumidor.

Tanto é assim que, como corolário desse grupo normativo constitucional destacado, verifica-se que a incorporação da proteção do contratante mais fraco se faz sentir na legislação em diversos setores, dentro os quais podem-se arrolar, apenas ilustrativamente, a lei do inquilinato (Lei 8.245/91), legislação trabalhista, Lei 6.367/76 (que trata sobre a responsabilidade civil por acidentes de trabalho), Lei 9.656/98 (que

³⁴⁹ AMADIO, Giuseppe. *Il terzo contratto. Il problema*. op. cit., p. 12.

³⁵⁰ AMADIO, Giuseppe. *Il terzo contratto. Il problema*. op. cit., p. 12.

³⁵¹ AMADIO, Giuseppe. *Il terzo contratto. Il problema*. op. cit., p. 15.

³⁵² AMADIO, Giuseppe. *Il terzo contratto. Il problema*. op. cit., pp. 15-16. Em tradução livre: “A assimetria está ligada (tanto no caso do consumidor quanto da empresa fraca) ao desequilíbrio regulamentar: e isso, por sua vez, assume um valor sintomático de ‘abuso da autonomia contratual’, a qual o juiz é chamado a remediar, no mais das vezes, recorrendo a parâmetros equitativos”.

dispõe sobre os planos de saúde),³⁵³ o próprio Código de Defesa do Consumidor, entre outros. Em outros termos, pode-se concluir que a proteção do contratante mais fraco deve ir além da noção de *status*³⁵⁴ de consumidor, para fins da análise de merecimento da tutela protetiva. Aliás, há que se ressaltar que a noção vaga e genérica de *status* tem por consequência a renúncia à colheita das particularidades da *fattispecie*, representando exatamente nesse aspecto o risco de inoportunas generalizações ao individuar uma noção vaga e genérica que permita a inserção de realidades distantes e diversas.³⁵⁵

Nesse sentido, pode-se dizer que, mais do que a proteção do consumidor, pelo mero fato de ser consumidor, o CDC deve ser encarado como instrumento de proteção da parte vulnerável, sendo tal fato conceituado como situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo,³⁵⁶ ou seja, como mecanismo de controle sobre a diferença de poder de barganha nas relações contratuais.

Especificamente quanto à normativa a que busca a extensão no presente trabalho, ou seja, do regramento relativo à nulidade parcial decorrente de uma cláusula abusiva, chamaram atenção de José de Oliveira ASCENSÃO, para quem, apesar de não se negar as discrepâncias entre o Código Civil e o Código do Consumidor, é certo que se pode buscar a conjugação entre os dois.³⁵⁷

Num dos pontos de confluência, indaga-se o autor:

Os grandes problemas surgem, porém no domínio das cláusulas abusivas. O Código Civil não contém previsões sobre a matéria. As previsões do art. 51 e outras do Código do Consumidor são generalizáveis?

Não podendo agora realizar uma análise *ex professo*, limitando-nos a enunciar um critério geral de solução.

As previsões do Código do Consumidor que têm o sentido de suprir uma lacuna da lei brasileira, sem que seja necessário para as justificar

³⁵³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., p. 131.

³⁵⁴ Vide, sobre a situação subjetiva *status*, Pietro PERLINGIERI, para quem as orientações sobre o *status* “devem se conformar com o princípio da igualdade, o qual pode privar os estados do originário significado de ‘condição social’ somente afirmando a igual dignidade das pessoas. A igualdade substancial justifica estados diversificados: do *status* como categoria abstrata e neutra chega-se a uma noção instrumental de *status*, como técnica apta a criar ou a explicar tratamentos desiguais, estatutos singulares (privilégios, dispensas, prerrogativas) e imunidades” (*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 706).

³⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 703.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

³⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A nova teoria contratual*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 52, jan./jun. 2008, pp. 97-126, p. 120.

recorrer à particular vulnerabilidade do consumidor, são generalizáveis, por se basearem num princípio geral de isonomia ou justiça.³⁵⁸

Importa fazer uma observação: apesar de não se especificar e tratar detidamente do tema referente às cláusulas abusivas, é plenamente possível buscar como seu fundamento o abuso do direito,³⁵⁹ apesar do respeitável entendimento contrário.³⁶⁰ Logo, a nulidade parcial prevista no Código de Defesa do Consumidor afigura-se como um remédio contra o abuso do direito.

Além disso, conforme já demonstrado, os remédios previstos pelo Código Civil são insuficientes para adequar-se funcionalmente à tratativa do abuso da dependência econômica.

Dessa forma, é preciso aqui esclarecer duas premissas: (i) a previsão do consumidor por equiparação previsto no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor permite a identificação do caráter expansivo do regime de proteção do contratante vulnerável contra as práticas comerciais e de proteção contratual; e de que (ii) o regime da nulidade parcial refere-se ao remédio utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor contra a existência de uma cláusula abusiva, cujo fundamento repousa no abuso do direito. Diante desse panorama, pode-se concluir pela possibilidade de utilização do remédio do art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor às hipóteses de abuso da dependência econômica.

Passa-se, então, para o estabelecimento dos requisitos e limites da aplicação da nulidade parcial, com a revisão dos contratos maculados pelo abuso da dependência econômica.

³⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 52, jan./jun. 2008, pp. 97-126, p. 123.

³⁵⁹ Vide, por todos, Heloísa CARPENA: *“A esta altura pode-se identificar na teoria do abuso do direito o fundamento da proibição de clausular abusivamente, tendo como foco de atenção a legislação de proteção ao consumidor no Brasil.”* (Abuso do Direito nas relações de consumo, op. cit., p. 117). Também nesse sentido: *“Daí porque sustentamos que a exata compreensão da disciplina das cláusulas abusivas no sistema do CDC não prescinde do exame da teoria do abuso do direito, em sua concepção objetiva e renovada (a partir do artigo 187 do CC), em vista dos limites objetivamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico ao exercício das posições jurídicas.”* (MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. op., cit., p. 325.

³⁶⁰ Contrário à qualificação das cláusulas abusivas na cláusula geral do abuso do direito, Paulo LÔBO sustenta: *“Diferentemente ocorrer com o conceito de ‘cláusula abusiva’ adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, que não se confunde com a teoria do abuso do direito, pois tem o significado de condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao fornecedor de produtos ou serviços, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao consumidor e um injusto desequilíbrio contratual.”* (Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338.). Para o panorama geral das opiniões diversas, vide: MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. op. cit., p. 452-ss.

3.2.3. Limites para aplicação do art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor na tratativa do abuso da dependência econômica

A redação do artigo 51, §2º, do Código e Defesa do Consumidor, impõe que, diante de uma cláusula abusiva, deve-se, antes de decretar a nulidade, perseguir a revisão do contrato, salvo se “*apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes*”.

A grande vantagem do remédio atribuído às cláusulas abusivas é que a invalidade dessa cláusula não invalida a integridade do contrato,³⁶¹ ao contrário do que ocorre, por exemplo, na hipótese já explicada do Código Civil, em seu art. 184. Noutros termos, destaca Raquel Bellini de Oliveira SALLES, sobre as cláusulas abusivas:

O vício que as macula é o de nulidade, acarretando o seu expurgo do contrato. Retirada a cláusula abusiva, por força do princípio da conservação dos negócios, o pacto deverá ser integrado, possibilitando-se a revisão judicial.³⁶²

E é exatamente essa a utilidade do remédio que se vislumbra para aplicação dos contratos de distribuição, maculados pelo abuso da dependência econômica. Isso porque, conforme já dito, os outros instrumentos fornecidos para a repressão do abuso em contratos não se coadunam com a revisão dos contratos, tendo por base um critério subjetivo, ou se mostram insuficientes, como é o caso da responsabilidade civil (com a função precípua de reparar danos) e da redução do negócio prevista pelo art. 184 do Código Civil (que se prende à retirada da parte abusiva do negócio jurídico, não permitindo a atividade de integração judicial, além de se restringir a situações em que a nulidade se manifeste em obrigações acessórias).

³⁶¹ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. op., cit., p. 338. Não com o mesmo fundamento que se propõe no presente trabalho, Paulo NALIN entende que o melhor remédio para as hipóteses de violação à função social do contrato, em desrespeito à liberdade de contratar seria o reconhecimento da nulidade virtual: “*Surge, assim, a necessidade de se buscar no seio da doutrina mais especializada, uma solução que se mostre adequada e possibilite que se conclua pela nulidade do negócio contratual que escapa de sua função social. A resposta que se afigura mais adequada é o reconhecimento da nulidade parcial, como hipótese aceitável no contexto da teoria das nulidades*”. (NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. cit., p. 240).

³⁶² SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil*. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coor. TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 303-332, p. 319.

Tal revisão decorre do reconhecimento da utilidade dos contratos para os contratantes, de modo a impor, antes da extinção do vínculo, sua revisão. Com isso, em nome da preservação dos negócios jurídicos, possibilitou-se a mitigação do dogma do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, Vladimir Mucury CARDOSO destaca:

Nesse contexto, a conservação dos negócios liga-se intimamente com a sua utilidade e a sua necessidade para as partes. (...) a invalidade total da avença, consequência natural da contrariedade de uma das disposições negociais à lei imperativa, aos bons costumes ou à ordem pública, torna-se insuficiente para a tutela daqueles a quem a proteção legal dirige-se. De fato, se o contrato é necessário, ou ao menos útil, torná-lo inválido não trará benefício algum àquele que poderia invocar a anulabilidade.³⁶³

No que diz respeito ao abuso da dependência econômica dos contratos, verificou-se que a apuração da abusividade perpassa pelo princípio do equilíbrio econômico dos contratos. Assim, o grande objetivo e, portanto, limite da aplicação da intervenção judicial sobre os contratos é estabelecer o equilíbrio econômico ou equivalência material dos contratos,³⁶⁴ na medida em que será, com base na causa concreta do negócio, que se garantirá a utilidade do instrumento contratual, mantendo-se a síntese dos efeitos essenciais previstos pelas partes no pacto negocial.³⁶⁵

Nesse sentido, destaca Milena Donato OLIVA, ao discorrer sobre o afastamento de uma cláusula abusiva que limitava as sessões de quimioterapia imposta pela operadora do plano de saúde:

Note-se que, ao contrário do que se poderia imaginar em uma primeira leitura, o afastamento das limitações que acabam por frustrar o objeto da avença não desequilibra o contrato. Ao revés, assegura o equilíbrio das prestações, das utilidades que as partes procuram mutuamente alcançar com a realização do programa contratual. Na medida em que o critério de identificação da abusividade reside precisamente na garantia da finalidade do negócio, extrai-se que o equilíbrio objetivamente perseguido pelos contratantes não poderia ser alcançado com a aplicação das cláusulas abusivas.³⁶⁶

³⁶³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. op. cit., pp. 376-377.

³⁶⁴ BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência material dos contratos civis, empresarias e de consumo*. cit., p. 179.

³⁶⁵ Nesse sentido, confira-se WEINGARTEN, Celia: “*insistir en el cumplimiento de lo pactado, el contrato dejaría de tener el sentido o interés que legitimó su celebración, generando una situación de injusticia y desnaturalización de la finalidad contractual*” (*La equidade como principio de la seguridad económica para los contratantes*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

³⁶⁶ OLIVA, Milena Donato. *Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas: comentários ao acórdão no REsp 1.115.558/SP (rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 16.09.2009)*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. O

Assim, ao se averiguar o abuso da dependência econômica, por meio da análise da causa do contrato na análise do sinalagma contratual, a revisão contratual é consequência pela necessidade de manutenção do verdadeiro equilíbrio do contrato. Não se trata, portanto, de restabelecimento do equilíbrio, mas sim de adequação do efetivo equilíbrio do contrato, tomado por base da síntese dos efeitos essenciais daquele regramento contratual.

Destarte, buscará o judiciário, demandado, encontrar o verdadeiro equilíbrio do contrato, tendo por base a causa em concreto do contrato de distribuição, objetivando trazer a esses contratos a correspectividade entre direitos e obrigações do contratante forte e do contratante fraco.

Ocorre que a busca pelo restabelecimento do equilíbrio do contrato não é ilimitado, como se depreende da própria redação do artigo 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, em que se determina que haverá a resolução se os esforços de revisão não forem suficientes ou tornarem as obrigações onerosas para uma das partes.

Assim, o primeiro limite que se impõe à intervenção é a proporção que tem de haver na análise da busca pelo equilíbrio. Isso porque não se tem por único escopo a equivalência plena entre as proporções da prestação. Noutros termos: “*o equilíbrio, portanto, não exige a equivalência da proporção*”,³⁶⁷ mas uma proporcionalidade entre a quantidade e qualidade das obrigações e direitos assumidos no contrato.

A proporcionalidade aqui referida representa um processo de transformação da legalidade, de conformação ao direito, que denota uma expressão geral do ordenamento de busca constante da mediação entre a certeza do direito e a justiça substancial.³⁶⁸ Trata-se de um parâmetro quantitativo de aferição do equilíbrio das prestações, permitindo ao juiz um papel mais ativo na produção do direito e mais vinculante que a mera arbitrariedade, e mais simples que à boa-fé que frequentemente se refere.³⁶⁹ Desse modo, a proporcionalidade é um parâmetro normativo de decisão, de controle contencioso e funcional do ato negocial.³⁷⁰

Superior Tribunal de justiça e a reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 626.

³⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. op. cit., p. 412.

³⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 149.

³⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. cit., p. 149.

³⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. cit., p.149.

Com efeito, o que se visa ao propor a inserção do princípio da proporcionalidade na análise da corresponsabilidade da prestação é evitar, entre obrigações e direitos, desproporção excessiva – ou manifesta – entre elas.³⁷¹

Desse modo, ainda que não se conclua exatamente pela total equivalência entre as prestações, é possível a revisão, retirando-se tão somente a excessiva desproporção até então existente, ou seja, o contrato será reequilibrado sem o manifesto desequilíbrio.

Tal imposição decorre do fato de que, pode ser que, por exemplo, nos esforços de integração do contrato, a modificação de determinada cláusula acabe por gerar a excessiva onerosidade para a contraparte. Desse modo, deverá o julgador estabelecer um parâmetro proporcional entre as prestações, retirando, de lado a lado, tudo aquilo que for considerado excessivamente oneroso, ou tudo aquilo que desequilibra econômica e financeiramente o contrato. Imagina-se, a título de exemplo, a previsão contratual de não concorrência após o término da relação contratual, estipulada em 10 anos. E que nesse mesmo contrato, tenha havido por parte do distribuidor investimentos específicos de elevada monta. Na hipótese de ruptura, fica evidente a limitação imposta ao distribuidor. Todavia, no caso concreto, poderia ser entendido que a simples retirada da cláusula traria ao fornecedor uma excessiva onerosidade, na medida em que poderia haver um concorrente imediato e que, mais do que isso, a causa daquele contrato já antevia a restrição à concorrência pós-contratual. Nesse caso hipotético, caberia ao julgador rever a cláusula de não concorrência, reduzindo o prazo de 10 anos para um patamar que reequilibrasse as prestações, tendo em vista a causa concreta do contrato *sub judice*.

Na hipótese mencionada, a proporcionalidade unge-se do caráter de escolha entre a redução do contrato e a resolução do contrato,³⁷² ou seja, será o critério para aferição dos esforços de integração do contrato; não sendo possível, haverá a resolução em perdas e danos.

Ainda quanto à impossibilidade de tornar o negócio excessivamente oneroso para a outra parte, deve-se limitar a revisão e a integração do contrato estritamente às cláusulas que se revelem abusivas, não cabendo ao juiz reanalisar as partes do negócio que não se encontram maculadas pelo abuso da dependência econômica.

Nesse sentido, tratando sobre os limites da revisão do negócio lesionario, expõe Vladimir Mucury CARDOSO:

³⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. op. cit., p. 411.

³⁷² PERLINGIERI, Pietro. *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*. cit., p. 139.

[A]o juiz só se pode permitir rever o contrato naquilo que se faça necessário para reequilibrar o negócio, igualando as prestações, de modo que sejam correspondentes ao proveito e o sacrifício do outro. A revisão não pode ir além disso, interferindo em cláusulas ou condições que não digam respeito à desproporção característica do defeito.³⁷³

Outro limite imposto aos esforços de revisão do contrato, diz respeito ao nível de verificação no caso concreto do exercício efetivo da autonomia negocial, como resultado da liberdade de cada um dos contratantes. Esse limite impõe-se na situação específica de permitir maior ingerência naqueles contratos em que o abuso da dependência econômica ocorreu em contratos de adesão, nos quais a parte aderente meramente se sujeita aos termos contratuais.

Noutro norte, deverá haver maior consideração aos elementos donde se consiga concluir pelo exercício pleno da autonomia das partes, reservando ao julgador menor espaço para revisão – e especialmente de criação – dos termos contratuais. Assim, em se tratando de contratos negociados, deve-se atentar mais à causa do contrato, àquilo que se considera por objetivamente perseguido pelas partes, ainda que não sejam prestações totalmente equivalentes entre si. Nessa hipótese, portanto, a intervenção do judiciário devera ater-se tão somente a evitar a excessiva ou manifesta desproporção das prestações, mas não reequilibrando – em equivalente aritmético – totalmente o contrato.

Isso se impõe, pois nas palavras de Rodrigo Toscano de BRITO:

[O] magistrado deve procurar saber se há equilíbrio de poderes contratuais e dos direitos e deveres entre as partes. Desse modo, o receio de que a intervenção judicial possa ser de tal forma agressiva e discricionária promovendo a insegurança jurídica e desconfiguração do contrato não pode ganhar espaço.³⁷⁴

Trata-se como limite à intervenção, nesse ponto, impedindo a revisão, a hipótese em que se verifique erro na condução do negócio da parte fraca no contrato. Ou seja, deve-se atentar o julgador para o risco normal do negócio. Imagine-se, por hipótese, um distribuidor, que realizou investimentos altos para a execução do contrato e que, durante a execução do contrato, viu o mercado ser acometido por uma grande crise econômica.

³⁷³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. cit., p. 439.

³⁷⁴ BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência material dos contratos civis, empresarias e de consumo*. cit., p. 166.

Acrescente-se, ainda, que nesse contrato, haveria a previsão de liberação pelo fornecedor, por meio de encomenda mensal, da mercadoria a ser colocada para o consumidor final. Embora já fosse possível verificar a diminuição das vendas, esse distribuidor continua comprando a mesma quantidade de mercadoria. Nesse cenário, não poderá esse distribuidor se enquadrar na hipótese de abuso da dependência econômica, na medida em que, apesar de encontra-se numa situação de dependência econômica pelos investimentos específicos e pela grave crise, continuou exercendo a compra nos níveis anteriores à modificação do mercado. Logo, não se vislumbra nessa hipótese o abuso, na medida em que a causa do negócio certamente abarca o risco de se verificar modificações no mercado em que atuam tanto o distribuidor, quanto o fornecedor, de modo que não merece tutela o comportamento hipotético desse distribuidor.

Trata-se, nessa conjectura, de impor ao juiz o dever de verificação das condutas dos contratantes, mediante a verificação da sua coerência para os fins que se pretendem alcançar. Noutros termos:

Na verdade, o juiz deve procurar averiguar se o objeto, se as atitudes dos contratantes são adequadas, plausíveis e justificáveis com os fins que se pretende alcançar.³⁷⁵

Com efeito, traça-se o panorama da intervenção judicial para revisão dos contratos de distribuição. Cumpre, nesse ponto, destacar que os parâmetros ora oferecidos são um tanto quanto fluidos, vez que a caracterização efetiva da abusividade deverá ser aferida em concreto. Dessa maneira, o objetivo que se pretendeu pelo presente trabalho foi sistematizar e fornecer, abstratamente, parâmetros para que haja a interpretação concreta do mesmo à luz, sempre, da necessidade premente de concretização do plano constitucional.³⁷⁶

De todo modo, em síntese, tem-se por parâmetros estabelecidos: o objetivo final é o alcance do equilíbrio entre as prestações, sendo que a intervenção deverá, no mínimo, retirar o excesso da desproporção (manifesta desproporção), obedecendo-se ao princípio da proporcionalidade. Ao lado disso, deve-se ressaltar a limitação do poder de heterointegração às cláusulas que se revelem abusivas. Impõe-se o respeito à autonomia privada, de modo que será maior a intervenção nos contratos não negociados. Além disso,

³⁷⁵ BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência material dos contratos civis, empresarias e de consumo*. cit., p. 171.

³⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: *Direito Civil e Constituição*. op. cit., p. 16.

deverá haver respeito à causa do negócio, impedindo a revisão de cláusulas inseridas nos riscos normais do negócio. Também deve-se atentar ao comportamento das partes, impedindo a revisão em casos que a conduta das partes não condiz com os fins pretendidos. Por fim, impede-se a intervenção judicial para fins de revisão acaso surja para a contraparte uma obrigação excessivamente onerosa. Nessa hipótese, deverá o juiz proporcionalmente buscar a intervenção para fins de retirar aquilo que é excessivo de ambos os lados, atentando sempre à função da situação subjetiva que se maculou pelo abuso da dependência econômica.

Não alcançado o equilíbrio, ou seja, apesar de todos os esforços por parte do julgador, não ter sido restabelecida a causa concreta do contrato – ou seja, a função daquele instrumento contratual –, com a volta do equilíbrio das prestações, caberá a nulidade integral do contrato. Aqui, entende-se que o negócio já não é mais útil para as partes, na medida em que não conseguiu alcançar um patamar para subsistência do instrumento. Assim, ao lado da nulidade, caberá à parte eventualmente prejudicada pleitear a indenização por eventuais perdas e danos. Logo, conclui-se que a responsabilidade civil tem, como já destacado, papel importante na repressão ao abuso da dependência econômica, embora subsidiário.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal escopo buscar a justificativa para que se preservasse o equilíbrio contratual entre partes desiguais em relações que vão além daquela exposta pelo Código de Defesa do Consumidor. Com isso, vislumbrou-se, apoiando-se nas ideias de Vincenzo Roppo, a existência de uma chamada *macrocategoria* dos contratos com diferença de poder de barganha contratual, ou inferioridade contratual, ou, ainda, fraqueza (“*debolezza*”) do contratante.³⁷⁷ Com efeito, a partir da escolha feita pelo estudo dos contratos de distribuição e com os recortes metodológicos que se fizeram necessário em razão da categorização acima descrita, foi possível alcançar as seguintes conclusões, expostas de maneira sintética:

1. A Revolução Industrial alterou significativamente o sistema de produção, por meio da fabricação em massa dos produtos, antes artesanalmente produzidos. Como consequência, o sistema de escoamento da produção, antes eminentemente baseado num sistema de comercialização quase que pessoal, também se viu totalmente alterado. Na nova economia de mercado, com a necessidade de alcance pelos produtos de maior abrangência do mercado final, o sucesso dos bens fabricados passou a depender de um sistema de escoamento eficiente.
2. A nova lógica do sistema de escoamento estruturou-se a partir de mecanismos contratuais que alteraram a relação entre o produtor e o consumidor, inserindo-se a figura do intermediário. Assim, o fabricante, ao lado de poder diretamente, por meio de filiais, por exemplo, colocar seu produto à disposição do consumidor (venda direta), podia interagir com terceiros, transferindo-se a estes parte do risco do negócio: trata-se do sistema de venda indireta. Dentre as formas de organização do sistema de venda indireta, destacou-se o desenvolvimento da distribuição vertical integrada, em que é possível ao fornecedor manter parte do controle sobre sua posição, mas transferir grande parte dos riscos aos distribuidores. As figuras contratuais decorrentes desse método de distribuição são agrupadas nos chamados *contratos da*

³⁷⁷ Vide nota 345 e 346.

distribuição, cuja função econômica é de exatamente permitir o escoamento da produção, e se caracterizam também por serem contratos protraídos no tempo (contrato relacional), com a existência de um estado de sujeição e dependência essencial para o desenvolvimento das atividades de distribuição com controle por parte do fornecedor.

3. Dentre os *contratos da distribuição*, escolheu-se o contrato de distribuição ou de concessão comercial. Para a análise desse instrumento, partiu-se de uma perspectiva tipológica de qualificação dos contratos, que supera o método subsuntivo e permite a construção do tipo contratual a partir dos índices de tipo, os quais são indicadores da individuação do modelo abstrato. Após a análise desses índices, constatou-se que o contrato de distribuição ou de concessão comercial é um acordo vertical em que o fornecedor vende ao distribuidor determinados produtos, para que o mesmo seja revendido ao consumidor final, com o distribuidor assumindo obrigações voltadas à satisfação de exigências impostas pelo fornecedor.
4. Diante da fluidez que cerca a definição de tal contrato, apurou-se as diferenças entre este tipo e o contrato de agência. Diferencia-se a distribuição da agência na medida em que no contrato de agência não há aquisição para revenda; os produtos estão no máximo sob a disponibilidade do agente (contrato de agência-distribuição). O agente também não atua em causa própria e, por isso, não tem os riscos do negócio. De igual forma, demonstrou-se a proximidade do contrato de franquia, na medida em que, apesar da tipificação legal desse último (Lei 8.995/94), apurou-se que a lei em referência serve apenas para regular a formação do contrato de franquia (em especial da validade da carta de franquia), e ambos têm índices de tipo próximos, mas que, pode-se dizer que a franquia é um mecanismo evoluído do contrato de distribuição.
5. No Capítulo 2, verificou-se que a sujeição característica do contrato de distribuição trata-se, na verdade, de uma subordinação profissional, que resulta na imposição de algumas cláusulas pela parte economicamente mais forte, no que se denomina *subordinação imperfeita*. Tal situação permite que o parceiro contratual privilegiado disponha de um meio de impor uma estratégia econômica e empresarial que leve em conta seus próprios interesses, controlando ou sujeitando a parte fraca.

6. A partir dessa verificação da existência de uma relação de dependência nos contratos de distribuição, passou-se a apurar as origens dessa dependência. Identificou-se como fontes: (i) relação contratual duradoura combinada com investimentos específicos: nesse caso, a existência de um contrato de longa duração, comumente é combinada com ativos realizados com o condão específico de realizar os objetivos da relação contratual e que sua recuperação depende do essencialmente da manutenção da relação. Tais investimentos são essenciais para definir tanto a situação de dependência econômica (se realizado por uma das partes), quanto para afastar a dependência – pela ocorrência da interdependência econômica (se realizado por ambos os contratantes); (ii) período de crise em que há dificuldade de acesso ao bem objeto da distribuição; (iii) dependência da marca famosa, advinda da notoriedade do produto fabricado por determinado fornecedor, de modo que a negativa de acesso ao distribuidor o coloca em situação de anti-competitividade no mercado; (iv) o poder de compra: situação diversa das demais, em que o distribuidor é a parte forte, vez que os meios de acesso aos bens são restritos, de modo que o distribuidor tem por dependente o fornecedor, por ser aquele a única forma de acesso ao destinatário final.
7. A partir desse panorama, verificou-se que a tratativa do abuso dessa situação de dependência é derivação da preocupação com a moralização das relações econômicas e iniciou-se em países europeus, sendo certo que no Brasil, apesar de não haver leis específicas, tem sido o tema tratado parcialmente, em alguns institutos no sistema, como por exemplo, a situação da ruptura unilateral do contrato (art. 473, CC). De todo modo, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei do Senado 301/2014, que busca regulamentar a hipótese de abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição. Verificou-se que tal tentativa de regulamentação é falha na medida em que se prende à análise do momento patológico da relação (já regulada, inclusive, pelo art. 473 do CC), bem como pelo fato de criar uma presunção de ocorrência de abuso: a vinculação da receita recebida por uma das partes no patamar de mais de 50% de toda a receita auferida. Anda bem, por outro lado, o mencionado projeto de lei, na medida em que prevê a possibilidade de ocorrência de abuso além das hipóteses da presunção, e por prever, especificamente, a sanção para o abuso da dependência econômica.

8. Em seguida, rechaçou-se a verificação do abuso por meio da eficiência do sistema de distribuição, vez que tal parâmetro se volta para a proteção do mercado, e não do contratante. Além disso, não se pode justificar tal parâmetro por se tratar de relação empresarial: o sistema é uno e não permite a coexistência de microssistemas autônomos entre si; os valores constitucionais são o que conferem a unidade do ordenamento jurídico e devem incidir sobre todos os ramos do direito. Além disso, verificou-se que o abuso da dependência econômica pode ser delimitado a partir da imposição de cláusulas gravosas, cláusulas discriminatórias ou atitudes repreensivas contra a parte fraca do contrato. Com isso, propôs-se a apuração do critério de avaliação do abuso da dependência econômica por meio do abuso do direito, vez que é um instrumento que permite o controle funcional – ou seja, pela síntese dos efeitos de determinado fato jurídico – das situações jurídicas subjetivas. Identificou-se também, apesar da ressalva de não ser em si essencial, que o critério do fim econômico e social, dentre aqueles fornecidos pelo art. 187 do Código Civil, é o que melhor trata o abuso da dependência econômica, na medida em que permite seu controle funcional, que deverá ser feito pela causa concreta do contrato, analisando-se o equilíbrio e a corresponsabilidade entre as prestações assumidas na relação contratual. Essa desproporção a gerar a repressão deverá ser verificada em concreto, delimitando-se, de antemão, que deverá a mesma ser manifesta.
9. No Capítulo 3, buscou-se tratar sobre os remédios fornecidos para a correção do abuso da dependência econômica. Apurou-se que, diante do abuso do direito, duas são as sanções possíveis: (i) imposição do dever de reparar o dano pela cláusula da responsabilidade civil prevista pelo art. 927 do Código Civil; (ii) nulidade do negócio abusivo, por força da previsão do art. 166, VII, do Código Civil. A responsabilidade civil se torna insuficiente, na medida em que, como se demonstrou, podem haver situações nas quais não há dano, ou que, ainda que haja dano, não terá o condão de afastar a abusividade de forma preventiva. A nulidade do contrato não é satisfatória, na medida em que a manutenção do vínculo contratual pode ser útil aos contratantes, de modo que a sanção da nulidade em razão do vício de uma cláusula do contrato pode ser contrária à lógica do ordenamento, em especial, pela incidência do princípio da conservação dos negócios jurídicos. Diante desse panorama, verificou-se

que, nem mesmo os remédios previstos no Código Civil como corolário do princípio da conservação dos negócios jurídicos são aptos a tratar do abuso da dependência econômica. A ratificação do negócio (art. 172, CC) não é viável no ato abusivo, visto que pressupõe a existência de um ato anulável. A conversão do negócio (art. 170, CC) também não é viável, vez que tem por pressuposto a modificação da estrutura negocial, o que não ocorre no caso do abuso da dependência econômica, já que a ato abusivo nesse negócio não terá o condão de modificar sua função. A hipótese de redução do negócio prevista no art. 184 do CC tem o óbice de não permitir a manutenção do negócio, acaso o abuso da dependência econômica se verifique em relação às obrigações principais do contrato de distribuição.

10. Além disso, apurou-se que o Código Civil possui uma falha sistemática que impõe a análise da vontade das partes, a partir de um critério subjetivo, o que exige a investigação específica do querer psicológico dos contratantes, seja nas hipóteses acima narradas, seja nas demais previsões de revisão do regramento contratual previstos no diploma em referência.
11. Foi-se, ante a tal insuficiência, analisar o remédio da nulidade parcial, com revisão do conteúdo contratual fornecido pelo art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse caminho, foi possível concluir pela existência da vulnerabilidade contratual, a razão da proteção do consumidor, como forma de impor tal remédio. Esse caráter da vulnerabilidade, encarada sob o viés patrimonial, diferenciando-se da vulnerabilidade existencial, permite sua extensão como mecanismo de controle do equilíbrio contratual em qualquer que seja a relação em que se verifique uma parte em situação de inferioridade ou fraqueza contratual (*debolezza*).
12. Com efeito, aliando-se à ausência de regramento no Código Civil, foi possível concluir pela aplicabilidade do remédio da nulidade parcial com revisão do conteúdo contratual aos contratos de distribuição em que se verifica o exercício abusivo de uma situação jurídica subjetiva em razão da dependência econômica de um dos contratantes.
13. Estabeleceu-se que intervenção judicial não desequilibra o contrato, mas sim garante seu efetivo equilíbrio, pois somente com o atendimento da função daquele regramento contratual poderá se alcançar a correspectividade entre as prestações. Assim, entendeu-se que a intervenção do judiciário deverá ter por

objetivo e limite primordial o alcance do equilíbrio das prestações correspectivas, como forma de se adaptar à função – à causa concreta, síntese dos efeitos essenciais – daquele contrato

14. Não se impõe, todavia, o alcance de uma igualdade perfeita entre as prestações. Diante disso, apresenta-se também como limite à intervenção do julgador a busca pela proporcionalidade na readequação do conteúdo, de modo que, a partir do momento em que se retira a excessiva ou manifesta desproporção, pode-se entender pelo alcance do objetivo do remédio. Além disso, não poderá ser permitida que a revisão do contrato torne o contrato excessivamente oneroso para a outra parte: para tanto, deve-se ater à causa e à proporcionalidade, equilibrando-se o contrato com base nos efeitos daquele regulamento contratual. De igual modo, permite-se ao julgador maior intervenção nos casos em que o abuso se dá em contratos de adesão, na medida em que nos contratos de tal categorial, a parte aderente tem um nível de manifestação da autonomia da vontade muito mais restrito, o que dá azo à intervenção mais forte por parte do julgador; em sentido inverso, nos casos em que o contrato foi negociado, não se afasta a possibilidade de intervenção sobre o controle do ato abusivo, todavia, o controle será mais ameno, inclusive, quanto à noção de reequilíbrio, a proporcionalidade nesse caso deverá pender para o respeito ao exercício da autonomia da vontade das partes, ante à possibilidade de heterointegração do conteúdo do contrato. Por fim, deve-se impor como limite a análise da conduta das partes, a fim de que não seja permitido ao contratante fraco, por equívoco na estratégia dos seus negócios, buscar a aplicação desse remédio protetivo.
15. Finalmente, concluiu-se que o remédio fornecido pelo art. 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor oferece tratativa funcionalmente adequada ao abuso da dependência econômica, na medida em que: (i) avaliza o controle de merecimento de tutela dos atos abusivos do contrato por força da preservação do negócio jurídico; (ii) permite a manutenção do vínculo, com a nulidade apenas das situações jurídicas abusivas dentro de todo o regramento contratual; (iii) oportuniza, com isso, a adequação do regramento contratual à sua causa, ou seja, à sua função; (iv) não afasta a possibilidade de declarar totalmente nulo aquele contrato, acaso, mesmo com os esforços de revisão, não seja possível a manutenção do vínculo; (v) coaduna-se com a

responsabilidade civil como remédio complementar do abuso da dependência econômica, comportando, inclusive, a manutenção do vínculo com a possível reclamação por danos existentes até o momento da correção do abuso da dependência econômica.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. O contrato de distribuição do art. 710, caput, parte final, do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 243-285.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos Relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, 2011, v. 45, jan./mar., 2011.
- AMADIO, Giuseppe. Il terzo contratto. Il problema. In: *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*. Bolgna: Mulino, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, pp. 97-126.
- AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 112-136.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Responsabilidade civil e bioética. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, pp. 233-258, jul/dez, 2006.
- _____. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a.2, n.4, 2013, Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.2.n.1.2013.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2016.
- BORTOLOTTI, Fabio. *Concessione di vendita*. Novissimo Digesto Italiano, appendice v. 2, COG-DIR.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos: civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRITO, Maria Helena de. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina. 1990.
- BROKAMP, Elys Dayse Gonçalves da Cunha. *Il franchising: tra l'autonomia contrattuale e l'abuso di dipendenza economica*. 2012. 204f. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Economia) – Università Politecnica Delle Marche Facoltà di Economia Giorgio Fuà.
- BRUNA, Sergio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BULGARELI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2001.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Revisão contratual e lesão: à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no código de 2002: relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CASO, Roberto. *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale: Modelli economici e regole giuridiche*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2012.

CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 24/253, 1963.

COLANGELO, Giuseppe. *Storia de uma dipendenza abusata*. Disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-LAW-01-2003.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2015.

COLANGELO, Guiseppe. *L'abuso di dipendenza econômica tra disciplina dela concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle da sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COSTA, André Brandão Nery Costa. *Os contratos que viabilizam o processo de distribuição e os efeitos de sua denúncia unilateral*. 175fls. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, 1973.

D'ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 42, p. 1393-1433, jul./dez. 2001.

DE MARCO, Alessandra. *Distribution agréments nel diritto europei dei contratti: tra autonomia privata ed istanze di protezione del "contraente debole"*. 2013, 177 f. Tese (doutorado).Curso di Dottorato di Ricerca in Diritto Privato Comparato e Diritto Privato Dell'Unione Europea, Università Degli Studi di Macerata, Macerata, 2013.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no CDC e no CC/2002. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 383-418.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, pp. 26-37, jan. 2011.

FARIA, Werter R. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial*. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea. 1997.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Tullio Ascarelli e os Contratos de Distribuição. *Revista Magister de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 2, p. 11-35, abr./maio 2005.

_____. *O Posicionamento dos Tribunais perante os Contratos de Distribuição (1980-1999)*, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2928/Rel%2043-2001.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 fev. 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCÍA HERRERA, Alicia. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valência: Tirant lo Blanch, 2006.

GILMORE, Grant. *La morte del contratto*. Tradução de Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1988.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 200-217.

GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. *O contrato de concessão comercial e a Lei n.º 6.729, de 28.11.1979*. *Ajuris*, v. 20, p. 79-88, nov. 1980.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites: Lei N. 8.884, de 1994, e Lei N. 6.729 de 1979. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 114, a. 37, p. 258-272, abr./jun. 1999.

HAAS, Sérgio. *Contrato de representação comercial*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Aspectos do contrato de distribuição. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, v. 2, p. 101-111, 2010.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. *Revista Sequência*, nº 47, dez./2003, p. 153-185.

_____. *Proteção contra cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais*. 2004, 175f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2004.

KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*, 2009. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Contratos Conexos: Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 406, p. 55-86, dez. 2009.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 33-75, jul/set, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampliado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos Comerciais: apontamentos*. 1. ed. Estoril: Principia, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de distribución comercial*. 2. ed. atual. e ampliada. Buenos Aires: Astrea. 1995.

MATIELI, Louise Vago; SOARES, Felipe Ramos Ribas; SOUZA, Luciana da Mota Gomes de. Unidade do ordenamento na pluralidade das fontes: uma crítica à teoria dos microsistemas. In: KONDER, Carlos Nelson; SHCREIBER, Anderson (coord.). *Direito Civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Atlas, 2016.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 325-360.

_____. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 163-186.

MELLI, Marisa. Contratti di distribuzione. In: *Enclopedia Treccani Diritto on line*. Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_(Diritto_on_line)/). Acesso em: 24 fev. 2015.

MELO, Claudineu de. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e o limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. Do regime jurídico dos contratos de distribuição comercial. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 22, p. 33-49, 2002.

_____. *Contratos de Distribuição Comercial*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do Direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 97-110, jan./mar. 2003.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. Abuso de dependência econômica nos contratos interpresariais de distribuição, 2007. 222f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERVI, Andrea. *I contratti di distribuzione tra causa di sambio e causa associativa*. 1. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. (Studi di Diritto privato, v. 2).

PAOLA, Leonardo Sperb de. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 343, ano 94, jul./ago./set., 1998.

PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. 1. ed. Nápoles: Jovene, 1979. (Pubbliaazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari, v. 51).

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 1. 23. ed revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 131-151, out./dez., 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RACCHIUSA P., *Governo dell'autonomia negoziale nelle relazioni contrattuali tra imprese, in Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema di contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 319 ss.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e Distribuição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 3-28, jul./set. 2004.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. O contrato de representação comercial e o novo código civil. O contrato de agência e distribuição. O poder de denunciar o contrato sem prazo determinado e o dever de indenizar os investimentos realizados pelo representante ou pelo agente. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Paraná, v. 31, p. 206-221, dez. 2002.

_____. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art. 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 179-199.

ROBLES M., Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale, In *Studi in onore di Davide Messinetti*, v. II, a cura di F. Ruscello, Napoli, 2009, p. 331 ss.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. G. Guiappichelli Editore: Torino, 2005.

ROQUE, Sebastião José. *Direito contratual civil-mercantil*. 1. ed. São Paulo: Ícone. 2004.

ROSADO, Ruy. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Il “terzo contratto” nell’unitarietà dell’ordinamento*. 2008/2009, 101f. Tesi di conclusione del corso - Scuola di specializzazione in diritto civile, Università di Camerino, Camerino, 2008/2009.

_____. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 303-332.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTAGATA, Renato. *Il “contratto di rete” fra (comunioni di) impresa e società (consortile)*. *Rivista di Diritto Civile*, v. 57, p. 323-359, maio/jun. 2011.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito de concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

SANTOS, J. A. Penalva. *Os contratos mercantis à luz do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo, Atlas, 2012.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 229-254.

_____. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 3- 27, out./dez. 2007.

_____. Contrato de Distribuição e Resolução Abusiva. In: *Direito Civil e Constituição*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 418-441.

_____. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

_____. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

_____. Direito Civil e Constituição. In: *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014.

_____. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-92, abr./jun. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico (editorial). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, nº 35, jul-set 2008.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos ano IV, n. 4, p. 167-175, 2004.

_____. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwioMqmv7zKAhVG7iYKHWGqC3sQFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.tepedino.adv.br%2Fwp%2Fwpcontent%2Fuploads%2F2012%2F09%2Fbiblioteca12.pdf&usq=AFQjCNHTThZP_kikMCdNTdjZeipWzWZvEw&sig2=GylJkpI OHpiUy0nmyh7vzg. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de Direito Civil: Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme à Constituição da República. Volume I – Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Normas constitucionais e o Direito Civil na construção unitária do ordenamento*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 309 – 320.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 825, p. 35-74, jul. 2004.

TOSCANO, Rodrigo Brito. *Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TIMM, Lucano Benetti; SABOYA, Lausiane Luz de. O Contrato de distribuição no novo Código Civil (à luz da jurisprudência do TJRS). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 75-99, jul./set. 2008

VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. 1. ed. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1986.

WEINGARTEN, Celia. La equidade como principio de la seguridad económica para los contratantes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 39, p. 32-40, 2001.

ZANETTI, Ana Carolina Devido Dearo. *Contrato de Distribuição: inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015.