Espaço Discente

DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E SUA ABORDAGEM NA JURISPRUDÊNCIA

Daniela Mussolini Llorca Sanchez Andrei

Rodrigo Barreira Roso

1. Introdução. 2. Algumas premissas teóricas. 3. O caso para análise. 4. Fundamentação legal e regime jurídico aplicáveis – A visão da jurisprudência. 5. Avaliação estruturada do caso. 6. O que pode se esperar do futuro – Conclusão.

"Não é de se presumir que alguém, podendo evitá-lo, aceite o prejuízo". (Washington de Barros Monteiro)

Resumo: Nem sempre as relações empresariais se dão entre agentes econômicos igualmente informados ou que tenham o mesmo poder econômico. Em muitas dessas situações o preço e os termos contratuais formalizados não são mecanismos de ajuste suficientes. O objetivo deste trabalho é avaliar em que medida e de que forma os princípios da liberdade de contratar e de respeito aos termos contratuais formalizados são observados ou ponderados em vista de outros princípios nesse tipo de situação. Para tanto, foram analisadas as respostas que têm sido apresentadas na jurisprudência brasileira, especificamente nas decisões do TJSP, utilizando como referência os contratos de distribuição. Nesse sentido, é analisada uma decisão específica do Tribunal de Justiça, com foco na fundamentação legal e no regime jurídico aplicáveis e realizando-se uma avaliação estruturada do caso. O que se extraiu com a pesquisa realizada é que o Judiciário – com raras exceções – ainda não reconhece, em sua plenitude, uma teoria geral dos contratos empresariais. Com frequência se lança mão de instrumentos de direito civil para, de alguma forma, tutelar os interesses de uma das partes, nem que isso importe revisão de contratos empresariais – ora para completar eventuais lacunas, ora para alterar frontalmente os termos e condições firmados. Por outro lado, nota-se que tal intervenção talvez ainda seja necessária, dada a incompletude ou inadequação dos instrumentos firmados entre as partes nos casos analisados. A metodologia de pesquisa utilizada foi a análise doutrinária, legal e jurisprudencial, esta última exclusivamente em relação a decisões disponíveis no *website* do TJSP e no do STJ, bem como a análise estruturada de uma decisão judicial específica, verificando a respeito da decisão o regime jurídico aplicável e a adequação da decisão a tal regime, bem como as consequências dela decorrentes.

Palavras-chave: Contratos Empresariais; Contratos de Distribuição; Jurisprudência; *Pacta sunt Servanda*; Dependência Econômica; Código Civil; Teoria Geral dos Contratos Empresariais.

1. Introdução

"O mercado – segundo Natalino Irti, no "Prefácio" de obra de Paula Forgioni – "não é um lugar imaginário e abstrato, mas uma *unidade jurídica*, fundada no princípio do *pacta sunt servanda*, isto é, no caráter vinculante e imperativo do acordo".[1]

Com esta afirmativa inaugural, Natalino Irti não apenas introduz o leitor ao que esperar na obra de Forgioni, mas sintetiza a pedra angular do direito comercial: o *pacta sunt servanda*, este uma derivação direta e intrínseca do princípio da livre iniciativa, ou sua vertente na esfera contratual, a liberdade de contratar.

Se tomados somente estes dois aspectos em consideração, a liberdade de contratar e sua consequência lógica, o *pacta sunt servanda*, poder-se-ia tentar estabelecer que a preocupação maior do direito comercial – ao menos no diz respeito aos contratos empresariais – deveria cingir-se ao aperfeiçoamento dos instrumentos contratuais, com o objetivo de torná-los completos e claros, sem margens para lacunas ou diferentes interpretações.[2]

Contudo, não é isso o que ocorre na prática comercial. Conforme observado por Benjamin Klein,[3] a partir da década de 1980 ocorre uma mudança fundamental de paradigma no mundo dos negócios. Até então os riscos e as oportunidades de negócios eram de certa forma previsíveis, sendo possível criar planos de longo prazo e definir projeções confiáveis. Contudo, estas condições deixaram de se observar na quase totalidade do mercado. Os anos 1980 marcam a transição para uma nova fase, caracterizada por incertezas e descontinuidades abruptas.

Essa nova etapa, que persiste até os dias atuais, é marcada por transformações contínuas e profundas. A todo momento o mercado é afetado por uma miríade de fatores externos (ou "externalidades", no jargão dos economistas). São novas estruturas econômicas ou contratuais, novos *players*, novas tecnologias, mudanças nos centros de poder e nas cadeias globais – dentre tantos outros casos. O mercado, portanto, torna-se um ser vivo, complexo e em constante mutação.

A dinâmica estabelecida a partir de então teve impacto profundo nas relações contratuais entabuladas. De um lado, tornou-se impossível estabelecer contratos completos (se é que um dia foi possível), dadas a gama de ocorrências cabíveis e a multiplicidade de reações, a crescente frequência de ocorrências imprevisíveis e a assimetria de informações entre os envolvidos, resultando em racionalidade limitada dos agentes. De outro, as dinâmicas estabelecidas nos mercados globalizados levaram à criação de complexos relacionamentos, simultaneamente permeados por características contratuais e hierárquicas,[4] levando por vezes à sujeição de agentes de mercado aos interesses de outros.

O presente trabalho tem como objetivo tratar justamente deste segundo ponto, ou seja, de casos em que as relações empresariais se dão entre agentes que não têm a mesma força econômica no mercado, resultando em situação de sujeição ou dependência entre os agentes envolvidos. O objetivo é avaliar

1. No "Prefácio" de Natalino Irti in Paula Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, São Paulo, Ed. RT, 2015, p. 7.

2. Não são poucos os que defendem que o cuidado com a completude dos instrumentos contratuais deveria ser a preocupação maior da prática dos contratos empresariais. Defendem que somente por meio de contratos completos seria possível atingir o ponto ótimo nas relações contratuais. Nesse sentido, v.: Alan Schwartz e Robert E. Scott, "Contract interpretation redux", *The Yale Law Journal* 119/926-964, 2010.

3. Benjamin Klein, "Contracting costs and residual profits: the separation of ownership and control", *Journal of Law and Economics* 26, 1985.

4. Sobre o tema, v.: Oliver Williamson, "Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives", *Administrative Science Quarterly*, 1991, pp. 269-296; Claude Ménard, "The economics of hybrid organizations", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 160/345-376, 2004.

em que medida e de que forma os princípios da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* são observados ou ponderados em vista de outros princípios nesse tipo de situação.

Para tanto, foram analisadas as respostas que têm sido apresentadas na jurisprudência brasileira, utilizando um caso em que o fenômeno de agentes com pesos distintos ocorre com certa frequência: o das relações de distribuição.

Como estrutura, o trabalho divide-se da seguinte forma: no item 2 serão apresentadas, em apertada síntese, algumas premissas teóricas importantes para o tema; no item 3, o caso para estudo será introduzido; o item 4 se prestará a identificar o regime jurídico e os principais fundamentos utilizados na solução do caso; o item 5 será reservado para uma análise mais crítica do julgamento; e, por fim, no item 6 serão apresentadas algumas conclusões.

2. Algumas premissas teóricas

A primeira premissa que se deve estabelecer antes de passarmos à análise do caso concreto é a de que os contratos empresariais constituem categoria autônoma, sujeita a regime jurídico próprio.

A discussão é relevante, tem raízes antigas e não está definitivamente assentada, tanto na doutrina quanto nos pensamentos dos julgadores. Veja-se, por exemplo, Vivante, que em meados do século XIX defendia a unificação do direito privado sob um mesmo regime jurídico e no início do século XX passa a defender as atividades mercantis como disciplina autônoma do regramento civil.

O advento do Código Civil de 2002 e a consequente revogação da Primeira Parte do Código Comercial também serviram para reforçar a unificação dos sistemas e, por consequência, a edição de regras que parecem querer reduzir a dicotomia existente entre as relações civis e as comercias. Forgioni nota que também no campo doutrinário, e mesmo antes do Código Civil, pouco se fez para conferir roupagem própria a uma teoria geral dos contratos empresariais, com vistas a distingui-los da disciplina jurídica dos contratos civis. E continua ao afirmar que os estudos eram mais voltados para as distinções entre os diferentes tipos contratuais previstos nos Códigos Civil e Comercial do que para questões centrais, de teoria geral.[5]

Curiosamente, foi o desenvolvimento das teorias consumeristas – polo exatamente oposto às relações empresariais – que fez ressurgir com maior força a discussão acerca da necessidade de se criar categorização que compreendesse três figuras distintas: (i) os contratos de consumo, (ii) os contratos civis e (iii) os contratos empresariais.[6] Nos Estados Unidos, País em que não há legislação específica consumerista ou trabalhista, Scott e Schwartz[7] propõem classificação dos contratos levando em consideração a relação entre os agentes, quais sejam: contratos entre empresas, próprios das relações empresariais; contratos entre empresa e um indivíduo, próprios das relações de trabalho; contratos entre indivíduos e empresas, próprios das relações de consumo; e, por fim, indivíduos que contratam com indivíduos, próprios das relações civis.[8] Chegam, portanto, a classificação similar à que se tem discutido no Direito Brasileiro.

5. Cf. Paula Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 35.

6. Nesse sentido: Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit.; Waldírio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1987; Kleber L. Zanchim, *Contratos Empresariais: Categoria; Interface com Contratos de Consumo e Paritários; Revisão Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2012.

7. Alan Schwartz e Robert E. Scott, "Contract theory and the limits of contract law", *Faculty Scholarship Series*, Paper 308, 2003 (disponível em *http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/308*, acesso em 5.12.2015).

8. Referência apresentada por Wanderley Fernandes e Tatiana Aguiar, *A Empresa e o Direito do Consumidor: uma Relação Complexa*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 61.

É interessante notar que referido debate doutrinário já teve desdobramento no campo legislativo, com o Projeto de Lei 1.527/2011, que visa a estabelecer um novo Código Comercial, do qual um título inteiro é dedicado aos contratos empresariais.

Mas, a despeito de qualquer medida de cunho legislativo, cujas chances de sucesso são de difícil previsão, fato é que a doutrina assim como a jurisprudência já têm se ocupado em tentar estabelecer os principais elementos diferenciadores dos contratos empresariais. E uma das características que mais salta aos olhos dos estudiosos do tema reside na finalidade de buscar a geração de riqueza para todas as partes envolvidas.

Nesse sentido, Pereira Calças já asseverou que

> os contratos, quando celebrados entre empresários, isto é, entre pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade econômica organizada, com finalidade especulativa, podem ser chamados de contratos empresariais.[9]

Zanchim, a seu termo, aprofunda essa definição ao afirmar que os contratos empresariais são aqueles necessariamente celebrados entre empresários e que tenham como função econômico-social

> a circulação de fatores de produção ou de objetos de empresa, em relação aos quais as partes contratantes disponham, em conjunto e ao menos presumivelmente, das informações relevantes para sua contratação.[10]

Adiciona, assim, outro elemento distintivo para a subsunção de determinado contrato à categoria de contrato empresarial: a existência de paridade jurídica, ou seja, partes com tutela legal de igual intensidade.

O desdobramento lógico das características apontadas acima é que as partes envolvidas gozam de autodeterminação, que impede que uma imponha à outra o conteúdo do contrato. A partir daí se pode estabelecer que os contratos empresariais, como regra geral, são a expressão máxima da livre iniciativa e da liberdade de contratar, valores fundamentais do Estado Brasileiro. Esta é a segunda premissa relevante para este texto.

Naturalmente, tal premissa tem consequência direta na interpretação dos contratos empresariais. Com o nível de informação que os empresários têm ao firmar esses contratos, os deveres, as obrigações e, principalmente, os riscos neles distribuídos devem ser analisados com a firmeza que o mundo empresarial exige. Por tal razão, a regra geral é a de que se privilegie o estritamente estabelecido no contrato, sem qualquer derrogação ao *pacta sunt servanda*.

Contudo, nem sempre a lógica da paridade e da simetria de informações é verificada nas relações estabelecidas entre empresários. No mundo contemporâneo o mercado constantemente desenvolve novas e intrincadas redes de relacionamento, com integrações horizontais e verticais em diversos formatos e entre agentes de mercado de diferentes tipos e níveis de sofisticação. Ilustrativos são os exemplos dos grandes conglomerados de comércio eletrônico, como *Amazon* e *Alibaba*. Estas empresas disponibilizam sua plataforma *on-line* a pequenos, médios e grandes produtores e comerciantes do mundo inteiro. Por simples lógica empresarial, não se poderia esperar que a *Amazon* e a *Alibaba* pudessem negociar de forma individualizada com cada um dos comerciantes que deseje utilizar sua base. Não poderiam, e não é o que ocorre de fato. Por isso, as duas empresas impõem às suas contrapartes as condições da prestação dos serviços. E note-se: sem acesso a esses canais, os comerciantes e produtores não teriam capacidade de competir no mundo

9. Manoel de Q. Pereira Calças, "Revisão judicial de contratos entre empresários", *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*, Bauru, Instituição Toledo de Ensino, 2000, p. 37.

10. Kleber L. Zanchim, *Contratos Empresariais: Categoria; Interface com Contratos de Consumo e Paritários; Revisão Judicial*, cit., p. 86.

atual. Aqui citam-se dois, mas no mundo virtual casos assim são fartos.

O mesmo ocorre na chamada economia real. É, por exemplo, o caso dos distribuidores, que será tratado a seguir, a partir da análise jurisprudencial. De forma bastante corriqueira, distribuidores atuam exclusivamente para um fornecedor e, por consequência, acabam se tornando dependentes econômicos destes. Ao longo da vigência do contrato estabelecido o fornecedor pode causar mudanças abruptas, muitas das vezes permitidas nos instrumentos firmados, que podem gerar abalo significativo à capacidade do distribuidor de atuar no mercado.

São casos como esses que trazem à discussão o seguinte questionamento: também nos contratos empresariais haveria a necessidade de fragmentar[11] a liberdade de contratar? Caso a resposta seja positiva, em que medida a limitação à liberdade de contratar deve operar?

Por falta de uma dogmática bem estabelecida em torno de uma teoria geral dos contratos empresariais, não raro os defensores das limitações à autonomia da vontade trazem elementos da disciplina civil para subsidiar seus argumentos. Como alerta Forgioni, usam e abusam de institutos como função social e boa-fé objetiva, contidos no Código Civil, para lançar mão de instrumentos de revisão contratual como *supressio*, *surrectio*, proibição do *venire contra factum proprium* e *tu quoque*.[12]

Esta, por exemplo, é a solução que parece ser sugerida por Zanetti ao afirmar que

> o contrato não pode, todavia, servir de instrumento de opressão do fraco pelo forte, pois, neste caso, não promoverá a criação e distribuição de riquezas que justifica sua proteção jurídica. O necessário respeito à função social impõe, destarte, que os contratos sejam equilibrados. Segue-se daí que a função social permite qualificar como cogentes todas as normas que objetivam promover o equilíbrio contratual, como, por exemplo, as regras relativas à lesão e à revisão por onerosidade excessiva. A função social igualmente reforça a incidência do princípio da boa-fé, cuja devida aplicação também serve a equacionar a relação entre os direitos e deveres assumidos pelas partes.[13]

Segundo o autor, regras de limitação à liberdade de contratar não tornam o princípio secundário no âmbito de contratos paritários. Para ele a livre iniciativa deve ser sopesada com outros princípios de igual relevância, mas reconhece que essa análise deve ser bem ponderada, para que eventual limitação à livre iniciativa não elimine a possibilidade das partes de assumirem riscos ou, ainda, que atribua às partes obrigações sociais para além das estabelecidas nos contratos. Nas palavras de Zanetti, "não se pode transferir aos contratantes o dever de sanar as mazelas da sociedade brasileira, como se estivessem a serviço do Estado. Os contratantes são pessoas livres, não funcionários".[14]

Forgioni, por sua vez, adota postura crítica ao uso de institutos de direito civil no âmbito dos contratos empresariais. Isso porque permitir a adoção de tais institutos pode deixar brecha para seu uso indiscri-

11. A expressão "fragmentação" da liberdade de contratar é utilizada em Cristiano de S. Zanetti, *Direito Contratual Contemporâneo: a Liberdade Contratual e sua Fragmentação*, São Paulo, Método, 2008.

12. Paula Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 99.

13. Cristiano de S. Zanetti, *Direito Contratual Contemporâneo: a Liberdade Contratual e sua Fragmentação*, cit., p. 197. É válido de nota que para Zanetti os contratos empresariais não configuram categoria distinta *per se*. A classificação proposta por ele parte da maior ou menor necessidade de fragmentação (ou limitação) da liberdade de contratar. Como resultado, estabelece que os contratos se dividem entre paritários, de adesão e de consumidor. A ideia aposta na citação feita acima, contudo, é uma referência aos contratos paritários, que, para ele, apesar de ser a categoria em que há a prevalência da liberdade de contratar, ainda assim está sujeita às limitações propostas no *Codex* Civil.

14. Cristiano de S. Zanetti, *Direito Contratual Contemporâneo: a Liberdade Contratual e sua Fragmentação*, cit., p. 198.

minado, trazendo insegurança aos agentes econômicos, na medida em que "

> passam a nutrir o receio de que, ao se afastar do texto, nunca mais poderão recobrar os direitos que acertaram na formação do negócio. Tem-se o exagero, na ilusão de proteção de uma das partes da avença.[15]

Ou seja: sua conclusão é de vertente econômica, feita a partir de uma análise de eficiência de mercado. Traduzindo em miúdos, só seria cabível o uso de institutos que imponham limites à liberdade de contratar na medida em que contribuam "para o bom fluxo de relações econômicas – e não para alcançar a tutela do contraente que se afasta do instrumento assinado".

Essa conclusão parece estar em linha com as modernas teorias que analisam toda a estrutura de políticas paternalistas[16] a partir de conceitos de eficiência, utilizando-se de institutos da Economia, como o coeficiente de Pareto e os parâmetros de eficiência de Kaldor-Hicks.[17] Segundo Péter Cserne, medidas paternalistas surgem com maior frequência quando ao menos uma das seguintes hipóteses é verificada: (i) uma das partes tem pouca capacidade de compreensão total das circunstâncias, (ii) há falta ou assimetria de informações ou (iii) quando a parte não tem muitas opções em razão de circunstâncias de dependência ou esteja em ambientes de monopólio.[18] O autor afirma que em determinadas circunstâncias, quando se verifique ineficiência no mercado, se deve avaliar a conveniência de estabelecer medida visando a tutelar os interesses de uma parte ou grupo, com realocação forçada de recursos, assim limitando a liberdade de contratar. Cita, como exemplos positivos, as limitações advindas das regras de proteção contra coerção ou abuso de direito.[19]

Chegando à mesma conclusão sobre a importância da aplicação de conceitos de eficiência na análise de contratos empresariais, mas sob ângulo oposto, Michael Trebilcock argumenta que a exequibilidade de determinado contrato deva ser avaliada a partir da resposta ao seguinte questionamento: a transação pretendida deixará as partes envolvidas em situação melhor (segundo percepção do bem-estar próprio) em comparação a cenário em que elas não tivessem contratado?[20] Segundo o autor isso não seria uma fragilização da liberdade de contratar, mas seu reforço. Usa como exemplo caso em que em determinado contrato há divisão desigual dos resultados; porém, se ambas as partes tiverem obtido proveitos disso, não haveria que se colocar em dúvida qualquer de suas bases.

Diante de todos os aspectos abordados acima, pode-se concluir a terceira premissa para este trabalho: nos contratos empresariais

15. Paula Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 99.

16. Determinada política, regra ou medida será considerada paternalista quando três condições estiverem presentes: (i) interfira na autonomia da pessoa, (ii) atue de forma benevolente com relação a outra pessoa e (iii) de forma que não seja necessário o consentimento da primeira. Dessa forma, não parece haver dúvidas de que institutos que busquem tutelar os interesses de parte de um contrato que pretenda impor limites ao que foi pactuado – ou seja, em alguma medida derrogar o *pacta sunt servanda* e, portanto, a liberdade de contratar – certamente se enquadrariam no que se está convencionando como medidas paternalistas.

17. Segundo o coeficiente de Pareto, determinada realocação forçada de recursos é eficiente quando não pode alterar a situação de determinada pessoa para melhor sem tornar pior a situação de outra. Já, segundo Kaldor-Hicks, uma medida é eficiente quando os ganhos daqueles que se beneficiam da medida são maiores que as perdas daqueles que foram prejudicados pela mesma medida.

18. Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism: Prospects and Limits of an Economic Approach*, Nova York, Palgrave MacMillan, 2012, p. 90. Nesse mesmo sentido, v.: Duncan Kennedy, "Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power", *Maryland Law Review* 41, *issue* 4, 2012.

19. Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism: Prospects and Limits of an Economic Approach*, cit., p. 97.

20. Michael Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 84.

deve prevalecer a liberdade de contratar, porém referido princípio pode estar sujeito a limitações quando estas representem maior eficiência ao mercado. Pensar diferente seria violar a lógica própria do mercado e, por consequência, do direito comercial.

Estabelecidas essas premissas, a ideia é avaliar como a jurisprudência se comporta ao analisar casos que tipicamente envolvem contratos empresariais mas em que, por circunstâncias diversas, as partes não estão em paridade contratual, pois existe grau de dependência econômica.

3. O caso para análise

O caso a ser analisado envolve pedido de indenização em razão da rescisão imotivada de contrato de distribuição.[21]

Segundo a autora, durante os 16 anos em que o contrato esteve vigente, atuou como distribuidora da requerida no Interior do Estado de São Paulo. No exercício dessa função manteve mão de obra especializada, efetuou divulgação de produtos, bem como coletou dados e realizou testes junto a clientes potenciais. A autora ressaltou que sempre conduziu tais atividades às suas expensas.

Como fundamento para o pedido a autora apontou os severos prejuízos sofridos, decorrentes, principalmente, do fato que 98% das mercadorias que comercializava eram fabricadas pela requerida. Para a autora tal situação deixava clara a relação de dependência econômica que mantinha com a requerida, e, consequentemente, denotava a abusividade da conduta adotada pela requerida no momento da rescisão do contrato. Além disso, a requerida teria se apropriado da carteira de clientes da autora e aliciado seus empregados, prejudicando sobremaneira a continuidade do negócio.

A autora afirmou também que a requerida a teria obrigado a manter o acondicionamento de estoque, prestar assistência a antigos clientes e manter estruturas físicas, sem remuneração equivalente.

Ao final, a autora pediu a condenação da requerida para que pagasse (a) indenização pela captação de clientes, pela conquista de mercado, pela depreciação de sua reputação, pelo estoque remanescente e pelos desembolsos feitos com a contratação de mão de obra, a aquisição de equipamentos e a reestruturação de sua sede e instalações, tudo a ser apurado em sede de liquidação; (b) indenização derivada da denúncia do contrato, a ser arbitrada; (c) indenização prevista em lei especial (arts. 24, III, da Lei 6.729/1979 – "Lei Ferrari" – e 27, "j", e 34 da Lei 4.886/1965); (d) indenização por danos morais, a ser arbitrada.

A requerida apresentou contestação, na qual argumentou que a denúncia realizada havia observado os ditames legais (atendendo a exigência prevista no contrato quanto à notificação prévia) e que a autora nunca havia sido sua distribuidora exclusiva e nem gozava de exclusividade territorial. Nesse particular, a requerida apontou que alguns clientes especiais eram atendidos diretamente por ela, o que dispensava o suporte técnico oferecido pela autora. Por fim, a requerida sustentou que não provocou dano indenizável, uma vez que os investimentos realizados teriam sido amortizados ao longo dos anos.

Diante dos fatos apresentados, surgiram, portanto, as seguintes perguntas a serem

21. Processo 0115303-49.2006.8.26.0100, 4ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, julgado em primeira instância em maio/2008 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0115303-49.2006.8.26.0100&cdProcesso=2SZX6E0H30000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=fDp%2Bi94RZh5fopwTZCljnco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvzjnBFj%2BqlVUv3BGgy5jQfX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2Bl7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYodk6Rh%2BxNxToC17ibpKSts%2FYu49DAPxJNwwzABgEYzfwKqtGBc5Q6fnZwWvXdROW4mdzl7p5lGm1s3xPWlRfd04%3D*, acesso em 25.5.2016).

respondidas pelo Judiciário: "(1) Qual é o regime jurídico aplicável a este contrato? (2) A rescisão do contrato foi feita de acordo com tal regime? (3) Diante dos fatos, deve prevalecer o teor do instrumento firmado ou ele deve ser afastado? (4) É cabível indenização?".

A decisão do Juiz, que foi totalmente confirmada pelo TJSP e ainda pende de julgamento de recurso especial,[22] foi pela procedência parcial da ação, como se verá a seguir.

Ao apreciar o caso o Juiz reconheceu que, embora o contrato em si não fosse um instrumento elaborado – nesse ponto, o Juiz ressaltou a ausência de detalhamento quanto aos deveres de cada uma das partes, estando presentes tão somente a incumbência da autora de comercializar produtos fabricados pela ré e a da ré de lhe disponibilizar produtos com preço diferenciado e lhe prestar informações técnicas necessárias ao desempenho de suas funções –, havia entre autora e ré muito mais que uma atividade estável de intermediação e revenda de produtos.

Os relatos trazidos aos autos foram apontados pelo Juiz como determinantes para ilustrar uma forma mais qualificada ou sofisticada de distribuição, ou seja, a concessão. Isso porque, além de uma atividade estável de intermediação, os depoimentos demonstraram que a relação entre autora e ré envolvia também a prestação de assistência técnica e de garantia de produtos, bem como a exigência de padronização da atuação perante o público. A exclusividade, presente no caso não por disposição expressa, mas sim em decorrência de a autora ter abdicado da comercialização de produtos concorrentes fabricados por terceiros (e também por haver disposição contratual de não concorrência de um ano após a rescisão), reforçou o afastamento da aplicação de regras comuns da distribuição, provocando a incidência de um regime jurídico distinto. Com efeito, o Juiz afastou a aplicação pura e simples do art. 721 do CC de 2002, que acabaria por aplicar ao caso as regras de representação comercial, por entender que tal dispositivo não se ajustaria ao caso concreto, dada a atipicidade do contrato celebrado.

A descaracterização do contrato como um "contrato de distribuição" abriu espaço para a aplicação da Lei Ferrari. O Juiz reconheceu que

> a postulação de uma indenização derivada da denúncia do contrato confunde-se com aquela relativa à prevista no art. 24 da Lei n. 6.729/1979, apesar de não se referir o contrato enfocado à comercialização de veículos automotores, igualada, pela configuração do abuso de direito, a conjuntura àquela estatuída na chamada "Lei Ferrari".

Assim, a resposta dada pelo Judiciário à primeira pergunta, sobre o regime jurídico aplicável, é que o contrato real existente entre as partes era de uma modalidade de concessão, e não de mera distribuição tal qual descrita nos seus termos escritos. Consequentemente, a resposta conferida à segunda pergunta foi que a rescisão não se operou de acordo com o regime jurídico aplicável ao caso.

Para o Juiz a denúncia operada indicou a consumação de abuso de direito, no sentido de que, ainda que exercendo faculdade expressamente prevista no instrumento contratual elaborado, a requerida atuou em sentido contrário aos ditames da boa-fé e se aproveitou de uma posição de preponderância para aniquilar a atividade empresarial mantida pela autora, tomando-a para si. Como pontuado na sentença, a requerida arrebatou toda a carteira de clientes construída pela autora ao longo de cerca de 16 anos, excedendo os limites impostos pela ética empresarial, paralisando a atividade mantida pela autora e induzindo, por isso, nos termos do art. 187

22. REsp 1.280.282-SP (2011/0181041-8) (disponível em *https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101810418&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea*, acesso em 25.5.2016).

do CC de 2002, sua responsabilidade civil. Ora, se um distribuidor ou concessionário assume os riscos decorrentes da comercialização, percebendo, a título de remuneração, os lucros auferidos com a operação, não pode estar submetido, em reverso, a uma atuação predatória do produtor-concedente, sem qualquer proteção para uma perda patrimonial total, como é o caso.

Portanto, na conclusão apresentada à terceira pergunta, sobre a manutenção, ou não, do teor contratual escrito, o Juiz estabeleceu que caberia a derrogação dos termos do contrato, pois observados indícios de abuso de direito contra parte vulnerável na atuação da requerida. Como consequência, a resposta apresentada à quarta questão, sobre o dever de indenizar, foi positiva, como se verá a seguir.

Diante desse contexto, o Juiz, em processo de integração do contrato, determinou a aplicação do art. 24 da Lei Ferrari, o qual prevê que, de maneira cumulativa, a reparação devida pela concedente corresponderá: (1) ao valor do estoque de produtos, implementos e componentes novos, avaliados pelo valor de venda ao consumidor (inciso I); (2) ao valor dos equipamentos, das máquinas, do ferramental e das instalações destinados à execução do contrato, conforme determinação formalizada por escrito pela concedente (inciso II); (3) ao pagamento de perdas e danos, no importe de 4% do faturamento projetado para a concedente, tendo em conta "um período correspondente à soma de uma parte fixa de 18 meses e uma variável de 3 meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à concessão, que o concessionário tiver realizado nos 2 anos anteriores à rescisão" (inciso III); (4) ao pagamento de outras reparações ajustadas expressamente em contrato (inciso IV).

Ao final, o pedido de indenização foi parcialmente acolhido, para o fim de condenar a requerida ao pagamento, a título de ressarcimento e em favor da autora, das quantias correspondentes: (a) ao valor do estoque de produtos, implementos e componentes novos, avaliados pelo valor de venda ao consumidor e mantidos na data da extinção do contrato, deduzido aquele referente aos bens já vendidos com preços superiores aos de aquisição; (b) ao valor de *kits* de teste e filtros usados em demonstrações mantidos na data da extinção do contrato; (c) ao pagamento de perdas e danos, no importe de 4% do faturamento projetado para a ré, a partir das vendas feitas pela autora, tendo em conta o período correspondente à soma de uma parte fixa de 18 meses e uma variável de 3 meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à concessão, que a autora tiver realizado nos 2 anos anteriores à da data da extinção do contrato.

A sentença foi integralmente mantida pelo Tribunal de Justiça, cuja ementa se transcreve:

> Coisa móvel – Compra e venda – Contrato de distribuição – Resilição – Dever de indenizar – Irrelevância de disposição no sentido de ser possível a denúncia – Caráter especial da relação jurídica de direito material em causa – *Aplicação da Lei n. 6.279, na ausência de um dimensionamento das perdas e danos* – Indenização por danos morais descabida, uma vez adotado o critério indenizatório da tal legislação apontada – Necessidade de definição em liquidação de sentença no que toca ao *quantum* devido a título de reparação, fixados por ora apenas os critérios a tanto – Procedência parcial do pleito indenizatório – Agravo retido e apelação de cada parte denegada.[23]

Pode-se concluir que as decisões de primeira e segunda instâncias favoreceram a

23. TJSP, Ap. 1.194.925-0/5, j. junho/2010 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4588766&cdForo=0&vlCaptcha=uvMKU*, acesso em 25.5.2016).

autora, aplicando uma legislação específica a determinado setor comercial no qual a autora não se inseria, ao que parece, numa tentativa de suprir as lacunas que se entendeu existentes tanto no contrato objeto da decisão judicial quanto no âmbito legislativo.

4. Fundamentação legal e regime jurídico aplicáveis – A visão da jurisprudência

No caso em questão, a rescisão contratual se operou na vigência do Código Civil de 2002. A despeito de existir no Código Civil atual regramento específico para contratos de distribuição, o Magistrado determinou a aplicação de lei especial à relação contratual em questão, formalizada como contrato de distribuição, por ter considerado esta qualificada, assemelhando-a à concessão.

Identificou, ao determinar tal aplicação, existência de dependência econômica na relação entre as partes, embora não tenha expressamente mencionado o termo em sua decisão. Diante da forma do instrumento e do contrato real entre as partes, verificado na instrução processual, é possível afirmar que a relação de dependência econômica existiu desde o início do contrato, e que, portanto, o instrumento utilizado entre as partes para formalizá-lo de fato foi impróprio, o que, *per se*, parece sugerir desequilíbrio entre as partes.

Por outro lado, caso as partes tivessem formalizado claramente as condições comerciais entabuladas, é possível que o regime jurídico aplicável ao contrato não tivesse sido aquele indicado na decisão judicial, uma vez que a Lei Ferrari não teria aplicação específica à situação fática. Nesse ponto é válido destacar que a aplicação da Lei Ferrari a contratos de distribuição e similares foi recurso muito adotado na vigência do Código Civil de 1916, pela falta de norma específica no *Codex*. Porém, mesmo naquela época não era tarefa fácil fazer tal construção, como inclusive demonstram os comentários ao Código de então.[24]

Ainda nesse ponto, fica uma dúvida latente: caso o instrumento refletisse de forma mais adequada a relação comercial, teria a decisão judicial sido completamente distinta (e talvez, de fato, o caso nem tivesse vindo ao Judiciário, uma vez que um contrato mais claro provavelmente teria trazido ao fornecedor maior interesse em colaborar)?

Ainda, se, por um lado, pareceu correta a decisão de afastar a aplicação do art. 721, dada a complexidade da relação comercial, outra questão importante surge: por que o Magistrado, podendo fazê-lo, não aplicou o parágrafo único do art. 473 do CC?[25]

São perguntas de difícil resposta, mas, ao se analisar o julgado, quer parecer que a decisão entabula a lógica da "conta de chegada": primeiro verificaram-se indícios de dependência econômica e de abuso e, com isso, buscou-se norma que permitisse adequada compensação, fosse ela qual fosse.

Veja-se que, assim como indica Forgioni,[26] o Magistrado identificou o que a autora chamou de "custos idiossincráticos", que

> (...) podem trazer o estado de dependência unilateral ou recíproca porque, regra

24. Cf. Álvaro Villaça Azevedo (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. VIII, São Paulo, Atlas, 2003, p. 87. Nesse sentido a Ap. 7.285.490-9 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3535747&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016), que ainda menciona que tem a jurisprudência aplicado nos vazios contratuais normas de contratos de concessão de veículos automotores, de comissão e de representação comercial autônoma, por entender que há verossimilhança de objetivo e conteúdo nessas modalidades contratuais.

25. CC:

"Art. 473. A resilição 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."

26. Paula Forgioni, *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, cit., p. 71.

> geral, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as despesas do aborto da operação. E, ainda, quanto menor sua probabilidade de recuperação, maior o grau de dependência".

Os pedidos feitos pela requerente foram de (i) manutenção de vigência do contrato (em tutela antecipada, o que foi negado) e de indenização, (ii) pela captação de clientes, (iii) pela conquista de mercado, (iv) pela depreciação de sua reputação, (v) pelo estoque remanescente e (vi) pelos custos incorridos pela distribuidora, ao longo da vigência do contrato, com a contratação de mão de obra, a aquisição de equipamentos e a reestruturação de sua sede e instalações. Ainda, foi requerida (vii) indenização prevista em lei especial e (viii) indenização por danos morais. Conforme a separação acima sugerida, e com os fundamentos já citados, o Magistrado deferiu apenas os pedidos relativos aos itens (v), (vi) e (vii). Os mesmos pedidos não poderiam ser atendidos sob fundamento do art. 473, sem a necessidade de aplicação de qualquer lei especial?

É de se notar que, dentre a jurisprudência pesquisada,[27] na sua maioria os casos envolvendo contratos de distribuição, representação comercial e dependência econômica receberam, após a vigência do Código Civil de 2002, tratamento diverso do aplicado a este caso. As soluções não foram mediante a adoção da Lei Ferrari, mas a partir de outros elementos do Código Civil de 2002, mesmo que na maioria dos casos não tenha sido citado especificamente seu art. 473. Como exemplo comparável, embora não se fundamente em nenhum outro artigo de lei, cuja ementa abaixo se transcreve, pode ser verificado no acórdão apreciado pelo TJSP em agosto/2007,[28] ou seja, um ano antes da decisão de primeira instância do caso central:

> Contrato – Distribuição de produtos – Rescisão injustificada pela concedente – Aviso prévio inocorrente – Contrato que extrapola a mera distribuição comercial – Dependência do contratante às regras impostas pela concedente e por ela supervisionadas rigidamente – Efetiva contribuição do distribuidor ao agregamento de valor à marca e ao patrimônio incorpóreo do fabricante – Rescisão unilateral, sem justo motivo, que põe fim não apenas à distribuição, mas conduz, ainda, a um abalo da própria empresa – Dependência econômica, moral e até contábil da distribuidora – Perda do valor incorpóreo do estabelecimento empresarial – Dever de indenizar pela perda do contrato de exclusividade que por direito lhe cabia, por cessão a terceiros, sem sua anuência, em desrespeito ao prazo constante do contrato, perda do aviamento empresarial, ou de parte dele, pelo desaparecimento do estabelecimento empresarial como tal concebido por seus sócios, ressarcimento de despesas necessárias ao retorno do estabelecimento ao estado anterior e ressarcimento à efetiva contribuição do distribuidor ao desenvolvimento econômico da marca do fabricante – Dano material fixado nos valores discriminados pela perícia judicial – Indenizatória procedente – Apelo provido para este fim.

Em outros casos verificados, mesmo quando a dependência econômica não é expressamente reconhecida, o pagamento de indenização pela ruptura contratual leva em conta algumas variáveis, tais como: existência de prazo determinado ou não no contrato, forma da denúncia, práticas pré e pós-denúncia que eventualmente ensejem reconhecimento de abuso de direito. E muitos dos julgados corroboram a lição de Forgioni: "(...) a quebra do contrato de distribuição é abusiva quando efetuada de forma 'abrupta'. Por sua vez, uma denúncia 'abrupta' é aquela em que não se concede ao distribuidor aviso prévio em 'tempo razoável'. Esse 'tempo

27. Pesquisa realizada em novembro/2015 nos *websites* do TJSP e do STJ, partindo do campo de pesquisa livre com os seguintes conjuntos de verbetes: no TJSP – primeiro "dependência econômica" e "contrato de distribuição" e segundo "dependência econômica" e "contrato de representação". No STJ: "Lei 6.729 e analogia".

28. TJSP, Ap. 1116359-8 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=621597&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016).

razoável' é fixado caso a caso e dependerá de grande número de variáveis, inclusive as características dos agentes econômicos e dos mercados em que atuam (...)".[29]

Neste contexto, merecem destaque outros dois julgados: no primeiro a indenização foi considerada indevida diante do término do contrato de distribuição por prazo determinado que após seu decurso não foi renovado. Neste caso o Tribunal entendeu como regular o exercício do direito do fornecedor:

> Tratando-se de encerramento de contrato de distribuição de bebidas após transcurso integral do prazo pactuado, a falta de interesse na renovação, ainda que amparada exclusivamente no interesse de obtenção de maior lucro, não constitui ato ilícito hábil a gerar dever de indenizar. Ao não renovar o contrato de distribuição e revenda, a ré exerceu regularmente seu direito e, como sabido, quem assim age não pratica ato ilícito.[30]

No segundo, um julgado que, assim como o caso central, também aplicou a Lei Ferrari por analogia, mas em tempos de vigência do Código Civil de 1916,[31] asseverando que se socorreria do art. 473 do CC de 2002 caso a contenda se desse sob a égide deste. Aliás, esta decisão é bastante representativa das questões que envolvem os contratos de distribuição.

Tratava-se de contrato de distribuição de bebidas que vigorava há 10 anos. O distribuidor havia sido premiado e reconhecido como um dos melhores da rede. Um agressivo plano de reposicionamento da marca exigiu do distribuidor investimento com propaganda e uniformes para seus funcionários. Outro plano, de continuidade dos negócios, exigiu que o principal sócio da empresa distribuidora iniciasse preparo e treinamento da sua filha para assumir seu negócio. No mesmo ano destes planos e da premiação, *abruptamente*, o contrato de distribuição foi rescindido, de forma imotivada e sem qualquer contrapartida.

De todos, este foi o único caso que a pesquisa encontrou em que houve aplicação de dano moral. A decisão do Tribunal, fundamentada de forma inteligente e delicada, reverteu a decisão de primeira instância e determinou a indenização com base no art. 160 do CC vigente, reconhecendo a ilicitude do exercício da rescisão contratual tal como pactuada no instrumento e aplicando ainda, por analogia, a Lei Ferrari. O tipo de conduta por parte do fornecedor como a deste caso justifica toda intervenção paternalista na relação empresarial, que deveria vir acompanhada não só do amparo legal, como também do *enforcement*.[32]

Na esteira deste, tantos outros no mesmo sentido, sob a lei atual, garantem a indenização em caso de quebra "abrupta" do contrato.[33]

29. Paula A. Forgioni, *Contrato de Distribuição*, São Paulo, Ed. RT, 2004, pp. 452-453.

30. TJSP, Ap. 0000473-59.2009.8.26.0296, j. maio/2012 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5934148&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016).

31. TJSP, Ap. 7.285.490-9, j. janeiro/2009 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3535747&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016).

32. A beleza desta decisão ofusca-se pela morosidade do processo. A rescisão ocorreu em 1995, ano em que a ação foi proposta. O acórdão é de 2009. Dessa decisão houve interposição de recurso especial, o qual teve sua admissibilidade denegada. Depois do agravo, que permitiu a subida dos autos para o STJ, em 2013, o recurso até novembro/2015 ainda aguardava julgamento. O distribuidor faliu em 1996.

33. Nesse sentido, v.: (i) AI 2016759-20.2014.8.26.0000 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7412177&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016), j. março/2014, caso em que o distribuidor dos sorvetes da marca "Rochinha" obteve prazo adicional para encerrar a relação contratual; (ii) Ap. 9120259-90.2008.8.26.0000 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6822768&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016), j. junho/2013, caso em que não houve justa causa para a rescisão e o distribuidor fez jus a lucros cessantes; e (iii) Ap. 0248713-13.2009.8.260000 (disponível em *https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7125131&cdForo=0*, acesso em 25.5.2016), j. outubro/2013 (interessante notar que em todos estes casos não havia contrato escrito).

De fato, é possível afirmar que o art. 473, como preceito geral, preencheu uma lacuna existente na lei anterior, ratificada, em relação ao contrato de distribuição e agência, porém de forma incompleta, pelo arts. 710 e ss. Antes da vigência do atual Código a jurisprudência se socorria de analogias a leis especiais para tratar os casos de distribuição atípicos.

A especificação dos contratos empresariais é assunto já comentado neste trabalho, e os julgados avaliados corroboram isso. Nesse sentido, Fernandes e Aguiar,[34] da mesma forma, indicam a necessidade de verificar as diferenças que existem nas diversas subespécies contratuais para que sejam conduzidas adequadamente as relações entre as partes, e é o que os julgados analisados fizeram.

Com efeito, os autores apresentam uma classificação das relações contratuais onde a intervenção e o paternalismo estatal devem atuar de forma mais intensa, até à forma onde isso quase não seria necessário. Numa escala de 1 a 12, sendo o primeiro (relação entre consumidor pessoa física contratando por adesão com empresa monopolista) o que precisa de mais proteção e o último o que menos precisaria (duas grandes empresas que contratam em relação paritária), as relações estudadas nesse trabalho se encontrariam na oitava e na décima primeira posições, respectivamente (uma pessoa jurídica contratando por adesão com outra empresa e uma pequena empresa contata com uma grande empresa).[35]

Portanto, a partir das análises feitas acima, podem ser identificadas algumas tendências: (i) não parece que são levados em consideração pelos tribunais aspectos particulares do que seria um regime jurídico específico dos contratos empresariais ou, ao menos, não é conferida a tal regime estrutura de tutela distinta da dos contratos civis; (ii) a dependência econômica de uma das partes parece ser uma das pedras de toque para guiar as decisões (a despeito de tal relação ter caráter empresarial), conferindo à parte dependente tutela de seus interesses mesmo que em muitas das vezes tal tutela seja contrária ao teor específico dos instrumentos firmados; (iii) diante de uma tipificação antes ausente e hoje insuficiente do contrato de distribuição, a jurisprudência, como se demonstrou, regula as mazelas contratuais pela via das indenizações, alcançando a fundamentação a partir da conclusão que pretende, seja ora para aplicar lei especial, ora para fundamentar suas decisões em preceitos do Código Civil, como boa-fé, abuso, função social, pautando resposta nos arts. 710 e ss. ou no art. 473; e (iv) quando da aplicação de tais institutos de direito civil, os tribunais não parecem levar em consideração conceitos de eficiência econômica, como, por exemplo, analisar os desdobramentos que esse tipo de tutela pode ter no mercado, e, ainda que se refiram a tal possibilidade, não fazem qualquer comprovação ou estudo.

5. Avaliação estruturada do caso

Diante do cenário jurisprudencial que se apresentou, passa-se a estudar com mais profundidade o caso central.

Primeiramente, cabe observar a boa forma que possui a decisão de primeiro grau, a correta instrução processual, que permitiu a verificação de elementos contratuais que não estavam presentes no instrumento firmado entre as partes. A decisão, sem omissões ou controvérsias, foi integralmente ratificada pelo Tribunal, o que certamente é um reconhecimento do seu acerto.

A fundamentação, embora não óbvia para a época em que foi aplicada, justifica-se. Como já referido, a Lei Ferrari foi diversas vezes utilizada como base para preenchimento de lacuna existente diante da

34. Wanderley Fernandes e Tatiana Aguiar, *A Empresa e o Direito do Consumidor: uma Relação Complexa*, cit., p. 61.

35. Idem, pp. 71-72.

complexidade e atipicidade dos contratos de distribuição no Direito pátrio. No entanto, após a vigência do Código Civil de 2002 nota-se uma mudança neste padrão, que poderia ter sido utilizada pelo Magistrado ao aplicar a lei ao caso.

Ao que parece, a escolha foi consciente. A decisão afasta a aplicação dos arts. 710 e ss., reconhecendo na relação contratual mais que um contrato de agência e distribuição, tal qual ali descrito, e, em perfeita sintonia com a doutrina atual,[36] ao estabelecer que o tipo do contrato de distribuição em afeto foi pobremente tratado no Código Civil, manteve a aplicação da analogia anteriormente usual.

É, portanto, uma decisão de direito positivo, com aplicação de analogia, que se fundamenta no Decreto-lei 4.657/1942.[37]

Pode-se avaliar se a decisão obteria os mesmos resultados se fundamentada ao abrigo do parágrafo único do art. 473. Talvez nesta hipótese o valor da indenização sofreria pela incerteza, ao passo que na Lei Ferrari se encontra positivado. No entanto, o desequilíbrio da rescisão imotivada deve ser sempre objeto de análise casuística, de forma a que talvez possa o STJ, ao julgar o recurso pendente de apreciação, considerar o *quantum* excessivo e reformar a decisão.

De qualquer forma, parece que haveria instrumental suficiente no parágrafo único do art. 473 para deferir a indenização pretendida pelo distribuidor. Apesar desta possibilidade, a decisão não mereceu reforma no Tribunal, uma vez que também para este órgão a indenização pelo dano causado seria de fato devida, independentemente do fundamento legal.

Entretanto, já existem decisões no STJ contrariando a sentença. Nesse sentido, o REsp 513.048-DF (2003/0018005-7), julgado em março/2010,[38] estabeleceu, em caso bastante semelhante ao julgado:

> Não é possível valer-se da interpretação analógica nas situações em que a solução jurídica buscada pela recorrente só é empregada para casos atípicos, que receberam normatização específica, em face das peculiaridades levadas em conta pelo legislador.

Da mesma forma foi a decisão do REsp 681.100-PR (2004/0085842-7), julgado em junho/2006:[39]

> Havendo disposição contratual assegurando às partes interromper o negócio de distribuição de bebidas, o que afasta a configuração de cláusula abusiva ou potestativa, é impertinente buscar analogia com dispositivo de outra lei especial de regência para os casos de concessão de veículos automotores de via terrestre.

Assim, diante do posicionamento do STJ, seria conveniente que a decisão não tivesse feito uso de lei especial, pois assim provavelmente terá mais chance de integralmente ser prestigiada. Isso porque, como dito antes, a indenização pelo dano não deixaria de ser devida, o que mudaria seria seu fundamento. É o que corrobora o acordão dos ED no REsp 654.408-RJ (2004/0047977-6), julgado em agosto/2013:[40]

> Analisando os recursos especiais interpostos por ambas as partes, a egrégia 4ª Turma, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso da PEPSI-

36. Nesse sentido: Álvaro Villaça Azevedo (coord.), *Código Civil Comentado*, cit., vol. VIII; e Paula Forgioni, *Contrato de Distribuição*, cit.

37. Decreto-lei 4.657/1942, art. 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito".

38. Disponível em *https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952619 &num_registro=200300180057&data=20100419&formato=PDF* (acesso em 25.5.2016).

39. Disponível em *https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=634036 &num_registro=200400858427&data=20060814&formato=PDF* (acesso em 25.5.2016).

40. Disponível em *https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1254656 &num_registro=200400479776&data=20130820&formato=PDF* (acesso em 25.5.2016).

> CO para, não obstante afastar a aplicação analógica, ao caso, da Lei n. 6.729/1979, manter, com fundamento na teoria geral dos contratos e também no direito positivado (art. 473 do novo CC), a necessidade de haver prazo razoável para notificação acerca da extinção do contrato (aviso prévio) e, por isso, a indenização pretendida, consistente em lucros cessantes e danos emergentes, em face do exíguo prazo de 30 dias relativo ao aviso prévio. (...). Com efeito, não obstante se tenha afastado a aplicabilidade da lei de concessão comercial relativa a automóveis, entendeu-se pela necessidade de fixação de um prazo razoável e adequado de aviso prévio, antecedendo a ruptura do contrato entre as partes. O aviso prévio foi reconhecido justamente para evitar maiores prejuízos para a distribuidora, evitando-se os lucros cessantes e danos emergentes reconhecidos, no caso. (...).

Pelo exposto, deve-se reconhecer a coerência da disciplina jurídica aplicável ao caso em questão, mesmo que por analogia, bem como os princípios que fundamentam a questão, muito embora exista caminho semelhante por aplicação direta da lei, sem aplicação da analogia.

Em conclusão, deve-se dizer que a decisão visa a reparar um desequilíbrio contratual, atendendo, portanto, aos imperativos econômicos e sociais que se esperariam em casos em que se verifica que uma das partes se encontra em dependência econômica da outra. Como resultado, os termos estabelecidos no instrumento contratual são afastados, em derrogação do princípio do *pacta sunt servanda*. A despeito de ser cabível considerar que a decisão atende a um anseio de alcançar uma suposta "função social" do contrato – qual seja, recompensar adequadamente as expectativas entabuladas de boa-fé pelas partes –, é criticável o fato de que isso tenha sido feito sem proceder a uma análise de fundo econômico, sem considerar os efeitos que a quebra de um contrato pode ter no mercado e quais as consequências que podem decorrer desse tipo de decisão em contratações futuras.

6. O que pode se esperar do futuro – Conclusão

O que se extrai das análises realizadas neste trabalho é que o Judiciário – com raras exceções – ainda não reconhece, em sua plenitude, uma teoria geral dos contratos empresariais, conferindo a ela tratamento distinto da lógica dos contratos civis. Com frequência lança mão de instrumentos de direito civil para, de alguma forma, tutelar os interesses de uma das partes, nem que isso importe revisão de contratos empresariais – ora para completar eventuais lacunas, ora para alterar frontalmente os termos e condições firmados.

Sem que isso signifique qualquer crítica ao acerto, ou não, das decisões, fato é que esse exercício é feito sem a ponderação adequada dos efeitos econômicos de se derrogar o *pacta sunt servanda* e, portanto, a autonomia das partes na hora de contratar. Uma vez verificada a vulnerabilidade de um dos lados – e, nos casos analisados, essa vulnerabilidade se manifestava na forma de dependência econômica –, parece que os demais critérios de avaliação do caso são colocados de lado. Parece não importar se no momento da contratação a parte teve o interesse de firmar o instrumento mesmo sabendo dos riscos envolvidos.

Por outro lado, os contratos objeto da jurisprudência analisada e, em especial, do caso central eram de fato incompletos. Não se pode admitir que houve em tais casos deliberada intenção de deixar o contrato sem tratar das consequências de sua rescisão. Nesse sentido, as decisões do Judiciário, independentemente do fundamento legal, têm reconhecido a existência de dano indenizável, o que deveria servir como referência para contratações futuras, e acenam para o reconhecimento da necessidade de uma disciplina jurídica específica e mais bem detalhada para o assunto, que, quando tiver maior robustez, permitirá ao Judiciário passar a avaliar com mais atenção os efeitos econômicos a ela relacionados.

Bibliografia

AGUIAR, Tatiana, e FERNANDES, Wanderley. *A Empresa e o Direito do Consumidor: uma Relação Complexa*. São Paulo, Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil Comentado*. vol. VIII. São Paulo, Atlas, 2003.

BUGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1987.

CSERNE, Péter. *Freedom of Contract and Paternalism: Prospects and Limits of an Economic Approach*. Nova York, Palgrave MacMillan, 2012.

FERNANDES, Wanderley, e AGUIAR, Tatiana. *A Empresa e o Direito do Consumidor: uma Relação Complexa*. São Paulo, Saraiva, 2014.

FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. São Paulo, Ed. RT, 2004.

————. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo, Ed. RT, 2015.

KENNEDY, Duncan. "Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power". *Maryland Law Review* 41. *Issue* 4. 2012.

KLEIN, Benjamin. "Contracting costs and residual profits: the separation of ownership and control". *Journal of Law and Economics* 26. 1985.

MÉNARD, Claude. "The economics of hybrid organizations". *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 160/345-376. 2004.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Q. "Revisão judicial de contratos entre empresários". *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, 2000.

SCHWARTZ, Alan, e SCOTT, Robert E. "Contract interpretation redux". *The Yale Law Journal* 119. 2010.

————. "Contract theory and the limits of contract law". *Faculty Scholarship Series*. Paper 308, 2003 (disponível em *http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/308*, acesso em 5.12.2015).

SCOTT, Robert E., e SCHWARTZ, Alan. "Contract interpretation redux". *The Yale Law Journal* 119. 2010.

————. "Contract theory and the limits of contract law". *Faculty Scholarship Series*. Paper 308, 2003 (disponível em *http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/308*, acesso em 5.12.2015).

TREBILCOCK, Michael. *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Harvard University Press, 1993.

WILLIAMSON, Oliver. "Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives". *Administrative Science Quarterly* 1991 (pp. 269-296).

ZANCHIM, Kleber L. *Contratos Empresariais: Categoria; Interface com Contratos de Consumo e Paritários; Revisão Judicial*. São Paulo, Quartier Latin, 2012.

ZANETTI, Cristiano de S. *Direito Contratual Contemporâneo: a Liberdade Contratual e sua Fragmentação*. São Paulo, Método, 2008.