REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 101 • janeiro-março de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

ANO XXXV (Nova Série) n. 101 Janeiro-Março/1996

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 101 • janeiro-março de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716
3120.3761

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor: ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. – ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 - Campina do Monte Alegre – São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

AVISO AOS LEITORES

Havendo dirigido a Revista ininterruptamente desde o primeiro número de sua nova série, em 1971, deixo agora as funções de Diretor Executivo, esclarecendo que não participei da redação do nº 100 (outubro-dezembro/1995).

Fábio Konder Comparato

SUMÁRIO

DOUTRINA

Distribuição secundária no Brasil e no exterior de ações pertencentes à administração pública — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 9

A teoria dos grupos de sociedades e a competência do juízo arbitral — Arnoldo Wald 21

A debênture como instrumento de aplicação e captação de recursos — Durval José Soledade Santos 27

Emissão de debêntures — Nelson Eizirik 37

Os débitos tributários das empresas. Responsabilidade de diretores, sócios-gerentes e controladores — João Luiz Coelho da Rocha 49

As hipóteses de recesso na Lei das Sociedades Anônimas — Renata Brandão Moritz 56

As instituições financeiras e a taxa de juros — Pedro Frederico Caldas 76

ATUALIDADES

Inquérito administrativo CVM e recurso de ofício — Luiz Alfredo Paulin 97

Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica: a experiência portuguesa — Luiz Antonio Soares Hentz 109

Representação comercial e distribuição comercial — Importância dos traços distintos — João Luiz Coelho da Rocha 114

Criação e desenvolvimento de uma sociedade de capital — Investimento: as lições do modelo francês — Françoise Monod 119

JURISPRUDÊNCIA

As cooperativas e o direito dos cooperados retirantes ao valor atualizado de suas quotas-partes — Jorge Eduardo Prada Levy 122

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI 133

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 135

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional.

DURVAL JOSÉ SOLEDADE SANTOS

Advogado; Consultor Jurídico e Superintendente de Operações da BNDES Participações S.A. — BNDESPAR.

FRANÇOISE MONOD

Master of Laws da Universidade de Harvard e advogada em Paris (associada de Sokolow, Dunaud, Mercadier & Carreras).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE EDUARDO PRADA LEVY

Advogado em São Paulo.

LUIZ ALFREDO PAULIN

Procurador da Fazenda Nacional junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional; Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

Mestre e Doutor em Direito; Professor de Direito Comercial da UNESP; Juiz de Direito da 9.ª Vara Cível de Ribeirão Preto.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro. Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

PEDRO FREDERICO CALDAS

Advogado em São Paulo.

RENATA BRANDÃO MORITZ

Advogada no Rio de Janeiro.

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL — IMPORTÂNCIA DOS TRAÇOS DISTINTIVOS

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

"La mancra como se distribuye el producto puede ser tan importante como su tipo o su precio"

Tesi Prior

A observação acima, utilizada como um dos postulados para estudos e debates em um dos recentes encontros do Mercosul, traduz na verdade um padrão quase axiomático no processo econômico de qualquer sociedade.

Não há quem em sã consciência instale a sua unidade fabril de bens — sobretudo os de consumo — sem sérias e extensas considerações sobre os meios de circulação dos produtos, de colocação dos mesmos à disposição do público.

Daí porque os estudiosos das atividades econômicas sempre valoraram o comércio tanto quanto a indústria, assentado que as atividades de produção, de criação das riquezas, pouco repercutiriam a favor dos destinatários dos bens se não existissem nesse intermédio as ações criativas dos que comercializam os produtos fazendo com que estes cheguem a quem deles necessite.

Acontece então que as complexas demandas dos mercados consumidores foram ditando diversos modos de comercialização de produtos, caracterizados por uma maior ou menor participação do industrial, ou até do grande atacadista, na colocação ao mercado.

Em um ponto do aspecto temos a venda, o repasse dos produtos pelo industrial aos inúmeros varejistas, o modo mais simples e comezinho de circulação das mercadorias, com absoluta independência dos envolvidos na cadeia econômica. Neste entrecho, o moderno instituto da franquia, nascido na dinâmica e criativa economia norte-americana, representa uma subespécie toda própria, mantido esse arcabonço da independência do varejista, mas exigindo-se deste um estrita padronização aos ditames, sobretudo mercadológicos, do fabricante em troca de uma suposta alavancagem no potencial de vendas, pela imagem, pelo "aviamento", e pela própria infra-estrutura do franqueador.

No outro extremo pode-se configurar a venda direta, do fabricante, ou até do grande atacadista, ao público consumidor, hipótese de pouca ocorrência, em regra, até pela tendente especialização de atividades no campo da economia humana.

Entre uma e outra tipificação, vemos sedimentado, na crescente prática comercial, o uso sobretudo de duas espécies distintas de contratos de comercialização, mediante o aparecimento de um "tertius", necessariamente comerciante, que vai funcionar como um "pivô" das vendas, o encarregado de promover e efetivar a venda dos produtos em sua determinada área, responsabilizando-se aí pela sua colocação, já no comércio

varejista, já perante o próprio público consumidor.

Se esse terceiro, intermediário, é um comerciante que "se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis em caráter não eventual" e em favor de alguém para usarmos a clássica definição de Fran Martins (*Contratos e Obrigações Comerciais*, Ed. Forense, Rio, 1984, p. 318) teremos aí uma hipótese clara de representação comercial.

Ao representante comercial por essa particular qualidade, de um negociante que age em nome de outrem, e portanto muito deste dependente, a ordem jurídica brasileira confere um trato especial, protetor. A Lei 4.886, de 1965, alterada depois pela Lei 8.420/92, defere uma tutela especial ao representante, sobretudo em nível de garantias indenizatórias nos casos de rompimento unilateral, desmotivado, do contrato, pelo representado.

E como se o legislador contemplasse ali uma relação jurídica não tão subordinada e protegida como a do vínculo trabalhista, mas um tanto aproximada a esta, a um ponto que mereceu garantias mínimas de estabilização do curso relacional, desincentivando o seu rompimento. Certamente alguma coisa bem distinta das relações comerciais rotineiras, onde há plena liberdade das partes para acertar no contrato, termos e prazos de convivência e para romper com facilidade, o vínculo que não tenha determinação de prazo certo.

É assim que, se aquela terceira parte na cadeia de comercialização é um comerciante atacadista que vai proceder, em conta própria, à venda dos produtos do fabricante, deste comprando e ao varejo vendendo, geralmente com exclusividade, teremos a hipótese de distribuição comercial.

O contrato de distribuição é por muitos chamado também de contrato de concessão comercial, ou mais praticamente denominado de ajuste de revenda comercial.

Esse último modo denominativo tem talvez a precisão de focar o grande elemento de distinção entre tal forma contratual e o vínculo de representação, pois que neste, agindo o representante em nome e por conta de alguém (o representado), em regra/ele não "revende", ele vende, enquanto na distribuição, ao operar, ele pratica uma venda em conta própria de produtos que a ele terão sido vendidos pelo concedente.

Waldírio Bulgarelli, com a pertinência de hábito, ensina:

"não se ajusta (o contrato de concessão) também ao contrato de representação comercial autônoma, conforme disciplinado pela Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, pois o representante é um intermediário que age em nome e por conta da empresa mandante, consoante se deduz da definição do art. 1.º da citada Lei 4.886. Nesse sentido, na França, Jean Hemard aponta que os concessionários se apresentam como um comerciante, comprando a um fabricante seus produtos, que ele revende por sua própria conta, e a remuneração que lhe advém não é uma comissão referente a uma atividade de mandatário, mas um lucro proveniente da diferença entre o preço de compra e o preço de revenda" (*Contratos Mercantis*, Ed. Atlas, 1.ª ed., p. 453).

E Rubens Requião, autor de clássica monografia sobre a representação comercial (*Do Representante Comercial*, 2ª ed., Ed. Forense) pontifica:

"A representação comercial, como o mandato, pode integrar-se na figura da concessão de venda, como ainda veremos, mas jamais poderiam ser considerados seus elementos preponderantes, para permitir sua classificação como assimilada ao contrato de agência ou representação comercial".

O professor paranaense, na verdade, se detém mais apuradamente em quali-

ficar os caracteres do contrato de distribuição (ob. cit., p. 60/ss.):

"O contrato de distribuição não é bem estudado no Direito brasileiro. Seus contornos são indefinidos, ora se confundindo impropriamente com representação comercial, ora com a "conta própria", ora com o contrato de concessão comercial (...)".

"Pela observação do negócio de distribuição, na vida comercial, percebemos que essa modalidade contratual decorre do depósito da mercadoria em mãos do agente do produtor. Este não adquire a mercadoria para revendê-la. Fica ela depositada em seu poder, para distribuí-la, fazendo chegar às mãos dos compradores.

O distribuidor, com efeito, recebe a mercadoria do produtor, com o intuito de fazê-la circular. É ele um vendedor a serviço da empresa produtora. Recebe a mercadoria em grosso, ou como representante comercial ou como comprador exclusivo, mantendo-a em depósito, sob sua guarda e responsabilidade. Ao promover a venda da mercadoria pode faturá-la. Esse faturamento ou é feito por ele, se adquiriu a mercadoria, ou é procedido pelo comitente, agindo o distribuidor como vendedor autônomo que promove a tradição da mercadoria, mas não a sua cobrança.

Se o distribuidor adquire a mercadoria em grosso, com exclusividade, para negociá-la como sua, a operação tem o nome de 'conta própria'".

Nesse corte conceitual de Rubens Requião vemos como a prática comercial tão ágil acabou ditando a confusão que cerca a coexistência entre um e outro modelo de cooperação no comércio. Há formas de utilização de estruturas de vendas que nominalmente são referidas como de distribuição de produtos, quando em rigor técnico serão representação, porque o interposto comerciante não vende por si mesmo, não revende os bens, ele "promove a tradição da mercadoria, mas não a sua cobrança", pois que "é ele um vendedor a serviço da empresa produtiva", para repetir as expressões mais significativamente diferenciadoras utilizadas pelo professor Requião.

Contrato de distribuição estrito senso, tipologicamente distinto em seus caracteres básicos, será enfim aquele último, referido pelo mestre paranaense, onde o distribuidor "adquire a mercadoria em grosso, com exclusividade, para negociá-la como sua", pois aí temos a revenda dos bens por conta própria.

Esses traços distintivos entre uma e outra espécie contratual são muito importantes pois, como se vê, a ordem jurídica brasileira houve por bem emprestar à representação comercial esse caráter mais tutelar, provavelmente em apreço à dependência maior do comerciante representante para com aquele que o credencia.

A Lei 4.886/65, depois alterada pela Lei 8.420/92, concede elementos protetores do vínculo relacional em favor do representante, sobretudo em forma de valores indenizatórios mínimos (que a convenção pode acrescer) no caso de rescisão injustificada do ajuste pelo representado.

O especialista Rubens Requião (ob. cit., p. 261) observa:

"Não temos dúvida, por isso, fundados nos princípios de direito, em sustentar que os contratos de representação comercial a prazo determinado, quando não existam motivos de fato para a determinação do prazo de vigência, sendo renovados ou prorrogados sucessivamente, revelam a sua verdadeira e real natureza de contrato a prazo indeterminado. A determinação desmotivada do prazo convencional, sucessivamente reconduzido, presume a intenção de fraudar a indenização a que faria jus o representante comercial".

Os tribunais têm abonado essa vazão protetora da lei quanto a tais contratos:

"(...) Em havendo contrato de representação comercial, e ocorrendo a rescisão por parte do representado, sem causa justificada, o representante tem direito a cobrar indenização com base no art. 27, parágrafo único, da Lei 4.886/65" (TJ-RJ em *RT* 481/207).

"(...) Não admitiu a Lei 4.886 a rescisão arbitrária, ou denuncia vazia, sendo, por essa razão, ineficaz nos contratos de representação comercial a cláusula que autorize o representado a rescindir o ajuste sem indenizar" (*RT* 489/159).

Ou ainda:

(...) O representante comercial cujo contrato, embora verbal, foi rescindido pelo representado, que não comprovou justo motivo para a rescisão, faz jus à percepção de indenização e aviso prévio na forma da Lei 4.886 de 9.12.65 (...)" (Ac. unân. da 5.ª C.C. do TJRJ de 18.9.91 na apelação cível 17.800).

O próprio STF assim solidificou esse entendimento:

"Representação Comercial — Contrato por prazo indeterminado — Rescisão imotivada precedida de pré-aviso — Fato que não elide a obrigação de indenizar o representante se o contrato tem mais de 6 meses (ac. unân. da 2ª T. do STF *in* "Jurisprudência Brasileira", 41, p. 31, Ed. Juruá, 1989).

Outro trato terá o contrato de concessão, de distribuição, pois aqui a ordem jurídica, vendo na espécie um vínculo de obrigações mais elástico, e que demanda pouca dependência entre o distribuidor e seu concedente — uma vez que aquele vende em contra própria, revende — não lhe outorgou as diretrizes protetoras que embargam o livre desfazimento do ajuste sem maiores onerações.

Ainda aí, porém, a realidade elástica, criativa, evolutiva, volátil, da economia, acaba ditando parâmetros factuais que hão por influenciar o cuidado jurídico aplicável ao tema.

Há, sim, um tipo de contrato de distribuição, abrangendo talvez a maioria deles, onde a força do concedente se exaure na possível qualidade e "mercantilidade" de seu produto, ficando o distribuidor bem *à aise* para exercer e desenvolver seu potencial de vendas de acordo com seus ditames próprios.

Aí estaremos em terreno típico de concessão comercial, contrato livre de presilhas legais, possibilitando às partes, comerciantes, escolherem seus termos de relacionamento, inclusive sobre como e em que condições desfazê-los.

Há outros ajustes que, sob tal forma de distribuição comercial envolvem grandes fabricantes, poderosos produtores, dominantes do mercado, e que outorgam, por sua força, prestígio, pelo vertiginoso "efeito venda" de seu nome, e de sua marca, condições draconianas, muito estritas, de relacionamento com seus distribuidores, a conviverem por longos anos.

Nestes tipos contratuais, muito presentes na área de bebidas e refrigerantes, na área de veículos automotores e algumas outras, há, na aparência, absoluta independência dos distribuidores, que praticam revenda em conta própria, mas na observação mais próxima do trato contratual longo ali existente, há um estrito controle do concedente sobre estoques, sobre quantidades e meios de venda, sobre a publicidade envolvida, e até sobre eventuais outros produtos de terceiros que aqueles comerciantes hajam por colocar à venda.

Observando aquele aspecto revelador da intensidade do relacionamento entre as partes, acima falado, vemos um deslocamento desses contratos mais para a proximidade das espécies tipológicas de representação comercial, pois que aí alguns de seus traços distintivos desaparecem, mesmo que sobrexistindo, na forma, o elemento distinto da venda em conta própria.

Por certo, em obséquio a essa assemelhação, alguns tribunais têm se manifestado por um tratamento parecido na proteção desses vínculos de distribuição com tais características, provendo pretensões indenizatórias quando de rescisões imotivadas pelos fabricantes.

A esse propósito, em ação movida pela Ideal Comércio de Bebidas Ltda contra a Cia. Sulina de Bebidas Antárctica, em Curitiba, o TJ-PA, em 1988, na Apelação Cível 218, assim decidiu:

"A empresa que distribui ou revende bebidas em zona predeterminada pelo fabricante, a sujeita a não operar com produtos concorrentes do mesmo, tem direito a ser indenizada em caso de rompimento abrupto do contrato, que se estabelecera ao longo dos anos (...)".

E no corpo do acórdão, lê-se,

"É de todo evidente um relacionamento comercial dessa natureza, com todas essas características, não pode ser tida como uma de simples revendedora, a atuar por conta e risco próprio, como quer a Antárctica.

Na verdade, fica muito claro que a Ideal atuava também no interesse do fabricante interessada em divulgar sua marca e colocar seus produtos em região de atuação de Ideal, e manter ali clientela permanente.

Chama a atenção a existência de uma fossa geográfica determinada pelo fabricante para a Ideal atuar, e a exclusividade a que esta estava submetida na venda dos produtos do fabricante, circunstância demonstradora de que a relação entre as partes ia muito além do que uma simples revenda de bebidas (...)".

No mesmo sentido, concedendo direito indenizatório aos distribuidores, no caso de rescisões injustificadas de contratos de distribuição de longo curso de duração, temos o acórdão da 1.ª Câmara Cível do TJRGS de 20.3.79 (Revista de Jurisprudência do TJRGS, 77, p. 229).

"A ruptura brusca de contrato de concessão mercantil ajustado por prazo indeterminado, que perdurou ao longo de mais de 40 anos, acarreta obrigação de indenizar os prejuízos resultantes da rescisão".

Na superfície poderá parecer estranho que um tratamento se não igual, ao menos assemelhadamente tutelar, seja conferido a um vínculo contratual que, na sua faceta mais característica, seja distinto da representação, pois que ali não se comercializa em nome de outrem, como neste último caso, mas sim revende-se em conta própria.

Contudo, o que não se pode perder em vista é que o trato protetor que a lei brasileira entendeu por conhecer aos representantes comerciais não está evidentemente assentado pela qualidade de procederem eles à venda em nome dos representados (e não em conta própria), mas sim na extrema dependência comercial para com tais representados e no efetivo controle que estes exercem sobre seus comissários.

Em suma, volvendo àquele paralelismo acima exposto, o representante comercial, de um modo genérico, funciona como uma *longa manus* do representado, menos ligado a este que um empregado dele, talvez, mas muito mais dependente do que um parceiro comercial comum.

Pois então se, contratos longos de concessão ou distribuição, como acima exemplificados, e não incomumente encontrados na prática mercantil, oferecem em suas peculiaridades, estrito controle de vendas, de estoques, de padronagem de procedimentos de marketing etc., por parte do fabricante para com seu contratado, eles ficam revelando contornos de dependência muito próximos àqueles existentes entre representantes e representado. Daí a tendência jurisprudencial para conceder a esses tratos mercantis alguma tutela que desestimula a arbitrária e desmotivada rescisão pelo fabricante.