

Doutrina

TULLIO ASCARELLI, A TEORIA GERAL DO DIREITO E OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

PAULA A. FORGIONI

I — Tullio Ascarelli e o estudo dogmático da prática comercial. II — Breves notas sobre o contrato de distribuição, sua função econômica e seu impacto sobre o mercado. III — Contraponto: apontamentos sobre algumas influências sofridas por Tullio Ascarelli. IV — Tullio Ascarelli e a tipificação social dos contratos. Segurança e previsibilidade. V — A função vivificadora da interpretação: Ascarelli "vs." Jhering. VI — O papel da jurisprudência segundo Ascarelli. Os tribunais brasileiros e os contratos de distribuição. VII — Função econômica (causa) e o contrato de distribuição conforme a visão ascarelliana. VIII — Dinâmica de mercado (concorrência) e contratos. IX — Exclusividade e controle sobre o preço de revenda: a posição de Ascarelli. X — Contrato de distribuição: contrato plurilateral? XI — Conclusão. Bibliografia.

I — Tullio Ascarelli e o estudo dogmático da prática comercial

Poucos compreenderam e decodificaram a lógica do direito comercial como Tullio Ascarelli. Poucos autores foram capazes de mesclar teoria e prática de maneira assim fértil.¹ Ressentimo-nos hoje dessa temperança. Por um lado, há quem propugne um direito comercial puramente prático, como se fosse possível a resolução de complexos problemas empresariais sem lançar mão da dogmática. Por outro, aqueles que condenaram o direito comercial à reclusão em uma torre de marfim, repetindo conceitos que, há muito, não guardam pertinência com nossa realidade, tampouco

servem para explicá-la. Enfim, “[é] frequente, entre os chamados práticos, o protesto contra as sutilezas das teorias, a *mysterious science of law*, ora se limitando, a chamada prática, a um apêgo formalista à letra da lei ou a uma rotina preguiçosa, ora passando a confiar apenas no sentimento equitativo. Realmente, as sutilezas jurídicas visam evitar ambos êsses extremos; visam conciliar a aplicação da lei — e a aplicação consoante justiça, igual em todos os casos — aos casos sempre novos que a vida vem propondo e a necessária certeza jurídica e uniformidade de aplicação. Aquêles que limitam a tarefa do jurista à interpretação literal da lei, desprezando as ‘ínúteis complicações’ desprezam a primeira exigência; os que confiam apenas num sentimento equitativo desprezam a segunda. Ambos, visando apegar-se a uma prática que só erroneamente se contrapõe à teoria, mantêm-se distantes, simultaneamente, da teoria e da prática e se tornam substancial-

1. Eros Roberto Grau lembra constantemente: “Há sempre um grego, ou um romano que, em matéria jurídica, refletiu antes de nós sobre todas as idéias novas que pensamos produzir. E se não o disseram gregos ou romanos, tê-lo-á dito Tullio Ascarelli ou outro jurista de seu porte” (discurso publicado em *Medalha Teixeira de Freitas*, p. 12).

mente incapazes de entender e avaliar juridicamente a realidade social".²

"Princípios gerais e casuísticos devem continuamente ser relacionados; de outra forma, consoante uma contraposição célebre, fica a teoria vã; fica a prática cega ou tende a ser dominada apenas por um impressionismo equitativo ou por uma 'routine' que, às vezes, visa justificar, com a fácil e errada contraposição de teoria e prática, a sua preguiça e incapacidade de progresso.

"Princípios e institutos devem ser entendidos no seu real alcance, cumprindo descobrir, debaixo do necessário tecnicismo das teorias dogmáticas, o sentido econômico e social; os casos particulares, há que resolvê-los consoante uma orientação e um princípio de caráter geral e consoante."³

O método proposto por Ascarelli, que conjuga teoria e prática, é indispensável à compreensão do contrato de distribuição (também chamado contrato de concessão comercial). Como veremos, é um negócio criado pelos empresários, cuja juridicidade provém da tipificação social.⁴ Justamente por isso, faz-se necessária a elaboração jurídica sobre esse contrato, "ordenando e reordenando esquemas e conceitos, com um trabalho que (...) contribui para o desenvolvimento do direito".⁵

II — Breves notas sobre o contrato de distribuição, sua função econômica e seu impacto sobre o mercado

O contrato de distribuição é moldado pela prática dos comerciantes na busca da

2. *Panorama do Direito Comercial*, pp. 226-227.

3. *Idem*, p. 219.

4. Indispensável a consulta à obra de Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., especialmente p. 16, sobre as circunstâncias negociais e a formação do negócio jurídico.

5. "Certezza del diritto e autonomia delle parti", in *Problemi Giuridici*, t. I, p. 136.

satisfação jurídica de suas necessidades econômicas. A adoção pelos empresários de soluções semelhantes ou idênticas para escoar a produção repetiu-se a ponto de gerar sua *tipificação social*.⁶⁻⁷⁻⁸

Quanto à sua função econômica, o contrato de distribuição viabiliza o escoamento da produção de um agente econômico por intermédio de outro(s) empresário(s). Trata-se, geralmente, de uma opção do fabricante que, com a celebração do contrato (ou de vários contratos) de distribuição, procura explorar o mercado da maneira mais eficiente possível, incrementando seus lucros.

A prática comercial demonstra que o sucesso de um produto depende, em boa parte, de promoção adequada e de uma eficiente rede de escoamento da produção que abarque toda a região com potencial de comercialização. Sem a chegada do bem ao consumidor, é possível que não rendam fru-

6. V. Buonocore, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª ed., p. 948.

7. Maria Helena Brito acentua a tipicidade social do contrato de concessão comercial, que "supõe a consciência de que os tipos assim criados venham a adquirir validade geral e justifica-se pela importância que os tipos em causa revistam na realidade social, atendendo à sua difusão e à função econômico-social que desempenham" (*O Contrato de Concessão Comercial*, p. 168). "A tipicidade social, sendo um dado que se impõe à ordem jurídica, é também um instrumento de racionalidade, economia e evolução, porquanto: — facilita a negociação; — os operadores econômicos não têm a necessidade de, a cada momento, reinventar uma solução jurídica adequada para prosseguir a função econômico-social correspondente ao tipo social em causa; — permite a referência simplificada a uma determinada realidade, uma vez que ao contrato socialmente típico é, em regra, atribuída uma designação global; — simplificada a discussão sobre a validade e efeitos jurídicos do contrato em causa, tendo em conta a elaboração, por via doutrinária e jurisprudencial, de uma disciplina própria do tipo social; — prepara a absorção legal de novas realidades; — o tipo social tornar-se-á, naturalmente, quando de uma reforma legislativa, tipo legal" (ob. cit., p. 169).

8. O contrato de distribuição ou de concessão comercial não foi tipificado pelo novo Código Civil. V. Paula A. Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, no prelo.

tos a sua qualidade ou mesmo o preço conveniente.⁹ Por essa razão, é cada vez maior a atenção que as empresas dispensam ao sistema de escoamento de sua produção, buscando otimizar os resultados mediante a escolha do melhor método disponível. Nessa linha, um vasto leque de opções se apresenta.

A primeira delas é a de que a própria empresa cuide da distribuição da mercadoria, colocando-a diretamente junto ao consumidor (*venda direta*). As funções inerentes à comercialização estão a cargo do produtor ou de sujeitos que dele dependem diretamente (por exemplo, empregados).

Mas o agente econômico poderá, ainda, buscar a colaboração de outros empresários para a venda, aproveitando eventuais sinergias (*venda indireta*). Com a adoção do sistema de vendas indiretas, os investimentos a serem efetuados pelo empresário diminuem, na medida em que grande parte das despesas com a distribuição será assumida pelos integrantes da rede.¹⁰ A relação bipolar (fabricante/adquirente), típica das vendas diretas, torna-se triangular na venda indireta (fabricante/distribuidor-intermediário/adquirente).¹¹

9. "Il ne suffit pas de produire, il faut encore vendre" (Virassamy, *Les Contrats de Dépendance*, p. 45). Sobre a mesma questão, v. Giorgio Barbieri e Aldo Frignani, "Contratti della distribuzione", in *Il Diritto del Commercio Internazionale*, 2ª ed., p. 193.

10. Valentine Korah e Rothnie apontam as seguintes razões pelas quais os fabricantes são impedidos ao sistema de vendas indiretas: (i) firmas extremamente grandes podem produzir "ineficiências de escala" que comprometem sua administração e seus resultados; (ii) o fabricante que distribui diretamente seus produtos pode ser obrigado a lidar com um mercado que não conhece e, conseqüentemente, a encerrar despesas necessárias à adaptação; (iii) pequenas empresas, com menos recursos disponíveis, podem enfrentar problemas para criar uma rede própria de distribuição; e (iv) em muitos países, as leis trabalhistas oneram os fabricantes, que preferem terceirizar algumas atividades (*Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, 2ª ed., pp. 4-5).

11. Virassamy refere-se a relações bipolares para a venda direta, e triangulares para a venda indireta (*Les Contrats de Dépendance*, cit., p. 45).

Note-se que o contrato de distribuição é *um* dos instrumentos de que se pode valer o empresário para implementar a venda indireta; outros negócios (tais como a representação comercial ou a comissão mercantil) também se prestam à mesma finalidade. A peculiaridade do contrato de distribuição reside no fato de abarcar operações de compra e venda mercantil, de caráter não eventual, mas sim habitual (estável). O adquirente compra para revenda: a propriedade transfere-se, primeiramente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa primeira relação.

O proveito econômico do distribuidor será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço de venda do bem a um terceiro e o que pagou para o fornecedor (margem de comercialização).

A primeira relação inclui-se no âmbito do contrato de distribuição, enquanto aquela entre o distribuidor e o outro adquirente é, geralmente, uma típica compra e venda, caracterizando-se, no mais das vezes, como de relação de consumo.

Definimos, então, o contrato de distribuição como "contrato bilateral, sinalgmático, atípico e misto, de longa duração, 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".

Por ser um contrato que provém da prática comercial, o reconhecimento de sua existência (*i.e.*, de sua tipificação social) foi processo lento, em que a jurisprudência ocupou papel de relevo.

Ademais — embora muitas vezes transcurado esse aspecto pelas autoridades antitruste —, os contratos de distribuição podem gerar preocupações de ordem concorrencial, principalmente em decorrência

da estipulação de exclusividade ou de controle sobre os preços de revenda a serem praticados pelo distribuidor.

Assim, uma vez que o contrato de distribuição

(i) tem origem na prática reiterada dos comerciantes, na busca de solução jurídica para a satisfação de necessidade econômica, qual seja o escoamento da produção;

(ii) tem sua tipificação social (e conseqüentemente, seu regime jurídico) determinada por sua função econômica;

(iii) somente poderá cumprir sua função econômica se garantido aos agentes razoável grau de segurança e previsibilidade decorrente de sua contratação;

(iv) teve sua existência e principais características declaradas (e também constituídas) pelo trabalho de interpretação levado a efeito pelos tribunais; bem como

(v) gera preocupações concorrenciais, torna-se necessária sua análise à luz das lições de Tullio Ascarelli. O risco da estéril superficialidade ou do falacioso pragmatismo no estudo de contratos empresariais é afastado quando aplicamos seus ensinamentos. Lições que continuam a ecoar não apenas sob os pórticos de Bolonha, mas também sob as Arcadas, fundadas nos princípios próprios e necessários à fluência das relações econômicas — e, portanto, sempre atuais, independentemente da língua em que foram difundidas.

III — *Contraponto: apontamentos sobre algumas influências sofridas por Tullio Ascarelli*

Nestas observações sobre o contrato de distribuição e os ensinamentos de Tullio Ascarelli procuraremos resenhar, inicialmente, alguns dos pontos cardeais dos contratos empresariais que foram por ele des-trinçados.

Esse discurso, entretanto, requer a consideração de fatores históricos que condi-

cionam a visão de Ascarelli sobre o sistema de direito comercial.

Primeiramente, lembremos que, como todos sabem, Ascarelli foi dileto discípulo de Vivante,¹² cujo *Trattato di Diritto Commerciale* é dedicado a Levin Goldschmidt. Diz Vivante que o professor alemão teria educado “con l’alto esempio a trarre dall’intimità della storia il sistema del diritto vigente”.

Levin Goldschmidt, além do domínio do direito comercial, foi um dos maiores historiadores do direito e escreveu texto inigualável sobre história do direito comercial (*Universalgeschichte des Handelsrechts*) publicado, em 1913, na Itália, sob o título de *Storia Universale del Diritto Commerciale*.¹³ A influência de Goldschmidt sobre Ascarelli não se limita a mero reflexo da admiração nutrida por Vivante; prova de sua influência direta é a visão de Ascarelli de que o direito comercial é uma categoria histórica e não ontológica. Ascarelli advertia-nos, já há muito, que o direito comercial somente poderia ser entendido em sua perspectiva histórica, que lhe atribuía independência metodológica. Disciplina autônoma graças à natureza das coisas, às necessidades dos comerciantes. Direito que molda e é moldado pela realidade.

O viés marcadamente histórico da obra de Ascarelli (*i.e.*, a busca da racionalidade própria ao direito comercial e a seus institutos em sua origem) é bastante calcado em Goldschmidt¹⁴ e, logicamente, em Vivante.

12. A respeito das influências de vários autores, inclusive de Vivante, sobre Ascarelli, v. Ferri, “Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, t. I, p. CXLIX. Miguel Reale credita a visão historicista do direito de Ascarelli à influência de Benedetto Croce, assim como à “fintima interdependência entre as normas jurídicas e a experiência prático-econômica” (“A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli”, *RDM* 38/76, 1980).

13. Traduzido por Pouchain e Scialoja.

14. Para Goldschmidt (assim como para Ascarelli) são subsídios da história do direito comercial, além da história universal da civilização, em especial a história universal do comércio e da eco-

A promessa que Vidari fez ao professor alemão em seguida à sua morte, em 1897, de que as sementes por ele lançadas entre os italianos seriam “sempre per l’avvenire coltivati con lungo studio e grande amore”,¹⁵ parece ter sido honrada, ainda mais se considerarmos que as lições de Ascarelli influenciam marcadamente a moderna doutrina privatística peninsular.

Ao mesmo tempo, é importante ter presente que o mesmo Goldschmidt (que teve influência fundamental em Vivante e Ascarelli) orientou Max Weber em sua tese de doutoramento, indevidamente considerada uma obra menor. Tê-lo-ia convencido a escrever, com vinte e cinco anos, primoroso estudo sobre a história do direito comercial, sobre as sociedades comerciais na Idade Média: *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*, publicado na Alemanha em 1889 e recentemente traduzido para a língua inglesa com o título de *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*.

De forma jocosa, poderíamos dizer que se trata de “obra de Weber não weberiana”, ainda não estão presentes nesse seu

nomia política. Vale a transcrição da seguinte passagem da obra do autor alemão, que bem poderia ter sido escrita por Ascarelli: “Perocchè la storia del diritto commerciale, come tutte le storie del diritto, non si può bene intendere se non in relazione con la storia universale della civiltà, e specialmente con la storia dell’economia, la quale comprende in sè anche la storia delle opinioni economiche, cioè della ‘spiegazione’ (oppure a volte anche del contrario) delle questioni economiche. Essa mira a una illustrazione *genetica* del vigente diritto del traffico. La ‘storia’ non è l’esposizione del semplice susseguirsi delle cose, nè si limita a paragonare tra loro le cose che in un dato tempo stanno unite o divise (...). Per la speculazione storica l’ieri, l’oggi e il domani formano una catena ininterrotta. (...) Poichè ogni diritto è il prodotto delle idee, spesso incoscienti, degli scopi (*utilitatis ratio*), quali sono determinati dalle opinioni e condizioni etiche ed economiche, nel diritto dei rapporti universali prevale naturalmente di gran lunga la base economica, ma i momenti etici (*Treu und Glauben, bona fides*) hanno anche qui una parte propria e di somma importanza” (ob. cit., pp. 16-18 — destaques do original).

15. Lewin Goldschmidt, *Scritti Varii*, p. 242.

estudo as teorias que somente mais tarde viria a desenvolver. No entanto, a intensa preocupação com a pesquisa das fontes para desvendar o funcionamento do ordenamento dos comerciantes em seus primórdios faz entrever o rigor do método imprimido pelo orientador e o gênio que ali começava a se delinear. Daí também podermos dizer que, antes de tudo, Weber era (e sempre foi) um comercialista.

Em suma: as semelhanças que encontramos entre as idéias de Tullio Ascarelli e de Max Weber podem em parte ser explicadas tendo em vista a influência de Goldschmidt sobre ambos. Constroem sua visão sobre o sistema jurídico desde a perspectiva do direito criado pelos mercadores e sua racionalidade peculiar, na busca de segurança e previsibilidade. A análise conjunta desses dois autores descortina a compreensão de ambos e do próprio sistema do direito comercial.¹⁶

IV — Tullio Ascarelli e a tipificação social dos contratos. Segurança e previsibilidade

A preocupação de Tullio Ascarelli com o grau de segurança e de previsibilidade propiciado pelo ordenamento jurídico poreja de toda a sua obra, juntamente com a consciência da necessidade de adaptação desse mesmo direito à realidade regulada: “ao ser elaborada a norma legal, surge essa exigência de certeza e segurança e fica em perene contraste com as não menos justificadas exigências da equidade, da justiça do caso concreto, contraste que o direito supera nos diferentes casos segundo as diversas exigências dos vários institutos. Êsse contraste de equidade e de certeza, se encontra também, a cada passo, na interpretação da norma e nas sempre renovadas discussões metodológicas e exprime, aliás, o contraste entre a justiça do caso singular e a generalidade da norma, entre a

16. Exemplo atual desse aproveitamento dá-se, por exemplo, na obra de Natalino Irti.

discricionarieidade do juiz e o poder do legislador".¹⁷

A consciência de que o tráfico mercantil necessita de regras claras e previsíveis, adequadas à realidade, informa a compreensão de Ascarelli sobre os contratos comerciais. É a *praxis* dos comerciantes, a incessante busca da satisfação jurídica de suas necessidades econômicas, que dá origem aos contratos. A prática reiterada de acordos com a mesma função econômica leva à segurança e à previsibilidade em relação ao comportamento da outra parte, porque cria um padrão de mercado que passa a ser a conduta esperada do mercador (legítima expectativa). A possibilidade de previsão do comportamento gera calculabilidade e, conseqüentemente, maior grau de segurança sobre o futuro. A estabilidade (possibilidade de previsão) leva ao azeitamento do fluxo de relações de mercado.¹⁸

O formalismo, por sua vez, reflete "exigências de certeza e segurança" que levam à "estandardização contratual" (em especial no comércio internacional). "A prática vem, com efeito, continuamente elaborando novos contratos, que só sucessivamente passam para os textos legais".¹⁹

Ascarelli assume — consciente das reações que sua posição viria a causar — que as classificações e o raciocínio dogmático são indispensáveis ao direito (verdadeiros instrumentos), porque sua aplicação reverte em segurança e previsibilidade. Vale transcrever nota ao texto "O contrato plurilateral", em que esse posicionamento vem à tona sem dissimulação: "Parece-me, no entanto, preferível o sistema tradicional de assentar as classificações jurídicas, antes de mais nada, sobre critérios formais;

proporcionam eles uma certeza jurídica que, ao contrário, não pode ser própria a critérios econômicos. Geralmente, as classificações assentes em critérios formais e aquelas assentes em critérios econômicos acabam por coincidir, à vista da correspondência, normal, de uma determinada estrutura jurídica com uma determinada função econômica, e da natural influência desta sobre aquela; deve, aliás, o intérprete visar assentar a classificação sobre critérios que, embora formais, encontrem correspondência e significado em critérios econômicos; são, porém, os critérios 'estruturais' os que devem prevalecer na classificação jurídica".²⁰ Afinal, "não há nenhuma contraposição entre rigor dogmático e apreciação do sentido econômico do instituto".²¹

Jurista atento à realidade, Ascarelli jamais poderá ser acusado de praticar formalismo estéril. Os critérios dogmáticos, assim como a forma, são instrumentos para catalisar o fluxo de relações econômicas: "a prática não pode dispensar instrumentos dogmáticos precisos e aperfeiçoados".²²

Não se pode deixar de notar a identificação entre a posição de Ascarelli e a explicação dada por Weber sobre a racionalidade do ordenamento jurídico.

Para Weber, um dos significados e pressupostos do capitalismo moderno é a "lei calculável". A forma capitalista de organização industrial — porque é racional — deve depender de um processo decisório, decisões e administração calculáveis, previsíveis.²³ E esse sistema dependerá do direito, pois é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional.

A *calculabilidade* assume, assim, dimensão própria: significa a possibilidade de *cálculo do resultado* (note-se: devemos

17. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2ª ed., p. 4.

18. A respeito da forma dos negócios jurídicos e sua relação com o funcionamento do sistema, v. Heleno Taveira Tôres, *Direito Tributário e Direito Privado*, pp. 146 e ss.

19. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 64.

20. "O contrato plurilateral", in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 275.

21. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 222.

22. *Idem*, 228.

23. *General Economic History*, p. 277.

falar em cálculo ou previsibilidade, e não em certeza. O direito é racional porque garante o processo e não o resultado a ser obtido). Ou seja, o direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado.

A produção das normas ou dos textos normativos, para Weber, pode ser *irracional*, quando não controlada pelo intelecto (por exemplo, aquelas normas ditadas por oráculos). O processo *racional* é governado por *regras gerais*. Uma lei é racional quando, tanto do ângulo material quanto do processual, considera apenas os aspectos não ambíguos dos fatos²⁴ (porque previamente selecionados e previstos). O pensamento jurídico racional é aquele governado por fundamentos racionais (ou por normas gerais) ou aquele que “não é mágico”. O agir, então, é depurado desses elementos sobrenaturais e passa a ser baseado em dados calculáveis.

Essa *racionalidade*, por sua vez, pode ser *formal* ou *substantiva* (material). A primeira é portadora de uma dimensão extrínseca, ou seja, pode ser percebida pelos sentidos: a aposição de uma assinatura, por exemplo. Desde a Idade Média, sabe-se que quem examina um documento firmado pode supor que o signatário não apenas conhecia o seu teor, mas com ele estava de acordo. A possibilidade de *pressuposição* trazida pela racionalidade formal serve a um sistema que deve garantir a segurança e a previsibilidade.

Mas a racionalidade possui também uma dimensão *lógica substantiva ou material* que se expressa pelo uso de conceitos abstratos criados pelo pensamento jurídico e concebidos como parte de um sistema completo; os aspectos fáticos relevantes para o direito são selecionados mediante um processo de *análise lógica*, conforme a previsão de regras gerais.²⁵ A sistematização

é possível apenas porque nos valem os des-se método abstrato de interpretação, dessa lógica dos significados (*i.e.*, a seleção e a racionalização conforme normas legalmente válidas). Portanto, *generalização* (redução dos motivos relevantes da decisão a um ou mais princípios) e *sistematização* (co-ordenação de todos os princípios para a formação de um sistema de regras logicamente claro, sem contradições ou lacunas)²⁶ integram a racionalidade jurídica.

A racionalidade (lógica e formal) típica de alguns sistemas jurídicos é resultado dos seguintes fatores:²⁷

(i) cada decisão tomada em determinado caso concreto é a aplicação de uma regra abstrata a uma situação fática;

(ii) cada situação fática concreta terá uma solução conforme a lógica das regras abstratas do direito positivo;

(iii) o direito positivo é um sistema sem falhas, apto a dar solução para todos os casos concretos.

Como explica José Alexandre Tavares Guerreiro, no sistema weberiano, assume extrema relevância a *crença do agente* na produção de um certo resultado. Por exemplo, acredita-se que o descumprimento de um contrato dará lugar a um específico remédio; e é este *acreditar* na resposta do sistema para as ações que lhe confere a possibilidade de garantir *segurança e previsibilidade*.

No entanto, não tenhamos falsas impressões e não distorçamos as palavras de Ascarelli: sem prejuízo da maestria com que explicou a necessidade de segurança e de previsibilidade para o direito comercial, advertiu expressamente: “Il diritto non è solo certezza e non è solo di certezza che andiamo alla ricerca. Andiamo in cerca anche di giustizia che è in noi, in una storia

24. *Law in Economy and Society*, p. 63.

25. O racional contrapõe-se ao irracional, ou seja, ao não governado por regras gerais (*Law in Economy and Society*, cit., p. 63).

26. Cf. Rebuffa, *Max Weber e la Scienza del Diritto*, pp. 86-87.

27. Cf. “Introdução” à obra *Law in Economy and Society*, escrita por Max Rheinstein, pp. XVII-LXIV.

che è 'commedia umana' ma pur sempre storia etica e dove veramente sacro è l'uomo".²⁸

V — A função vivificadora da interpretação: Ascarelli "vs." Jhering

A visão de Ascarelli sobre a necessidade de conjugação entre segurança/previsibilidade do direito, de uma parte, e sua adaptação à realidade e a novas realidades, de outra, faz aflorar ponto cardeal de sua obra: o estudo da interpretação. Afinal, independentemente do sistema jurídico que esteja sendo analisado, de suas "premissas implícitas" e do instituto jurídico estudado, como pode alguém duvidar de que

28. Por isso, parece-nos descabida a crítica feita por Meroni de que "(i)l rispetto alla continuità non sembra sufficiente a garantire quella certezza del diritto che costituisce il fine da lui perseguito". O "critério de continuidade" a que se refere Ascarelli somente pode ser entendido desde a sua perspectiva de que o "contraste de equidade e de certeza, se encontra também, a cada passo, na interpretação da norma". A atividade interpretativa, na medida em que o texto normativo é apenas sua "semente", admite mais de uma solução. No entanto, o fato de que a interpretação possa partir de uma "diversidade de valorações", embora sejam "cuidadosamente escondidas" ("Norma giuridica e realtà sociale", in *Il Diritto dell'Economia*, n. 10, p. 8), jamais foi negado por Ascarelli. Mesmo porque — é sempre Ascarelli quem diz — a aplicação do direito, salvo intervenções "extraterrestres", "não pode ocorrer independentemente de uma interpretação humana" que — repita-se — baseia-se em uma "diversidade de valorações". Enfim, Ascarelli não pretendeu dotar o sistema jurídico de total certeza, segurança e previsibilidade, mas apenas diminuir a insegurança, conjugando a busca de equidade, adaptação e evolução do direito com a da certeza que por ele *pode* ser propiciada. Não enxergar essa constatação que exsurge da obra de Ascarelli é cair na armadilha posta por aqueles que cuidadosamente ocultam a existência de uma "diversidade de valorações". No resumo de Reale: "Como se vê, não se trata de preservar uma certa norma formal e estática, mas sim uma certa norma tal como, sem solução de continuidade, vai sendo configurada ao longo da experiência, extraindo-se da norma todas as suas virtualidades (...)" ("A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli", *RDM*, cit., p. 82).

"o direito vive como história e seu momento culminante é o interpretativo"²⁹

Para ele, as "invenções jurídicas" são um primeiro instrumento de vivificação do ordenamento. Trata-se de "novas combinações de princípios jurídicos já conhecidos para alcançar a solução de um problema insatisfeito; criando-se novos instrumentos, quase diria novos maquinismos jurídicos, para o progresso econômico e técnico e a solução de problemas ocasionados por êsse progresso".³⁰

Segundo Ascarelli, "as soluções reais são fruto da experiência e não surgem de chofre, perfeitas e acabadas com uma teoria ou um decreto".³¹ O desenvolvimento histórico dos institutos do direito comercial é a comprovação da assertiva de Holmes: "the life of the law has been experience".³²

Nesse processo de evolução, a interpretação desempenha papel fundamental, por vezes quase subversivo. A relação entre a lei e sua interpretação — diz Ascarelli — não é semelhante àquela que há entre uma realidade e seu espelho, mas sim entre a planta e sua semente.

Como exemplo da função reservada por Ascarelli à interpretação jurídica, contraponhamos suas conclusões às de Jhering ao comentarem a mesma peça de Shakespeare: *O mercador de Veneza*.

Bassânio, na ruína econômica por prodigalidade, busca mais um empréstimo junto a seu amigo Antônio. Porém, este mercador enfrentava — hoje diríamos — certa "crise de liquidez": três navios em giro pelo mundo, e nenhum dinheiro em caixa. Se-

29. Asquini relata que Ascarelli, ainda jovem, perguntou-lhe "come taluno potesse indugiare in certi dubbi e particolarmente nel dubitare che tutto il diritto è un momento della storia, non solo sul piano dell'evoluzione legislativa, ma anche e soprattutto su quello della interpretazione" ("Nell'anniversario della morte di Tullio Ascarelli", in *Rivista delle Società*, p. 998).

30. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 45.

31. *Idem*, p. 104.

32. *Idem*, p. 45.

guindo conselho de Antônio, que se oferecia como garantidor, põe-se Bassânio à procura de quem pudesse emprestar-lhe numerário suficiente para viajar e buscar obter em casamento a mão de senhorita rica e órfã.

Para azar de Antônio, dispôs-se o judeu Shylock à concessão do empréstimo. Mas Antônio esmerava-se em perturbar a vida do “estrangeiro”. Concedia empréstimos por pura bondade, sem exigir o pagamento de juros. Com isso, baixava a taxa de mercado e prejudicava os negócios de Shylock. Não bastasse, havia sempre desdenhado publicamente o judeu, desferindo-lhe zombarias. O mutuante, então, encontrou a ocasião de reagir e vingar-se de anos de humilhação. Para a concessão do empréstimo exigiu prestação acessória peculiar: uma libra da carne de Antônio, caso a dívida não fosse paga no prazo.

O garantidor, seguro de que seus navios já teriam voltado a Veneza até a data do pagamento, assina a nota e agradece a bondade de Shylock. Entendia que o empréstimo era-lhe concedido gratuitamente porque, se pago no prazo, não seriam cobrados juros.

Quis Shakespeare, no entanto, que a crise de liquidez de Antônio ultrapassasse o prazo para o pagamento. Em face do inadimplemento, Shylock reclamou do Doge o cumprimento da lei de Veneza. Sendo ele possuidor de um título existente, válido e eficaz (no texto de Shakespeare, nenhum desses três elementos é contestado por qualquer personagem), seu direito ao recebimento da dívida era líquido e certo. Negar-lhe a execução (negar a aplicação da lei) seria uma “violação da liberdade”.

Viu-se o Doge em encruzilhada incômoda. O que fazer? “Poder não tem o doge para o curso da lei deter”. Em linguagem atual, seria como comprometer o marco regulatório, gerando insegurança e instabilidade no mercado, como bem notado por Antônio: “Se fossem denegados aos estrangeiros todos os direitos que em Veneza

desfrutam, abalada ficaria a justiça da república, pois o lucro e o comércio da cidade se baseiam só neles”. Negado o direito, “com o risco seja das leis e liberdades de Veneza”, todos poderiam dizer: “São fracos os decretos de Veneza”!

Entra em cena um jovem e brilhante jurista (na verdade, a já mencionada moça solteira, rica e órfã, travestida de advogado, de nome Pórcia) que conclui peremptoriamente: Shylock tinha direito a uma libra de carne de Antônio. “Força alguma pode em Veneza mudar as leis vigentes. Muitos abusos, ante um tal exemplo, viriam a insinuar-se na república. Não pode ser”, diz a sagaz mulher.

No entanto — continua o raciocínio jurídico — a lei assegurava a Shylock o direito ao recebimento do que estava literalmente escrito na cártula, nem mais, nem menos; não poderia derramar uma gota do sangue de Antônio e tampouco extrair de seu corpo um vigésimo de um escrúpulo além ou aquém de uma libra. Neste caso, perderia todos os seus bens.

Jhering, em *A Luta pelo Direito*, defende que Shylock foi ludibriado. Quando o estrangeiro brada “eu invoco a lei”, sua pretensão “transforma-se num só lance, na questão do direito de Veneza. (...) Já não é o judeu quem reclama a sua libra de carne, é a própria lei de Veneza que bate à porta do tribunal — porque o seu direito e o direito de Veneza são um só”.³³ Shylock acreditava na lei; a existência, validade e eficácia do seu título não tinham sido contestadas. A astúcia da argumentação de Pórcia e a decisão do Doge tiram-lhe a ilusão. Aprende, em vez disso, que “não é mais do que o judeu desprezado da Idade Média, a quem se reconhecem todos os direitos para depois defraudar e iludir”.³⁴

Jhering, mesmo após ter sido alvo de ferrenhas críticas, reafirma: “desde o mo-

33. *A Luta pelo Direito*, trad. João de Vasconcelos, p. 98.

34. *Idem*, *ibidem*, p. 99.

mento que a lei de Veneza declarava válido um escrito daquela natureza, o judeu era porventura um patife porque tirava partido dêle, e se nisso se quer descobrir uma cilada deve atribuir-se ao judeu ou à lei a sua responsabilidade?”.

Ascarelli pensa a questão de forma *tutta diversa*: parte do pressuposto de que a oposição revolucionária ao texto normativo pode comprometer a certeza jurídica do direito positivo. Pórcia, com sua estratégia, afirma a validade do pacto; não se revolta, não o ataca. “Mas interpreta-o e, interpretando-o, reduz o contrato a nada”.³⁵ O conflito entre a avença e a exigência moral de condená-la não é resolvido mediante a negativa de execução, mas sim pelo novo ângulo criado pela interpretação.

“A interpretação (...) é uma construção e uma reconstrução que explica, desenvolve, restringe, modifica substancialmente; reconduz-se sempre ao dado interpretado e sempre o modificando. Pórcia parece sorrir para lembrar-nos que cada lei existe, no fim, qual interpretada; cada lei é qual a faz a interpretação que seja acolhida e esta interpretação na realidade reconstrói a lei e pode fazê-la diversa da sua primeira inteligência; transforma-a com o tempo; adapta-a e modifica-a; desenvolve-a ou a reduz a nada. E nesta interpretação se fazem valer as exigências e as convicções do intérprete, assim como aquela condenação moral que, todavia, não se ergue eticamente contra a norma, negando-a, mas se concretiza interpretando-a e plasmando-a (...); respeitando-a e assim respeitando a exigência de ordem e de certeza que esta sempre representa, mas, ao mesmo tempo, transformando-a e, assim, adequando-a a um sempre mutável equilíbrio de contrastantes forças e valorações”.³⁶

35. “Antigone e Porzia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 7, p. 762.

36. No original: “L’interpretazione (...) è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica; sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modi-

Para Ascarelli, deve haver o respeito ao texto, sob pena de comprometer a segurança jurídica, mas esse texto, juntamente com os fatos, há de ser interpretado. Mesmo porque a aplicação do direito, salvo intervenções “extraterrestres”, “não pode ocorrer independentemente de uma interpretação humana”.³⁷

A norma deve ser entendida em função de seu posicionamento no sistema e de uma reconstrução tipológica da realidade, que, por sua vez, não podem prescindir da liberdade do intérprete (liberdade esta que não é, porém, “irracional”).³⁸

Mas Ascarelli, por conta da preocupação com a segurança e certeza jurídicas, coloca limites à liberdade de interpretação. O primeiro diz respeito à obrigatoriedade do respeito ao texto normativo. Para Ascarelli, o texto normativo é uma “semente” a partir da qual a interpretação desenvolve-se. Ao limitar a atuação do intérprete pelo texto, Ascarelli conjuga a atividade de interpretação com aquela legislativa, que: “diminui a amplitude da atividade interpretativa e, por sua vez, responde à necessidade de uma solução autoritária em face de uma fenomenologia nova, que contrasta com valorações diversas. Este contraste é

ficandolo. (...) (O)gni legge è alla fine quale interpretata, ogni legge è quale la fa l’interpretazione che venga accolta e questa interpretazione in realtà ricostruisce la legge e la può fare diversa dalla sua prima intelligenza; la viene trasformando col tempo; la adatta e modifica; la sviluppa o la riduce al nulla. E in questa interpretazione pur si fanno valere le esigenze e le convinzioni dell’interprete, sì che quella condanna morale che tuttavia non si erige eticamente contro la norma negandola, pur si fa operosa interpretandola e plasmandola (...); rispettandola e così rimanendo sensibile a quell’esigenza di ordine e certezza che questa pur sempre rappresenta, ma insieme trasformandola e così adeguandola a un sempre mutevole equilibrio di contrastanti forze e valutazioni” (Ascarelli, “Antigone e Porzia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, cit., p. 763).

37. V. nota 29, *supra*, e “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Il Diritto dell’Economia*, cit., p. 13.

38. “Norma giuridica...”, in *Il Diritto dell’Economia*, ob. cit., p. 8.

solucionado mais facilmente pela via política, ou seja, legislativamente (...). De outra parte, soluções novas muitas vezes importam a instituição ou a disciplina de órgãos especiais — dada a sua freqüente coordenação com uma intervenção pública —, instituição e disciplina que, na maior parte das vezes, dificilmente e lentamente poderiam ser alcançadas por meio da interpretação”.³⁹

Outro limite à liberdade do intérprete referido por Ascarelli diz respeito ao “critério de continuidade”, segundo o qual a norma posta pela interpretação deve ser reconduzível a uma outra.⁴⁰⁻⁴¹ A “necessidade de coordenação da solução com todas as outras”⁴² não pode ser desprezada.

A exigência ética que impõe a cada um a valorização⁴³ da norma levará o intérprete a repelir a reforma ou a fazer a revolução

39. “(D)iminuisce la portata dell’opera dell’interpretazione, e, a sua volta, risponde alla necessità di una soluzione autoritaria di fronte a una fenomenologia nuova nel contrasto di valutazioni diverse. Questo contrasto trova più facilmente soluzione in via politica e perciò legislativamente (...). D’altra parte le nuove soluzioni importano spesso l’istituzione o la disciplina di peculiari organi — data la loro frequente coordinazione con un intervento pubblicistico —, istituzione e disciplina che assai difficilmente e comunque assai lentamente potrebbe essere raggiunta in via interpretativa” (“Norma giuridica...”, in *Il Diritto dell’Economia*, cit., pp. 17-18).

40. Meroni chama a atenção para o fato de que, em alguns textos, Ascarelli refere-se ao *sistema preconstituído* e, em outros, à *norma preconstituída* (*La Teoria dell’Interpretazione di Tullio Ascarelli*, p. 292).

41. A respeito do “critério de continuidade” referido por Ascarelli diz Bobbio: “questo concetto di continuità, nonostante la parte importante che assume nella teoria, non è mai stato svolto analiticamente” (“L’itinerario di Tullio Ascarelli”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, cit., p. CXXVII).

42. “Certeza do direito e autonomia delle parti”, *Problemi Giuridici*, cit., p. 124.

43. Entende Bobbio que a “valorização”, para Ascarelli, é “l’enunciazione di una soluzione non desunta logicamente o tautologicamente dalle premesse poste dal legislatore, ma ricavata da una preferenza che rivela un orientamento personale” (“L’itinerario...”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, cit., p. CXXV).

— segue Ascarelli — e assim será edificante a interpretação. Mantido o “critério de continuidade”, a interpretação confluirá para o contínuo desenvolvimento do direito, tal como vige historicamente em sua positividade.⁴⁴

VI — O papel da jurisprudência segundo Ascarelli. Os tribunais brasileiros e os contratos de distribuição

Para Ascarelli, a jurisprudência é fundamental no desenvolvimento do sistema jurídico: seu objeto não é o mero estudo das normas, mas também da realidade em função das normas, que, por sua vez, são também objeto de estudo para fins de sua aplicação à realidade e, assim, um ordenamento normativo da realidade.⁴⁵ À jurisprudência é reservado papel semelhante ao da prática comercial, porque reconhecerá a interpretação do direito que, a final, deverá prevalecer; ela é crucial na consolidação do critério de continuidade a que tantas vezes se refere Ascarelli como forma de atingir a certeza jurídica.⁴⁶

No caso brasileiro, as principais características do contrato de distribuição difundiram-se antes nos Tribunais do que nas lições doutrinárias. A própria definição do contrato e a identificação de seus elementos essenciais e de sua causa (função econômica) foi trabalho quase que exclusivamente jurisprudencial.

44. “Norma giuridica...”, *Il Diritto dell’Economia*, cit., p. 9.

45. *Idem*, *ibidem*.

46. Na dicção de Ascarelli: “Lo stesso ordinamento processuale, la pluralità delle istanze giudiziarie, il controllo della dottrina e dell’opinione pubblica, che a sua volta si collega con la pubblicità e la motivazione della sentenza, concorrono nel garantire l’osservanza di questo criterio di continuità, il cui giudice definitivo sarà, nè potrebbe essere diversamente, la generale convinzione che finirà o non finirà per accogliere una interpretazione, ora esposta dottrinalmente, ora sorta dall’iniziativa della pratica contrattuale, ora dettata dalla giurisprudenza, e che, accolta, sarà considerata diritto vigente” (“Prefácio” à obra *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*, p. XLI).

Com efeito, são identificados como elementos que se prestam à caracterização dos contratos de distribuição: (i) a existência de várias operações de compra e venda de bens destinados à revenda pelo distribuidor. Tais compras e vendas seriam unificadas por uma identidade de causa; (ii) a remuneração do distribuidor equivale ao lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda; (iii) a propriedade do bem passa do fabricante ao distribuidor e, posteriormente, ao terceiro adquirente. Ou seja, o distribuidor vende um bem de sua propriedade e não faz uma mera intermediação entre o fabricante e o distribuidor final (como ocorre, por exemplo, na representação comercial); (iv) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em uma determinada zona; (v) há vinculação (ou mesmo subordinação) econômica entre o fabricante e o distribuidor.

Para a jurisprudência, os itens (i) a (iv) são, de forma geral, condições *sine qua non* para a caracterização do contrato de distribuição e os verdadeiros elementos que o apartam de alguns contratos típicos, como a representação comercial. Já a determinação da zona de comercialização pode ou não estar presente, assim como a dependência econômica.⁴⁷

Entendem os Tribunais que estamos diante de contrato atípico misto, que deve ser analisado conforme a sua “função econômica”. Desse modo, seus elementos constitutivos não de ser interpretados conjuntamente, consoante sua função econômica (causa), para fins de aquisição de unidade. Nesse sentido, vale analisar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 78.051 (2ª Turma), em 27.8.1974, relatado pelo Ministro Thompson Flores.⁴⁸

47. Para a análise jurisprudencial brasileira dos contratos de distribuição, v. Paula A. Forgioni, *O Posicionamento dos Tribunais perante os Contratos de Distribuição (1980/2000)*.

48. Publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 72/881.

Ao definir o “contrato de concessão de venda com exclusividade”, disse o tribunal: “(t)rata-se de modalidade contratual relativamente nova, que não se ajusta a qualquer dos contratos típicos tradicionais e que surgiu nos países economicamente desenvolvidos, no atual estágio do capitalismo empresarial”.

Ademais, como veremos adiante, nossa jurisprudência já incorporou a idéia de causa como *função econômica* e como elemento indispensável para (i) a caracterização do contrato de distribuição, bem como (ii) sua correta interpretação.

Ou seja, a experiência da jurisprudência brasileira em relação aos contratos de distribuição comercial apenas faz corroborar a tese de Ascarelli sobre a importância da atividade interpretativa, seu caráter de criação e de afirmação do direito vigente.

VII — Função econômica (causa) e o contrato de distribuição conforme a visão ascarelliana

Ascarelli acentua que a que “o problema (...) de elaborar uma disciplina jurídica quanto a contratos que, fruto da prática, são entretanto desconhecidos à lei, é permanente”. A solução — ainda que não definitiva — do problema passa pela análise da *causa* do negócio jurídico. Explica Ascarelli ser necessário distinguirmos, de início, a (i) causa de atribuição patrimonial da (ii) causa do contrato.

A primeira (causa = justificativa da atribuição patrimonial) corresponde ao “sacrifício”, ao “empobrecimento do devedor”, assumindo a função de tutela do devedor.

Já a causa do contrato identifica-se com sua função própria, visada pelas partes “que, assim, determinam a disciplina jurídica aplicável”. A causa (função econômica) é, portanto, indispensável para que se possa aferir a licitude da avença (concedendo os interesses dos contratantes com os interesses gerais), bem como para “iden-

tificar a disciplina jurídica aplicável⁴⁹ ao contrato. Para Ascarelli, há identificação entre causa e “função econômica de cada contrato”, de forma que “constitui objetivamente um elemento identificador do contrato e subjetivamente, um fim comum a ambas as partes e um fim que caracteriza cada contrato de determinado tipo”.⁵⁰

Daí que a causa do contrato (função econômica) permite não apenas sua identificação (mesmo que o contrato seja inominado), mas também a identificação da disciplina jurídica a que está sujeito.

Adotada a lição de Ascarelli e considerada a causa do negócio como função econômica, primordial para a tipificação social, o entendimento e a interpretação do contrato, explica-se a diferença entre uma série de contratos de compra e venda e um contrato de distribuição, porque o principal ponto de distinção está, justamente, na causa do negócio, na sua função econômica.

“A prática comercial multiplica a cada dia mais exemplos de negócios (...), no qual recorrem, combinando-se de várias formas, elementos de vários contratos”. Como exemplo desses contratos, Ascarelli lembra a venda com exclusividade. E, pergunta-se:

49. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 62.

50. O que não impede que os contratos sejam às vezes moldados em virtude de suas especificidades, conforme os interesses das partes: “Em substância, todo negócio é caracterizado por um escopo típico que se destina a realizar e no qual se identifica precisamente a sua causa econômica e jurídica (por exemplo, a troca da coisa pelo preço da venda), mas nada impede, no entanto, seja ele, embora dentro de determinados limites (*aqueles que, em substância, resultam dos chamados elementos essenciais de cada negócio*), disciplinado pelas partes de modo tal que não só possa realizar, imediatamente, o escopo que lhe é típico, mas também, mediadamente, outros objetivos que até adquirem importância predominante na vontade das partes. Perante a fixidez da finalidade típica de cada negócio, é a variabilidade dos motivos que permite a diversidade de configuração deles, e, por conseguinte, a consecução de finalidades ulteriores” (Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 107, nota 44).

estaríamos nesse caso diante de um negócio único ou de uma pluralidade de negócios? Qual o critério que determina a singularidade do contrato? A resposta é simples: “quando as intenções [*intenti*] econômicas das partes são estreitamente conexas entre si, podemos falar de um negócio único”.⁵¹

Note-se que essa exata lição é seguida pelo Supremo Tribunal Federal ao se deparar com o problema: “Todavia, serão tais contratos (...) independentes e autônomos ou constituem o que, na doutrina, se qualifica de contrato misto? Não há dúvida que esses contratos são distintos e autônomos, se considerados, em tese e abstratamente, cada um de per si. Mas não resta dúvida, também ocorre freqüentemente, no comércio jurídico, que duas ou mais formas contratuais de possível coexistência separada podem vir a ter, sob pressão de necessidades ou de conveniências práticas, as suas prestações autônomas, cada uma em sua função típica, reunidas e coordenadas, pela vontade das partes, em um único contrato para realizarem uma só função econômica, que é a sua causa ou o seu fim objetivo. Com efeito: dita pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, podem ser fundidas em um só contrato, sob o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. É preciso assim que todas elas tendam à mesma finalidade econômica. A unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde à unidade do contrato. Não tem importância, no entanto, para a elucidação da unidade ou pluralidade do contrato, como dizem os doutores, a unidade ou pluralidade do documento em que foi firmado, pois um só documento pode conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte, no sentido formal, diversos documentos”.⁵²

51. “Contratto misto, negozio indiretto. ‘Negotium mixtum cum donatione’”, *Studi in Tema di Contratti*, p. 80.

52. Recurso extraordinário 78.051, já mencionado.

Nas observações de Ascarelli sobre a causa no negócio jurídico podemos ainda encontrar subsídios para a relação entre o direito e a economia, sempre vistos como indissociáveis. Não há exagero nas palavras de Ruy Barbosa Nogueira ao referir-se a Ascarelli como o “Mestre na relação direito-economia”.⁵³⁻⁵⁴

A obra de Ascarelli demonstra que o desprezo pelo estudo da causa do negócio não se justifica no direito comercial, na medida em que a função econômica do ato mercantil acaba delineando sua análise jurídica, quer no aspecto interno (que diz respeito à relação jurídica entre os contratantes), quer no aspecto externo do contrato (efeitos da avença sobre a concorrência), pois a causa é a função econômica do negócio e o elo entre o aspecto econômico e aquele jurídico: “A noção de causa do contrato (pouco importando se mencionada ou não mencionada na lei) servirá, por isso, como elemento identificador e classificador dos contratos, o que, por seu turno, servirá para a identificação da disciplina jurídica aplicável; constituirá como traço de união entre o aspecto econômico e o jurídico”.⁵⁵

VIII — Dinâmica de mercado (concorrência) e contratos

Para Ascarelli, desde o início da evolução do direito comercial predomina a “idéia do mercado”.⁵⁶ Parafraçando-o, podemos dizer que a “idéia do mercado” domina o pensamento de Ascarelli.

53. *Tullio Ascarelli e o Direito Tributário do Brasil*, p. 17.

54. Sobre a relação entre direito e economia na obra de Ascarelli, v. Bobbio, “L’itinerario...”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, cit., p. CXXIII, e, também, Pescatore, “Tullio Ascarelli e Luigi Mengoni, o della forma giuridica e del contenuto economico”, in Natalino Irti (org.), *Diritto ed Economia*, pp. 229 e ss.

55. *Panorama do Direito Comercial*, cit., pp. 63-64.

56. *Idem*, p. 23.

Não se trata, por óbvio, da defesa do funcionamento do mercado independentemente da regulação estatal. Autor com conhecimento de história do direito comercial como Ascarelli não sustentaria que um mercado poderia existir sem o direito.⁵⁷

Em sua obra encontramos bem presente a idéia de que o direito comercial é fruto tanto da atividade dos comerciantes (cuja repetição dos modelos contratuais leva à tipificação e, conseqüentemente, ao maior grau de segurança e de previsibilidade jurídicas), como de poderes a eles externos, que visam a tutelar a ordem social. “Na realidade, autonomia privada e administração pública da economia revelam-se ambas instrumentos de política econômica e a falta de intervenção revela-se como instrumento de determinada política econômica”.⁵⁸

Ascarelli vê a concorrência como fenômeno a ser estimulado, ao mesmo tempo em que percebe que os limites ditados pelo Estado perseguem a tutela do interesse público e dos consumidores. Eis algumas de suas principais afirmações a respeito do funcionamento do mercado são as seguintes:

(i) a necessidade de imposição de limites aos pactos privados restritivos da concorrência;

(ii) a disciplina da concorrência desleal encontra seu embasamento nas mesmas finalidades da liberdade de concorrência;

(iii) a exclusividade que deriva da propriedade dos bens imateriais encontra sua

57. No mesmo sentido é o comentário de Irti: “(...) questa intima storicità ci dice che l’economia di mercato non è la soluzione, la risposta a tutte le domande, ma una tra le soluzioni concepibili. (...) L’interesse pubblico vi trova una storica e concreta determinazione, come interesse alla libera concorrenza delle imprese. Principio, che tutela insieme le imprese ed i consumatori, e impedisce — come ben vide Tullio Ascarelli — che il potere economico guadagni la forza e la funzione di potere politico” (*L’Ordine Giuridico del Mercato*, 5ª ed., p. 131 — destaques nossos).

58. “Certezza del diritto e autonomia delle parti”, *Problemi Giuridici*, cit., pp. 128-129.

justificativa na promoção do progresso cultural e econômico, independentemente da qual não poderiam existir.⁵⁹

IX — Exclusividade e controle sobre o preço de revenda: a posição de Ascarelli

O contrato de distribuição costuma agasalhar obrigações que delinearão os contornos da estratégia de escoamento da produção, vistas, por parte da doutrina, como estipulações acessórias do pacto principal. Dentre estas, daremos destaque a duas em especial, que mereceram atenção de Ascarelli: (i) a exclusividade e (ii) a determinação ou sugestão de preços de revenda.

Ascarelli refere-se aos pactos de exclusividade que não têm por escopo diminuir o grau de concorrência entre as partes, mas sim impedir uma ou ambas de “prestarem a própria atividade a terceiros ou de fornecer a terceiros os próprios produtos ou de se valer de terceiros para a satisfação das próprias necessidades ou para a colocação da própria mercadoria e por assim adiante”.⁶⁰

Esses acordos — é ainda Ascarelli quem diz — disciplinam as relações entre sujeitos que exercem atividades econômicas diversas como, por exemplo, o fabricante e o revendedor, regulando aspectos do fornecimento e da revenda. São “contratos normativos externos”, ou seja, que visam a formatar os contratos que as partes futuramente celebrarão com terceiros.

Muito embora não mirem diretamente disciplinar a competição entre os partícipes, podem implicar disfunções concorrenciais na medida em que suprimem de empresários concorrentes a possibilidade de se valerem dos serviços ou dos produtos oferecidos por aqueles vinculados à obrigação de exclusividade.

A exclusividade, em relação a determinados contratos, pode estar prevista em textos normativos específicos. Ascarelli nos dá o exemplo dos contratos de agência, em que é assegurada a exclusividade de zona ao agente, bem como a exclusividade permitida pelo art. 1.567 do *Codice Civile* italiano. No entanto, para Ascarelli, os pactos de exclusividade celebrados sem o abrigo do texto autorizante devem ser contidos em um “conveniente limite” e ter seu fundamento em um interesse socialmente relevante que os justifique.⁶¹ A liberdade de contratar, para ser eficiente, deve limitar a possibilidade de seu “suicídio”, ou seja, a liberdade de contratar demanda a limitação dos pactos que afastam a liberdade de iniciativa.

Ascarelli também identifica as cláusulas que têm por objeto a disciplina do preço a ser praticado pelo revendedor. Os impactos concorrenciais se fazem sentir entre os revendedores e mesmo entre o fornecedor e o revendedor.

Sua obra já identificava que os contratos de distribuição (isto é, as cláusulas que neles geralmente são apostas) encerram duas ordens de problemas: uma primeira, de natureza concorrencial, na medida em que podem levar ao fechamento do mercado e à diminuição da concorrência intramarca (ou seja, entre os distribuidores dos produtos do mesmo fornecedor); e uma segunda, que diz respeito à dependência econômica que pode ser gerada por esses contratos. Como demonstra Ascarelli, a pactuação de determinadas cláusulas e condições contratuais pode transformar o “intermediário em um auxiliar do industrial, respeitando-lhe a autonomia jurídica, mas, na essência, subtraindo-lhe a direção econômica”.⁶²

X — Contrato de distribuição: contrato plurilateral?

Uma das principais contribuições de Ascarelli para a teoria geral do direito foi o

59. *Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali. Lezione di Diritto Industriale*, p. 31.

60. *Teoria della Concorrenza...*, cit., p. 64.

61. *Idem*, p. 66.

62. *Idem*, p. 67.

desenvolvimento do conceito de *contrato plurilateral*, ou seja, aquele que se caracteriza (i) pela possibilidade da participação de mais de duas partes, (ii) por decorrerem do contrato obrigações e direitos para todos os sujeitos e (iii) pela predominância dos interesses “plurilaterais e comuns”.⁶³

Ocorre que o contrato de distribuição é celebrado entre o fornecedor e cada um de seus distribuidores, e não entre o fornecedor e todos os seus distribuidores. O fato de, muitas vezes, essas avenças seguirem cláusulas-padrão não torna possível reconduzi-las a apenas um contrato, a um só negócio jurídico. O contrato de distribuição é bilateral.

Ademais, o fornecedor pode garantir a cada um de seus distribuidores condições de comercialização diversas, sem com isso descaracterizar o contrato de distribuição.⁶⁴

Por fim, os interesses predominantes na distribuição não são “plurilaterais e comuns”, como ocorre nos contratos plurilaterais. Obviamente, tanto o fornecedor quanto o distribuidor buscam o sucesso do empreendimento, mas disso não decorre a supremacia dos interesses comuns. Não se pode deixar de reconhecer a realidade múltipla que informa o contexto econômico e jurídico desse tipo de ajuste, composta de *interesses comuns e de outros conflitantes*, ainda que de forma potencial. O contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, *comunhão de escopo e intercâmbio*.⁶⁵ Por um

lado, as partes unem-se, porque acreditam que a celebração do acordo colocá-las-á em situação mais vantajosa do que aquela em que se encontram (caso contrário sequer realizariam o negócio). Por outro, buscam objetivos diversos, uma vez que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte.⁶⁶

No ponto de equilíbrio desses interesses, será estabelecido o ajuste. Entretanto, por mais que o sucesso de uma empresa dependa da ventura da outra, quase nunca se chega à coincidência perfeita que se entenderá por todo o sempre. Na dicção de Behar-Touchais e Virassamy, citando Hassler, o objetivo comum “*c'est la rencontre heureuse de deux egoïsmes*”.⁶⁷ As áreas

tratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que os caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem” (*Licitação e Contrato Administrativo*, pp. 91-92).

66. A jurisprudência nacional reconhece esse duplo espírito, dando relevo, por vezes, à *comunhão de interesses* entre fornecedor e distribuidor e, por outras, ao conflito. Por exemplo, no recurso de apelação 113.383-4/0, do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando ação indenizatória por denúncia unilateral de contrato de distribuição, analisou-se a possibilidade de ressarcimento de gastos derivados de obrigações impostas à distribuidora por cláusulas contratuais, consideradas abusivas por esta, tais como exigências relativas à frota padronizada, instalações compatíveis com a atividade desenvolvida e taxa de propaganda. Destacou o Tribunal que além de consistirem custos que fazem parte do empreendimento, o caráter da *comunhão de interesses da avença* deveria ser posto em relevo. Ao denegar a pretensão indenizatória enunciou que, se por um lado a fornecedora “beneficia-se da eficiência das distribuidoras, estas, por outro lado, também tiram proveito da fácil e lucrativa comercialização de um produto de consumo geral”. Já na medida cautelar 101.450-4/4, também julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, enfatizou-se o *interesse egoístico da fornecedora* ao denunciar contrato de distribuição. Reputando abusivo o rompimento, compreendeu a Corte que a origem de tal conduta da fornecedora visava ao “*enxugamento*” de seu quadro de distribuidores, “por razões de interesse exclusivo da produtora, para isso se utilizando de mecanismos lesivos à economia das distribuidoras, que, em seguida, tachava de inoperantes, omissas ou incidentes em desempenho insatisfatório, sem razão justificada”.

67. *Les Contrats de la Distribution*, p. 177.

63. Tullio Ascarelli, *O Contrato Plurilateral*, cit., p. 275.

64. Lembre-se, contudo, que a discriminação entre os distribuidores pode caracterizar ilícito antitruste, fazendo incidir o art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994, combinado com o seu art. 21, XII.

65. Nas palavras de Eros Roberto Grau, com base em Jhering: “(n)os contratos de intercâmbio, os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é meu lucro (...). Nos contratos de *comunhão de escopo* (...), os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos con-

decorrentes da atividade empresarial poderão ser *interdependentes*, mas não *comuns*.

XI — Conclusão

É inegável a influência de Ascarelli no direito brasileiro, que se faz ainda mais presente quando da análise de um contrato atípico — brotado da *praxis* comercial e depurado pela análise da jurisprudência —, como aquele de distribuição.

A lógica do mercado nasce atrelada ao direito, porque não há mercado sem direito.⁶⁸ Mas, retomando a lição de Eros Roberto Grau, não podemos falar, concretamente, “no direito”, senão “nos direitos”. A análise histórica conduz à verificação de que a cada modo de produção corresponde um direito próprio e específico, expressão de um direito pressuposto.⁶⁹

O problema é que, como criticava Oswald, “nunca admitimos o nascimento da lógica entre nós”, e isso nos leva a transcurar o nosso direito, especialmente o direito mercantil. A razão parece óbvia: “o esquecimento das conquistas interiores” por muitos “importadores de consciência enlataada”.⁷⁰

“Conquistas interiores” e coletivas que levam à *nossa* lógica, ao *nosso* direito. Se o direito é uma evolução — como diz Ascarelli —, é essa evolução que nos define e permite que nos situemos em nossa realidade. Com ela (e só com ela) podemos compreender o nosso sistema, porque representa nossas “conquistas interiores” e anteriores.

Não apenas o direito comercial, mas o próprio direito brasileiro seria outro não fosse José da Silva Lisboa, o Visconde de

Cairu, ter decidido voltar à Bahia, em 1779, em lugar de exercer o magistério no Colégio das Artes de Coimbra.

Não fosse, no final do século XIX, Carvalho de Mendonça ter descido “até a praça do comércio” de Santos “a fim de surpreender-lhe a vida, na sua flagrante realidade”,⁷¹ recusando a clausura dos autos dos processos que julgava.

Não fosse Tullio Ascarelli ter conseguido atravessar o sul da França, Espanha e Portugal e, em 1940, tomar o navio que o trouxe para o Brasil, onde chegou com cinquenta dólares nos bolsos, três filhos e sua esposa.

No entanto, infelizmente — e sem prejuízo de tudo o que com ele aprendemos —, talvez uma das suas mais importantes lições falte a alguns brasileiros, que se autodenominam “juristas”: o respeito à tradição do nosso direito comercial e da doutrina comercialista brasileira. Muitos nutrem prazer quase mórbido ao atacar nossas origens, esquecendo que renegar nosso passado é renegar a nós mesmos. Pensam como juristas estrangeiros que, quando aqui se fazem ver, confundem hospitalidade⁷² com a subserviência própria dos atrasados. Pessoas que foram identificadas por Ascarelli e que “se comprazem num quadro pessimista do próprio país”; gente que “prefere encerrar-se em sonhos gerais em vez de participar do cotidiano e duro trabalho da criação da riqueza”.⁷³

Mas os que pensam assim são (ou em breve serão) esquecidos; a esperança tipicamente brasileira (tanto elogiada por As-

71. Waldemar Ferreira, *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*, p. 158.

72. A mesma hospitalidade que Ascarelli jamais deixou de louvar e agradecer. Alguns autores chegam a afirmar que Ascarelli não voltou à Itália tão logo finda a guerra por conta da acolhida que recebeu entre nós. Outros dizem que, no Brasil, reconquistou o que lhe era de direito, ou seja, o reconhecimento profissional e acadêmico que forçadamente havia deixado para trás.

73. *Apresentação do Brasil*, trad. Olinto de Castro da 2ª ed. italiana, p. 139.

68. V. Paula A. Forgioni, “A interpretação dos contratos empresariais no novo Código Civil”, *RDM* 130/7.

69. Cf. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed., p. 138.

70. As expressões entre aspas são, respectivamente, do *Manifesto da Poesia Pau-Brasil* e do *Manifesto Antropofágico*, de Oswald de Andrade.

carelli) está em outro canto. Devemos renovar o voto por ele feito ao encerrar suas preleções na cidade de Porto Alegre, no ano de 1944: “que a doutrina comercialista brasileira, continuando na tradição que, com o visconde Cairu, teve um início dos mais gloriosos e que com os dois Carvalho de Mendonça, com Saraiva, Paulo de Lacerda, Lacerda de Almeida, Otávio Mendes, Margarino Torres, Russel, para mencionar apenas alguns nomes ao acaso, têm uma tradição das mais insignes, possa alcançar cumes sempre mais altos, contribuindo ao livre progresso do país”.⁷⁴

Bibliografia

- ASCARELLI, Tullio. “Antigone e Porzia”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Turim, Emilio Bono, ano II, n. 7.
- _____. “Certeza del diritto e autonomia delle parti”, in *Problemi Giuridici*. t. I, Milão, Giuffrè, 1959.
- _____. “*Negotium mixtum cum donatione*”, in *Studi in Tema di Contratti*. Milão, Giuffrè, 1952.
- _____. “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Il Diritto dell’Economia*. Ano I, n. 10, 1955.
- _____. “O contrato plurilateral”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Saraiva, 1946.
- _____. *Apresentação do Brasil*. Trad. Olinto de Castro da 2ª ed. italiana. São Paulo, Sal Ed., 1952.
- _____. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1947.
- _____. *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*. Milão, Giuffrè, 1952.
- _____. *Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali. Lezione di Diritto Industriale*. Milão, Giuffrè, 1956.
- _____. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.
- ASQUINI. “Nell’anniversario della morte di Tullio Ascarelli”, in *Rivista delle Società*. Milão, Giuffrè, 1960.
- BARBIERI, Giorgio, e FRIGNANI, Aldo. “Contratti della distribuzione”, in *Il Diritto del Commercio Internazionale*. 2ª ed., Itália, Ipsoa, 1990.
- BEHAR-TOUCHAIS, e VIRASSAMY. *Les Contrats de la Distribution*. Paris, LGDJ, 1999.
- BOBBIO, Norberto. “L’itinerario di Tullio Ascarelli”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. t. I, Milão, Giuffrè, 1969.
- BRITO, Maria Helena. *O Contrato de Concessão Comercial*. Lisboa, Coimbra Ed., 1990.
- BUONOCORE. *Manuale di Diritto Commerciale*. 3ª ed., Turim, Giappichelli, 2001.
- FERREIRA, Waldemar. *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*. Lisboa, Empresa do Anuário Comercial, 1933.
- FERRI. “Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. t. I, Milão, Giuffrè, 1969.
- FORGIONI, Paula A. “A interpretação dos contratos empresariais no novo Código Civil”, in *RDM* 130, 2003.
- _____. *O Contrato de Distribuição*. Ed. RT, no prelo.
- _____. *O Posicionamento dos Tribunais perante os Contratos de Distribuição (1980/2000)*. São Paulo, Núcleo de Pesquisas e Publicações da Escola de Administração de Empresas de São Paulo — Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. Discurso publicado em *Medalha Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro, Instituto dos Advogados, 2003.
- _____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- IRTI, Natalino. *L’Ordine Giuridico del Mercato*. 5ª ed., Roma, Laterza, 2003.
- JHERING. *A Luta pelo Direito*. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro, Forense, 1972.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- KORAH, VALENTINE, e ROTHNIE. *Exclusive Distribution and the EEC Competition*

74. *Panorama do Direito Comercial*, cit., p. 229.

- Rules*. 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1992.
- MERONI. *La Teoria dell'Interpretazione di Tullio Ascarelli*. Milão, Giuffrè, 1989.
- PESCATORE. "Tullio Ascarelli e Luigi Mengoni, o della forma jurídica e del conteúdo economico", in IRTI, Natalino (org.), *Diritto ed Economia*. Pádua, Cedam, 1999.
- REALE, Miguel. "A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli", in *RDM* 38, 1980.
- REBUFFA. *Max Weber e la Scienza del Diritto*. Turim, Giappichelli, 1989.
- RHEINSTEIN, Max. "Introdução" à obra *Law in Economy and Society*, de Max Weber, cit.
- TAVEIRA TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- Tullio Ascarelli e o *Direito Tributário do Brasil*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Tributário e Resenha Tributária, 1979.
- VIDARI. "Lewin Goldschmidt", in *Scritti Varii*. Milão, Hoepli, 1908.
- VIRASSAMY. *Les Contrats de Dépendance*. Paris, LGDJ, 1986.
- WEBER, Max. *General Economic History*. Trad. para a língua inglesa de Frank H. Knight. Glencoe, The Free Press, 1950.
- _____. *Law in Economy and Society*. Trad. para a língua inglesa de Edward Shils. Cambridge, Harvard University Press, 1954.