

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 19**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho  
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**julho / dezembro de 2016**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

**Editores:** Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

**Conselho Editorial:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

**Pareceristas Deste Número:** Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Samuel Max Gabbay (IFRJ).

**PATROCINADORES:**

**CAMPINHO**  
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA**  
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 19 (julho/dezembro 2016)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicada no segundo semestre de 2018.

# **ANÁLISE COMPARADA DOS TIPOS CONTRATUAIS DE CONCESSÃO COMERCIAL E DE FRANQUIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: A BUSCA PELA DELIMITAÇÃO DA MIRÍADE LEGISLATIVA<sup>1</sup>**

## **A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CONTRACTS OF COMMERCIAL DISTRIBUTION AND FRANCHISE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE SEARCH FOR THE DELIMITATION OF THE APPLICABLE LEGAL**

*André Brandão Nery Costa*

*Resumo:* O artigo examina em perspectiva comparada os tipos contratuais de distribuição e de franquia no ordenamento brasileiro. Este apresenta algumas peculiaridades ao disciplinar tais contratos. Existe dúvida sobre a tipificação do contrato de distribuição, que, para alguns, teria sido previsto com o Código Civil de 2002. Ainda, a sua subespécie, o contrato de concessão comercial de veículos automotores terrestres, foi prevista por lei da década de setenta. Para completar o quadro, o contrato de franquia empresarial também se encontra tipificado, com definição legal divergente daquela normalmente atribuída pela prática comercial. Diante desse complexo quadro legal, serão definidos os limites da aplicação das normas referidas e como pode ser promovida a sua harmonização.

*Palavras-chave:* Contrato de distribuição. Contrato de franquia. Tipo contratual.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 19.04.2018 e aceito em 26.10.2018.

*Abstract:* The article examines the contractual types of commercial distribution and franchise in the Brazilian legal system, which rules these contracts in a peculiar way. There is still doubt about the typification of the distribution agreement with the Civil Code of 2002. Also, its subspecies, the contract of distribution of automotive vehicles, was typified by law during the seventies. To complete the picture, the franchise agreement is also disciplined, with a legal definition that differs from the one usually attributed by commercial practice. Faced with this complex legal framework, the limits of the application of the referred rules will be defined and how their harmonization can be promoted.

*Keywords:* Distribution agreement. Franchise agreement. Contract type.

*Sumário:* 1. Introdução. 2. A diferenciação dos interesses nos tipos contratuais de concessão comercial e de franquia em comparação com os tipos de agência e de representação comercial autônoma. 3. A caracterização do tipo contratual de distribuição. 3.1. O contrato de distribuição (ou agência-distribuição) do Código Civil. 3.2. O contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. 4. O tipo do contrato de franquia. 5. Síntese conclusiva.

## **1. Introdução.**

O contrato de distribuição,<sup>2</sup> um dos instrumentos contratuais mais utilizados para a operacionalização do sistema de distribuição

---

2 O presente texto usa indistintamente os termos distribuição, de maior difusão na doutrina, e concessão comercial, adotado pela Lei nº 6.729/1979, que disciplina o contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. As partes do contrato denominam-se, no primeiro caso, produtor e distribuidor. Como recomendado por autorizada doutrina (cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 464), as denominações concessionário e concedente serão evitadas. Elas possuem outros conceitos jurídicos, o que torna necessário o seu uso em menor frequência e assegurado de clareza contextual.

vertical integrado, não se encontra disciplinado em lei.<sup>3</sup> A construção dessa figura contratual foi moldada pela prática mercantil reiterada, o que pautou a consciência dos operadores jurídicos da existência de contrato com determinada configuração. Existe diversidade de figuras próximas a esse contrato. O contrato de franquia<sup>4</sup> apresenta diversos elementos similares ao contrato de distribuição, o que torna a sua diferenciação assaz difícil. O tipo contratual de agência e representação comercial autônomo,<sup>5</sup> também empregados no processo de distribuição, são comparados aos tipos antes indicados.

Não existe disciplina completa e sistemática a respeito dos contratos responsáveis por permitir a realização do processo de distribuição integrado. O contrato de distribuição não possui regulamentação específica, exceto do seu subtipo, o contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. O contrato de franquia possui no ordenamento brasileiro disciplina legislativa, mas não é regulado minuciosamente por ela.

A proximidade das características desses contratos, voltados à mesma finalidade de promover a distribuição de produtos e serviços, aliada à inexistência de disciplina completa e sistemática, instigou a doutrina, sobretudo estrangeira, à elaboração de classificação unitária de tais contratos. Eles se agrupariam como contratos de distribuição.

---

3 Existe, todavia, entendimento doutrinário no sentido de que o Código Civil, ao regulamentar o tipo contratual de agência e distribuição, previsto nos arts. 710 a 721, teria conferido uma disciplina geral ao contrato de concessão comercial. Essa discussão será abordada no item 2.1.

4 Esse contrato será tratado no capítulo 3. Em resumo, trata-se de contrato de origem americana, também denominado contrato de *franchising*, tendo como objetivo a transmissão de fórmula empresarial a ser empregada de acordo com as instruções e sob supervisão da contraparte. A Lei nº 8.955/1994 disciplina o contrato de franquia empresarial. Essa legislação apresenta algumas peculiaridades, a serem expostas e debatidas ao longo do presente texto, especialmente no item mencionado.

5 Em trabalho ainda não publicado pelo autor (“Efeitos legais do conflito tipológico entre o contrato de agência e de representação comercial autônoma”), defende-se a identidade dos tipos contratuais de agência e de representação comercial autônoma; por isso, o seu tratamento no presente artigo será em conjunto, bem como um será usado de maneira intercambiável com o outro.

Esse tratamento unitário permitiu a introdução de relevantes questões na discussão doutrinária, como se verificou com as importações da perspectiva do ordenamento americano na obra de Roberto Pardolesi, *I contratti di distribuzione*.<sup>6</sup> Em Portugal, após auxiliar a elaboração do projeto de legislação sobre o contrato de agência, António Pinto Monteiro também tratou dessa categoria na obra *Contratos de distribuição comercial*.<sup>7</sup>

Especialmente no país lusitano, o sucesso desse tratamento em conjunto decorre da possibilidade de utilizar o regime do contrato de agência aos demais tipos contratuais.<sup>8</sup> O tratamento analógico de suas disposições aos demais contratos é amplamente aceito em doutrina<sup>9</sup> e em jurisprudência.<sup>10</sup> Ainda que normas possam ser aplicadas dessa maneira, é necessário verificar, minuciosamente, os elementos individualizantes de cada contrato, sob pena de aplicar equivocadamente a disciplina legal.<sup>11</sup> Em relação ao direito brasileiro, além de

---

6 Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. Nápoles: Jovene, 1979.

7 Cf. MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.

8 Com a centralidade do contrato de agência no ordenamento português, a doutrina, nas palavras de Fernando Pinto, elevaria o dever de promoção negocial a centro de gravidade de todos os contratos que realizam a distribuição integrada (PINTO, Fernando Ferreira. *Contratos de Distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p. 97).

9 Menezes Cordeiro. *Direito Comercial*. Almeida: Coimbra, 2012, p. 745; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 315. Entretanto, a aplicação analógica não pode ser compreendida como a simples extensão das disposições do contrato de agência aos demais. António Pinto Monteiro, por exemplo, indica diversos requisitos para a aplicação analógica dos contratos de distribuição, especialmente destinados a examinar a finalidade da norma (MONTEIRO, op. cit., p. 62).

10 A indicação da jurisprudência é enumerada por PINTO, op. cit., p. 97.

11 Existem críticas à postura de aplicação analógica da disciplina do contrato de agência aos demais contratos de distribuição. Fernando Pinto critica a hegemonia atribuída ao regime do contrato de agência e a simplificação da análise conduzida, especialmente na pouca aderência à realidade na identificação do contrato de franquia e concessão comercial com a promoção das atividades da contraparte e no tratamento unitária das modalidades de retribuição de tais



possuir peculiaridades em sua legislação, não existe difusão de entendimento, seja doutrinário,<sup>12</sup> seja jurisprudencial,<sup>13</sup> destinado a eleger determinado regime legal a ser aplicados aos demais. Essa circunstância e as críticas elaboradas contra o posicionamento no direito português permitem concluir pela inconveniência, no direito brasileiro, da tentativa de elaborar no direito brasileiro a categoria dos contratos de distribuição.<sup>14</sup>

O quadro normativo descrito impõe acurada análise da sua articulação para trazer luz sobre as múltiplas relações entre as disciplinas legislativas, evitando confusões a respeito do campo de atuação de cada uma. É necessário também, para esse trabalho, estabelecer os contornos de cada contrato, mesmo que não seja tipo legalmente disciplinado. Com esses objetivos, o artigo focalizará nas relações entre o contrato de distribuição, seu subtipo, assim como o contrato de franquia, que, com eles, compartilha inúmeros elementos de identificação. Antes, porém, de examiná-los, impõe-se o estudo da diferenciação deles dos tipos contratuais de agência e de repre-

---

contratos (PINTO, op. cit., p. 94-98). Essas diferenças entre os tipos contratuais emergirão ao longo do presente artigo, que busca distinguir esses tipos em perspectiva comparada.

12 Embora sem atribuir valência prática, Paula Forgioni indica que tais contratos deveriam ser enquadrados na categoria de contratos *da* distribuição, nomenclatura em oposição ao conceito de contrato *de* distribuição (FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118). Carlos de Oliveira (DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer. Contrato de distribuição. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, v. V, p. 319-20) critica a categoria por criar confusão com o termo distribuição que seria polissêmico. Para Vera Helena Franco (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253), os contratos de distribuição integrariam o contrato de colaboração empresarial.

13 O Superior Tribunal de Justiça, em posicionamento atualmente consolidado, não aplica de maneira analógica regime do contrato de distribuição de veículos automotores (Lei nº 6.729/1979) ao contrato de distribuição (a indicação exemplificativa desse entendimento encontra-se na nota 77). A incidência analógica do regime do contrato de agência não é devidamente explorada pela jurisprudência.

14 O posicionamento adotado no texto deve ser contextualizado. A opinião considera as circunstâncias atuais da jurisprudência e doutrina brasileiras. O trabalho de elaborar regime idôneo a ser aplicado aos demais, de difícil construção e difusão no momento, pode se tornar instrumento no futuro adequado para disciplinar essas relações contratuais.

sentação comercial autônoma. Estes também possuem ativo emprego no processo de distribuição integrado de produtos e serviços.

## **2. A diferenciação dos interesses nos tipos contratuais de concessão comercial e de franquia em comparação com os tipos de agência e de representação comercial autônoma.**

Os tipos de agência e de representação comercial autônoma possuem estruturação dos interesses diversa dos tipos de concessão comercial e de franquia, pelo que podem ser tratados como dois grupos autônomos com base nessa distinção. O exame da estruturação dos interesses típicos de tais contratos não é realizado com a frequência necessária pela doutrina com o intuito de diferenciá-los. As distinções apontadas por ela para permitir a identificação desses tipos contratuais – de natureza muito próxima – não são capazes de esclarecer integralmente a diversa dinâmica contratual, provocando incompreensões e equívocos em sua qualificação.

Em obra de referência, António Pinto Monteiro lista as características capazes de distinguir o contrato de agência daquele de distribuição (e, por extensão, como se verá, também daquele de franquia). O distribuidor age em seu nome e por conta própria. Para tanto, ele adquire a propriedade da mercadoria para revendê-la no mercado, assumindo o risco de comercialização. Os elementos acessórios, v.g. possuir exclusividade para atuação em determinada zona, bem como se vincular à prestação de serviço de assistência técnica, são também enumerados como fatores de diferenciação.<sup>15</sup> As caracte-

---

15 Eis a lição de António Pinto Monteiro: “a) Ao contrário do agente, o concessionário age *em seu nome e por conta própria*; b) Diversamente do que sucede com o agente, o concessionário, em regra, *adquire a propriedade* da mercadoria; c) É que, ao contrário do agente, o concessionário é um comerciante que *compra para revenda*, estando muitas vezes obrigado a adquirir determinada quota mínima de bens; d) Daí que o concessionário assuma o *riscos da comercialização*, podendo o seu prejuízo ser avultado, se não conseguir vender os bens que adquiriu ao concedente; e) Beneficiando, normalmente, do *direito de exclusivo*, o concessionário detém

rísticas apontadas, de fato, diferenciam o contrato de distribuição daquele de agência. Elas, porém, não explicam completamente a razão de tais distinções.<sup>16</sup> Trata-se, na verdade, de elenco das consequências da própria estruturação diversa dos interesses entre, de um lado, os contratos de agência e de representação comercial autônoma e, de outro, os contratos de concessão comercial e de franquia.

Nos contratos de agência, o agente atua prevalentemente no interesse do principal.<sup>17</sup> Daí se aduz que o agente corresponde a um colaborador do principal, devendo cooperar com ele com vistas a realizar o fim contratual.<sup>18</sup> Nesse sentido, de acordo com António Pinto Monteiro, o contrato de agência seria considerado contrato de gestão de interesses alheios e, também, contrato de colaboração ou de cooperação.<sup>19</sup> A atuação no interesse da contraparte, característica marcante também dos tipos contratuais de mandato e de comissão mercantil, consiste, na lição de Fernando Pessoa Jorge, em agir em

---

o monopólio da venda desses bens em certo território (razão por que se designa, por vezes, de 'distribuidor'), o que tem suscitado, em alguns casos, problemas delicados, no âmbito comunitário (por força do art. 81º do Tratado de Roma); f) As obrigações do concessionário, perante o concessionário, perante o concedente, não cessam com a alienação dos bens, estando igualmente vinculado a prestar assistência *pós venda* aos clientes, mediante pessoal especializado e meios técnicos idôneos" (MONTEIRO, op. cit., p. 114-115). A doutrina nacional não diverge em substância dessa diferenciação. Entre tantos, confira-se GOMES, op. cit., p. 463-464. A apresentação das características do contrato de distribuição será explorada no capítulo 2.

16 As distinções *a*, *b*, *c* e *d*, no trecho da obra do autor português, se assemelham, sendo cada uma corolário da outra. As características *e* e *f* não representam necessariamente fatores de distinção. A exclusividade em determinada área de atuação é inerente ao contrato de agência por força do art. 711 do Código Civil. Esse elemento pode estar disciplinado no contrato de distribuição, mas não é obrigatória a sua presença; esta necessariamente deve ser expressamente pactuada. É comum, por outro lado, o contrato de previsão do encargo pelo distribuidor de assistência técnica ante aos consumidores dos produtos e serviços. Essa característica, todavia, é admitida no tipo do contrato de agência, noção reforçada pela parte final do artigo 1º da Lei nº 4.886/1968.

17 MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*: anotação ao decreto-lei nº 178/86, de 3 de julho. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 55; PINTO, op. cit., p. 139.

18 MONTEIRO, op. cit., p. 55.

19 Ibidem, p. 55.

benefício ou vantagem de outrem, defendendo e perseguindo aquilo que se sabe ou se pensa ser do interesse da contraparte.<sup>20</sup>

Reflexo dessa atuação do agente no interesse do principal corresponde à modalidade mais comum de sua remuneração. O agente e o representante comercial, embora não seja essencial para a configuração desses tipos contratuais, remuneram-se por meio de comissões fixadas em percentual no valor do negócio realizado. O agente se incentiva a atuar em favor do principal, pois o sucesso deste acarretará necessariamente o êxito daquele. O cumprimento da sua obrigação principal, a promoção dos negócios do principal, deve ser realizado considerando a coincidência dos interesses destes com os do proponente. Mesmo na hipótese de se erigir no âmbito do vínculo contratual deveres acessórios, como aqueles de armazenagem e de prestação de serviço pós-venda, em razão dos quais o agente e o representante assumem maiores riscos e responsabilidades, a configuração de interesses não será em princípio alterada. O agente continuará a agir no interesse do principal, a despeito da existência de tais obrigações, de maneira a auferir vantagens com a promoção de negócios a favor deste.

Não cabe confundir tal estruturação com os interesses típicos dos contratos de concessão comercial e de franquia. Nestes, a atuação do concessionário e do franqueado não é exclusiva no interesse do produtor. Em tais tipos, a configuração dos interesses é mais complexa;<sup>21</sup> o interesse do produtor, de que os seus produtos e serviços sejam transmitidos aos consumidores sob determinado parâmetro de conduta de distribuição, convive com interesses individuais do con-

---

20 JORGE, Fernando Pessoa. *O mandato sem representação*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 184.

21 Na doutrina nacional, v. entendimento de Paula Forgioni: “[n]ão 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 em forma potencial. O contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, de comunhão de escopo e de intercâmbio” (FORGIONI, op. cit., p. 118).

cessionário e do fraqueado, que nem sempre se alinham com aquele do fornecedor.<sup>22</sup> Convivem no bojo de tal contrato de interesses compartilhados e egoístas em permanente tensão.<sup>23</sup>

A caracterização dessa estrutura de interesses transpõe-se para o plano contratual por meio de disciplina contratual, de tal modo que o processo econômico de distribuição seja realizado em conformidade com as determinações do produtor, especialmente nas hipóteses em que os distribuidores atuam com a sua marca.<sup>24</sup> Ele estandardiza a totalidade da rede distributiva constituída, tornando possível a coordenação unitária da rede contratual.<sup>25</sup> A colaboração entre o produtor e o distribuidor consiste na consecução de finalidades contratuais comuns. Em tais contratos, as partes buscam melhorar a distribuição dos produtos e serviços do fornecedor partilhando as vantagens daí advindas. Os resultados positivos decorrentes da atua-

---

22 Exemplo fornecido por Fernando Pessoa Jorge capta a estruturação diversa de tais interesses. Trata-se de exemplificação da diversidade de atuação de mandatário no cumprimento de sua função contratual (atuando no interesse do mandante) e de grossista. No âmbito de mandato com objeto a venda de determinada coisa, o mandatário, ao atuar no interesse do mandante, deve procurar, atento às circunstâncias concretas do caso, vendê-la pelo mais alto preço possível, ainda que existente preço mínimo, não lhe sendo permitido fazer sua a diferença entre o preço. Já o grossista não está obrigado a vender o bem pelo melhor preço e pode extrair o seu lucro a diferença entre o valor de venda e de aquisição. Cf. JORGE, op. cit., p. 185.

23 Cf. PINTO, op. cit., p. 140: “[p]ois, a verdade é que tais contratos envolvem quase sempre correlações de interesses muito complexas, verificando-se neles a presença simultânea de (e uma constante tensão entre) interesses *individuais* e interesses *colectivos* e uma permanente sobreposição de elementos *cooperativos* e *competitivos*. Desse ponto de vista, trata-se de conformações negociais autenticamente *híbridas*, que estão para além das conjunções tradicionais de interesses”.

24 “Com efeito, se pode dizer que, através de tais contratos, ambas as partes prosseguem o escopo de melhorar a distribuição dos produtos e serviços do fornecedor, procurando partilhar as vantagens económicas daí advinentes, também se afigura exacto afirmar que tal objectivo corresponde, precipuamente, a um interesse do fornecedor, em cuja concretização o distribuidor se obriga a colaborar” (PINTO, op. cit., p. 140).

25 CASSANO, Giuseppe. Introduzione. In: CASSANO, Giuseppe (Coord.). *I contratti di distribuzione. agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 12.

ção do concessionário e do franqueado, promovendo a venda de mercadorias, permitirá, em princípio, que tanto ele, quanto o produtor lucrem com a sua atividade.<sup>26</sup>

No entanto, ao mesmo tempo em que perseguem tais interesses comuns, tanto o produtor, quanto o concessionário e o franqueado são independentes e possuem objetivos imediatos divergentes: estão interessados em obter as maiores vantagens com a sua atividade, controlando os seus custos e incrementando as fontes de renda.<sup>27</sup> A persecução de tais interesses individuais pode acarretar que o nível de colaboração do distribuidor seja inferior àquele construído contratualmente.<sup>28</sup> Na medida em que a atividade empresarial realizada pelo concessionário e pelo franqueado permite a sua desvinculação do produtor, eles podem atuar considerando também o seu interesse

---

26 Nesse sentido, Paula Forgioni afirma: “[p]or um lado, as partes unem-se, porque acreditam que a celebração do acordo colocá-las-á em uma situação melhor do que aquela em que se encontram (caso contrário nem sequer realizariam o negócio). [...] O principal interesse convergente no contrato de distribuição é o *sucesso da colaboração do produto junto ao mercado consumidor*, o que faz com que fornecedores e distribuidores busquem o bom êxito recíproco das atividades econômicas. Em regra, *quanto maiores as vendas, maiores o escoamento da produção e os possíveis lucros de ambas as empresas*. Obviamente, fabricar e revender mercadoria com aceitação do público é bem mais proveitoso do que comercializar algo que, por um motivo ou por outro, encalha nas prateleiras” (FORGIONI, op. cit., p. 118-122).

27 Explora essa circunstância Paula Forgioni, para quem “[p]or outro, buscam objetivos diversos, uma vez que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte. [...] O conflito central entre as partes do contrato de distribuição deriva das diversas atividades econômicas desenvolvidas por um e por outro. *Fornecedores enfrentam a concorrência entremarcas; distribuidores, a competição intramarca e entremarcas*. O fabricante – que tem na mira as vendas globais de seus produtos – pode preferir o aumento total do grau de escoamento, ainda que isso cause prejuízo para alguns de seus revendedores. Para o distribuidor, as vendas dos outros integrantes da rede podem significar a perda de vendas próprias. *O fornecedor tem em mente a distribuição global do seu produtor; o distribuidor, as vendas que ele próprio concretiza*” (Ibidem, p. 119).

28 PINTO, op. cit., p. 193. De acordo com Paula Forgioni, os interesses conflitantes no seio dos contratos de distribuição (e, por extensão, também aquele) de franquia podem ser explicados em razão de tendencialmente as margens de lucros serem inversamente proporcionais (isto é, ao aumentar a margem do fornecedor, reduz-se aquela do distribuidor e vice-versa), principalmente quando existe concorrência entremarcas, o que afastaria a ideia de que a álea das partes seria conjunta em tais tipos (cf. FORGIONI, op. cit., p. 123).

próprio de elevar os lucros, mediante o aumento das receitas e a diminuição das despesas.<sup>29</sup> Por exemplo, o concessionário e o franqueado, mesmo diante do dever de colaboração, podem elevar o preço de suas mercadorias, o que lhe proporcionaria maiores lucros, ainda que isso cause prejuízos aos demais revendedores integrantes da rede contratual. Eles poderiam também se aproveitar da marca do fornecedor apenas na medida em que ela lhes permita elevar os seus lucros; também podem subinvestir em qualidade dos bens e serviços que oferecem, uma vez que o distribuidor não capta integralmente os benefícios proporcionados por uma conduta ótima, assim como não suporta a totalidade das consequências da redução de tais benefícios. Ambas essas consequências se partilham por toda a rede de distribuição. Por isso, Fernando Ferreira Pinto argutamente ressaltou que os contratos de concessão comercial e de franquia estão longe de corresponder a estruturas unidimensionais e a colaboração que requerem está muito distante de ser simétrica e de constituir uma dimensão exclusiva do negócio.<sup>30</sup>

Diante dessa estruturação dos interesses, é necessária a presença nesses contratos, especialmente naqueles qualificados como de concessão comercial e de franquia, para o seu desenvolvimento sadio, de mecanismos de incentivo e de controle que obriguem o concessionário e o franqueado a não impor os seus próprios interesses em detrimento daqueles do fornecedor.<sup>31</sup> O ajuste contratual será,

---

29 “Por outro lado, revela-se igualmente óbvio que, mesmo considerando a realização a realização desse objectivo como um desiderato *comum* (e partilhado, em boa medida por todos os membros da rede), os interesses das partes não se encontram, em relação a ele, completamente alinhados, tornando-se imprescindível que o contrato contemple mecanismos de incentivo e de controlo que levem a que o distribuidor não anteponha os seus próprios interesses – em vários aspectos divergentes e mesmo conflitantes – àquele interesse do fornecedor” (PINTO, op. cit., p. 140). Cf. FORGIONI, op. cit., p. 123. Essa autora enumera as hipóteses em que pode haver interesses conflitantes: no estímulo à concorrência intramarca, na imposição de preços de revenda; na quebra de territórios na aquisição de estoques mínimos; na aquisição de outros bens ou serviços não relacionados com o objeto principal.

30 PINTO, op. cit., p. 141.

31 Idem, p. 141.

portanto, o ponto do delicado equilíbrio de tais interesses.<sup>32</sup> Daí a estipulação de cláusulas de limitação da autonomia do distribuidor que impõem a observação de padrões de qualidade e restrição à liberdade de fixação de preço de produtos, bem como mecanismos de fiscalização e de controle, instituídos para verificar se atividade do distribuidor encontra-se dentro do parâmetro estabelecido contratualmente.<sup>33</sup>

### **3. A caracterização do tipo contratual de distribuição.**

Apontadas as diferenças de estruturação dos interesses dos contratos utilizados no processo econômico de distribuição, serão examinadas as características do contrato de distribuição, incluindo o seu subtipo com objeto a distribuição de veículos. Com o escopo de fornecer o contorno inicial da definição, o contrato de concessão comercial corresponde à relação na qual o produtor se obriga a vender certos produtos e a contraparte se vincula a adquiri-los e revendê-los, em seu nome e por sua conta. A relação econômica subjacente permite viabilizar o escoamento da produção até chegar ao consumidor por meio da aquisição dos produtos a serem transmitidos ao mercado.<sup>34</sup> Esse processo de revenda realiza-se conforme as diretrizes e sob a supervisão do fabricante.

A primeira dificuldade encontrada consiste na ausência de contornos precisos desse tipo contratual. Não existe disciplina geral

---

32 FORGIONI, op. cit., p. 123.

33 Acrescenta o autor: “[t]odavia, como entretanto se advertiu, a prévia especificação do comportamento contratual exigido ao distribuidor será sempre *incompleta*, fruto da impossibilidade de se antecipar, com um mínimo de rigor ou sem incorrer em inoportáveis custos de transação, todos os aspectos relevantes da conduta prestacional ou todos os eventos que, futuramente, podem influir no relacionamento entre as partes. Posto isto, fica novamente aberta a porta para que o distribuidor, tirando vantagem dos elementos não especificados do contrato, adote decisões e efectue escolhas predominantemente guiadas pelo seu interesse individual, o que pode acarretar *elevados custos de eficiência*” (PINTO, op. cit., p. 195-196).

34 OLIVEIRA, op. cit., p. 318.



dos contratos de distribuição. Trata-se de tipo social, contrato que não encontra regulamentação na lei mas corresponde a esquema contratual consolidado na prática mercantil.<sup>35</sup> Não se pode, por isso, ao conceituar o tipo do contrato de concessão comercial com traços bem marcados e definitivos.<sup>36</sup> Esses contornos fluídos também são explicados por ele possuir geometria variável por assumir diversas funções, moldadas de acordo com a autonomia das partes. Elementos acessórios não podem defini-lo, sob pena de reduzir o seu espectro de utilização.<sup>37</sup>

Antes de indicar os elementos para a sua configuração, sobressaem algumas características do contrato de distribuição, que também se aplicam ao contrato de franquia. Ele é considerado contrato de duração. Para executar a sua prestação e permitir o acesso ao consumidor de bens e serviços, o relevo temporal é imprescindível: o desenvolvimento e cumprimento das obrigações exige o decurso de tempo para o seu aperfeiçoamento.<sup>38</sup> Esse tipo também se caracteriza

---

35 A ausência de tipificação legal do contrato também ocorre nos demais ordenamentos (cf. PINTO, op. cit., p. 59).

36 Discorda-se, portanto, da tentativa de parcela da doutrina de identificar no contrato de distribuição, como tipo construído socialmente, elementos estáticos e essenciais para a sua configuração. Como será examinado, existe núcleo do contrato que pode ser descrito; porém, com contornos fluídos e com elasticidade conceitual mais elevada em comparação a definições legais. Em parecer sobre contrato de distribuição de petróleo e derivados, Nelson Nery enumera os elementos necessários a caracterizar referido contrato. A maior parte das características ali indicadas vão ao encontro da descrição do tipo elaborada no presente artigo, mas o autor não se preocupou em conferir tonalidade menos certa. Ainda, é questionável a inclusão como elemento essencial a delimitação de zona geográfica para o seu exercício; existem hipóteses em que essa determinação não está presente (cf. NERY JUNIOR, Nelson. Contrato de distribuição de petróleo e derivados: aspectos materiais e processuais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 23, p. 305-332, 2005).

37 Destaca essa perspectiva Fernando Pinto: “Na perspectiva do seu conteúdo, o contrato apresenta, no entanto, uma geometria variável, na medida em que o seu objeto mediato pode abranger uma vasta gama de produtos, sendo também muito diversificada as funções concretas que o concessionário pode ser chamado a desempenhar” (PINTO, op. cit., p. 62).

38 A respeito do contrato de duração, cf. a clássica lição de Giorgio Oppo (OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista del Diritto Commerciale* e del Diritto Generale delle Ubbligazioni, v.

por ser complexo, no qual convergem para a sua configuração diversos elementos de outros contrato, sem, todavia, se identificar com nenhum deles, tampouco com a sua adição.<sup>39</sup> A sua estrutura é normalmente formada por contrato-quadro, convenção que institui a moldura regulamentar genérica, com ausência de especificação de algumas características relevantes, como o volume de aquisição, data de entrega, mas contendo direitos e deveres das partes. No seu conteúdo, evidenciam-se especialmente o dever de emitir declarações de vontade para a formação dos contratos de execução, cuja disciplina se encontra previamente estabelecida.<sup>40</sup> A estrutura do contrato-quadro se mostra instrumento adequado para o alcance dos interesses das partes, por se tratar de regulamento que exige cooperação (capítulo 1, *supra*), com contínuo fluxo de negócios entre as partes e entre estas e terceiros.<sup>41</sup>

Na estrutura das obrigações, o distribuidor adquire produtos do fabricante e deve revendê-los ao mercado consumidor, em seu nome e por sua conta.<sup>42</sup> A atividade de revenda das mercadorias se mostra a característica marcante do tipo de distribuição para viabilizar

---

41, p. 143-180, 1943). Veja-se também GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto*. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata. Giuffrè: Milão, 2007. Na doutrina nacional, confira-se FORGIONI, op. cit., p. 111; e PINTO, op. cit., p. 103-111).

39 Nesse sentido, opinião de Fernando Pinto: “O contrato de concessão comercial corresponde, desta forma, a uma negócio atípico e complexo, em que convergem elementos de diversos modelos contratuais previstos na lei, mas que não se identifica totalmente com qualquer um deles. Antes, o que nele se verifica é uma mistura de tipos, concorrendo notas da compra e venda e do fornecimento, justamente com a prestação de serviços e a gestão de interesses alheios, o que conduz a classificá-lo como um contrato atípico no sentido estrito” (PINTO, op. cit., p. 62).

40 Fernando Pinto classifica também o contrato de distribuição como tipo no qual normalmente é utilizado o instrumento do contrato-quadro (PINTO, op. cit., p. 128-135).

41 Existem outras classificações nas quais o contrato de concessão poderia se enquadrar, contratos com pendor relacional, incompleto, *intuitu personae* e com confiança. Essas classificações também podem esclarecer nuances do contrato, mas, em razão da sua menor pertinência para a conceituação, não serão tratadas no texto.

42 Veja-se, por todos, GOMES, op. cit., p. 463.

a estruturação dos interesses subjacentes por materializar o objetivo do contrato, com assunção dos devidos riscos em sua atividade. O produtor, por outro lado, se comprometeria a fornecer os produtos a serem revendidos, cujas especificações são efetuadas nos contratos de execução.<sup>43</sup> O distribuidor, ao revender ao mercado consumidor, obtém benefícios do reconhecimento pelo público da marca, bem como de vantagens decorrentes da sua inserção na estrutura de distribuição da contraparte, de preços favoráveis e da disponibilidade de assistência técnica e comercial.

Em contrapartida, o distribuidor se sujeita a obrigações atinentes à política comercial do concedente e ao seu controle e finalização, decorrente da necessidade de garantir o prestígio da marca sob a qual atua.<sup>44</sup> O controle externo do produtor sobre o concessionário e sobre a sua atividade constitui característica essencial do contrato de distribuição. Esse controle apresenta diversos graus, a serem estabelecidos pela autonomia privada das partes.

A existência de exclusividade para a comercialização do produto e do serviço em determinada zona é considerada elemento essencial para a caracterização do contrato.<sup>45</sup> A inserção de obrigação

---

43 Alega Fernando Pinto que raramente se institui no contrato a consagração explícita da obrigação de fornecer produtos. As suas poucas menções normalmente negam a sua existência ou a sujeitam a uma série de requisitos (PINTO, op. cit., p. 64-65). Abre-se, então, debate se a existência dessa obrigação seria essencial para a configuração do contrato.

44 FORGIONI, op. cit., p. 116; GOMES, op. cit., p. 466. Na doutrina estrangeira, v. MONTEIRO, op. cit., p. 108; e D'ALTE, Sofia Tomé. O contrato de concessão comercial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 42, p. 1393-1433, jul./dez. 2001, p. 1397.

45 Essa concepção é, normalmente, atribuída ao contrato de distribuição tal como elaborado pela doutrina francesa, para a qual o elemento da exclusividade em determinada zona é essencial para a sua qualificação. Essa noção foi adotada no Brasil por Rubens Requião (cf. REQUIÃO, Rubens. Contrato de concessão de venda com exclusividade. *Revista Forense*, v. 239, p. 5-23, jul./set. 1972) o que gerou a sua posterior difusão. Cf. FRANCO, op. cit., p. 274. Trata-se, *grosso modo*, da noção formulada em 1963 por Claude Champaud (cf. a sua definição: “*Nous proposerons de tenir le contrat de concession commerciale pour une convection par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire*

de exclusividade, apesar de possuir elevada frequência na prática, não configura elemento caracterizador do contrato de concessão comercial. A obrigação de exclusividade representa técnica para incentivar a cooperação entre as partes, ao permitir que o distribuidor atue sem concorrência intramarca de terminada zona.<sup>46</sup> O distribuidor pode também se tornar responsável pela realização de publicidade ou a manutenção de estoque, como elementos acessórios. Essas cláusulas não são idôneas a qualificação o contrato de concessão comercial, mas permitem moldar melhor os interesses das partes para atingir determinado objetivo.<sup>47</sup>

A configuração de rede contratual, a paralela celebração de contratos homogêneos entre empresas autônomas, também não constitui característica essencial para a qualificação do contrato de concessão comercial. Embora a existência dela possa reforçar a qualificação do contrato de concessão comercial, este pode se desenvolver entre o fabricante e um único distribuidor, como na hipótese de comercialização de determinado produto estrangeiro importado pela primeira vez no país.<sup>48</sup>

---

*déterminé, pendant un période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé* (CHAMPOUD, Claude. La concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, v. 453, p. 451-504, 1963, p. 471). Em tradução livre: “Nós proporemos entender o contrato de concessão comercial como uma concessão em que um comerciante, chamado de concessionário, coloca o seu negócio de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial chamado concedente para assumir, exclusivamente, em um determinado território, por um período limitado de tempo e sob a supervisão do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe seja concedido”. Paula Forgioni entendeu que essa definição deve ser tomada apenas como ponto de partida (FORGIONI, op. cit., p. 103). Alguns elementos tidos como essenciais no passado hoje seriam mero elementos acessórios dada a grande variabilidade de interesses nesse contrato. As concepções do contrato que se afastam da noção francesa, como aquele seguida no presente texto, se aproxima da noção do contrato de distribuição correspondente aquela construída no direito alemão e, também, adotada no direito português (v. PINTO, op. cit., p. 59).

46 Ibidem, p. 63.

47 Idem, p. 63.

48 FORGIONI, op. cit., p. 62.

O contrato de concessão comercial não pode também ser confundido com o plurilateral, em que os interesses prevalentes são unicamente aqueles comuns ao ente coletivo, pois não se pode deixar de reconhecer a existência de interesses conflitantes no bojo do tecido de interesses desse tipo (conforme abordado no capítulo 1, *supra*). Daí se mencionar que o contrato de distribuição (ou concessão comercial) representa “ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio”,<sup>49</sup> tanto que a maximização do lucro de uma das partes poderá ser obtida em detrimento da contraparte.

Como visto, o contrato apresenta, de um lado, a sua definição com elevado grau de caráter genérico, e, de outro, geometria variável, permitindo a inclusão de diversas pactuações acessórias.<sup>50</sup> Esses atributos dificultam a distinção entre os tipos considerados vizinhos.

### **3.1. O contrato de distribuição (ou agência-distribuição) do Código Civil.**

Delineadas as características do contrato de concessão comercial, se impõe analisar o impacto da introdução do tipo de agência e distribuição nos arts. 710 a 721 do Código Civil. Essa nova disciplina, ao mesmo tempo que gerou críticas, sendo considerado infeliz,<sup>51</sup> des-

---

49 Ibidem, p. 118.

50 Reconhecendo a impossibilidade de traçar linha muito clara em sua definição, Paula Forgoni assim destaca os elementos caracterizadores do contrato de distribuição: a) encerra várias operações de compra e venda de bens destinados à revenda pelo distribuidor. Essas compras e vendas seriam unificadas por uma identidade de causa; b) o proveito econômico do distribuidor equivale ao lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda; c) a propriedade do bem passa do fabricante ao distribuidor e, portanto, ao terceiro; d) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em determinada zona; e) há vinculação (ou mesmo subordinação) econômica entre o fabricante e o distribuidor (Ibidem, p. 112).

51 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 214.

pertou o debate doutrinário a respeito de seus efeitos. Ela teria disciplinado o contrato de agência no ordenamento brasileiro, considerando a correspondência no conceito desse tipo com o previsto no artigo 710 do Código Civil. Já para a definição do suposto tipo de “distribuição”, esse mesmo dispositivo emprega, além dos mesmos elementos para caracterizar o contrato de agência (o caráter não eventual, a ausência de vínculo de dependência e a obrigação de promover, à conta de outrem, mediante retribuição a realização de certos negócios, em zona determinada), índice adicional: a disponibilidade da coisa negociada. A parte à qual seria atribuída a coisa negociada seria o agente, em contradição com a tentativa conceituação de contrato de distribuição.

A maior parte da doutrina entende que o tipo de “distribuição” corresponderia, na verdade, a subtipo do contrato de agência. Ele não se confundiria com o contrato de concessão comercial, como descrito no capítulo anterior.<sup>52</sup> O agente-distribuidor consistiria em

---

52 Cf. FORGIONI, op. cit., p. 111-116; REQUILÃO, Rubens. *Do Representante Comercial: Comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39-43; GOMES, op. cit., p. 464-465 (com posicionamento manifestado pelos seus atualizadores, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo Crescenzo Marino); THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial: apontamentos. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, v. 15, p. 54-97, fev./maio 2005, p. 58-59; OLIVEIRA, op. cit., p. 123; MELO, Claudinei de. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4; ARAGÃO, Leandro Santos de; DE CASTRO, Rodrigo Monteiro. O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final, do Código Civil de 2002. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 245. Em sentido similar, cf. o entendimento de Vera Helena Franco: “[q]uanto à distribuição, pouco há de se dizer, considerando que a lei apenas salientou como diferencial o fato do distribuidor ter à sua disposição a mercadoria ou produto a ser distribuído. Com este teor aproxima-se da comissão. Mas a situação não é impossível perante a representação comercial autônoma, pois em diversas situações, não é incomum que o representante comercial tenha à sua disposição a coisa a ser vendida” (FRANCO, op. cit., p. 211). Nesse sentido, enunciado nº 31 da I Jornada de Direito Comercial: “O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este corresponde aos negócios concluídos em sua zona.

agente, tendo como característica saliente a disposição do bem a ser negociado para a promoção de negócios por conta do produtor-agenciado. Em sentido contrário a tal orientação, defende-se que o Código Civil teria estabelecido disciplina geral aplicável a todos os contratos de distribuição.<sup>53</sup> Para defender esse posicionamento, alguns autores laçam pobre argumento topográfico e nominativo, ao passo que outros de construção sofisticada. Apenas esta merece análise detalhada.

De acordo com essa visão, o distribuidor (distribuidor-agente, no caso) assumiria os riscos da comercialização, na medida em que teria, à sua disposição, o bem a ser negociado, independentemente de ter a sua propriedade para revendê-lo. A simples disponibilização do produto pelo distribuidor seria suficiente para atribuir a ele a responsabilidade perante terceiros, não sendo mais necessária a revenda para a atração dessa responsabilidade. Em consequência, o conceito de distribuição deveria ser alargado. Em sua definição, duas operações poderiam ser enquadradas: a aquisição pelo distribuidor do bem para a sua posterior revenda, como entendido no item anterior, e a simples disposição desse bem ao agente-distribuidor, cuja titularidade seria mantida pelo produtor. Nesse caso, tal bem seria alienado em nome do agente-distribuidor, mas no interesse agenciado-distribuidor.

---

No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco”.

53 REQUIÃO, Rubens. Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art. 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coords.). *Representação comercial e distribuição*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 179-199, p. 198; e CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. Contrato de distribuição ou concessão comercial. In: PEREIRO JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 457 (não houve tipificação, mas se aplicaria a disciplina dos arts. 713-5 e 721 ao contrato de concessão). Confira-se, ainda, TIMM, Luciano Benetti; SABOYA, Lausiane Luz de. O Contrato de distribuição no novo Código Civil (à luz da jurisprudência do TJRS). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 75-99, jul./set. 2008, que defendem ser esse o posicionamento do TJRS no período de elaboração do artigo.

No entanto, não é possível conferir à denominação adotada pelo Código Civil no tipo de “distribuição”<sup>54</sup> preponderância demasiada e a desconsiderar a sua definição legal e os índices caracterizadores presentes no art. 710. A circunstância de o “distribuidor” previsto no Código Civil ter a sua disposição o bem a ser negociado não permite aproximá-lo da figura do concessionário.

A sua disposição pelo agente não rompe a elasticidade do tipo de agência. O Código Civil, ao definir o tipo do contrato de “distribuição”, disciplinou não aquilo que ordinariamente se entende como concessão comercial, mas sim um subtipo do contrato de agência e de representação comercial autônoma. A atividade de promoção de negócio por conta da contraparte pode ser exercitada por meio de uma multiplicidade de atividades, inclusive com a disposição do bem a ser negociado.<sup>55</sup> Essa possibilidade, inclusive, não é excepcional no

---

54 Paula Forgioni busca explicar a razão da introdução do termo distribuição no Código Civil: “Resta, então, a indagação: como justificar a referência à distribuição nos arts. 710 e seguintes? A resposta parece indicar que, à época da elaboração do texto, como vimos, não estavam aclaradas, entre nós, as características do contrato de distribuição, que acabaram sendo consagradas pela prática, pela doutrina e pela jurisprudência” (FORGIONI, op. cit., p. 116).

55 Confira-se o entendimento de Rubens Requião a respeito da elevada elasticidade do tipo do contrato de agência e de representação comercial, que abarcaria a disposição de bem do principal: “Outra hipótese. Igualmente pouco comum, é a de o representante comercial receber em depósito, pessoalmente, a mercadoria cuja venda intermediará. Terá, no caso, posse derivada dos objetos, que continuarão de propriedade do representado. Firmado o negócio de compra e venda, no comum dos casos, o próprio representante executará o contrato, promovendo a tradição do objeto vendido (este ato de execução não descaracteriza a representação comercial, nos termos do art. 1º, parte final e art. 38 da Lei 4.886/65). Terá que ter instruções e poderes, concedidos pelo representado, para assim agir. E a operação comercial será realizada sempre, pelo representado, que assume seus riscos. As situações descritas, em alguns casos e em aspectos externos, se prestam a confundir o contrato de representação comercial com o de distribuição. Mas a estrutura jurídica dos contratos, efetivamente não permite a confusão, já que falta ao contrato de representação comercial o elemento essencial da distribuição que é a aquisição do bem para revenda, com assunção do risco do negócio, como adiante de descreverá” (REQUIÃO, Rubens. *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192-193). No mesmo sentido, GONÇALVES NETO, op. cit., p. 216. Essas atividades estão compreendidas no conteúdo semântico do verbo promover, essencial para a caracterização da prestação principal do contrato de agência.



contrato de agência. Ela facilita a atividade do agente, que pode permitir a avaliação e, eventualmente, até mesmo o teste do consumidor.

A estruturação dos interesses do contrato de concessão comercial, com a existência de atuação de interesses em comum e individuais, não se assemelha com a estrutura idealizada pelo tipo legal do Código Civil de “distribuição”. Este “distribuidor” deve atuar para a promoção de certos negócios do proponente, tendo a disponibilidade do bem. Neste, ao contrário, prevalecesse o interesse do agenciado-produtor. Assim, diante da complexidade dos interesses do contrato de concessão comercial, não se pode equipará-lo ao contrato de agência-distribuição, que deve *necessariamente* agir no interesse da contraparte,<sup>56</sup> e não em seu próprio. Essa diversa estruturação de interesses acarreta diverso equilíbrio de riscos.

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

A alegação de que ambos os contratos, de agência-distribuição e de concessão, teriam a mesma função, de escoar os produtos

---

56 O art. 710 utiliza como elemento caracterizador do tipo do contrato de agência-distribuição a promoção de certos negócios por conta do proponente.

do fornecedor ao mercado consumidor, não permite aproximar essas figuras. A modalidade em que tal distribuição ocorre é relevante para a qualificação do contrato de distribuição. Não se trata de se render a elementos estruturais do contrato, mas compreender que a diversa estrutura permite construir composição de interesses e função diversas para o escoamento da produção. Os elementos capazes de conformar o contrato e, portanto, representar a sua finalidade-prática não devem ser confundidos com o objetivo final da relação jurídica. Da mesma forma que não é possível realizar a referida comparação, não seria devido comparar a locação com o *leasing* operacional; a hipoteca, com a alienação fiduciária em garantia; o contrato de seguro, com o de constituição de renda. A operação econômica nesses casos é diversa e, em razão disso, deve ser disciplinada de maneira diferenciada.

Ainda, a disciplina que seria aplicável ao contrato de “distribuição”, a mesma do contrato de agência, prevê disposições que não condizem com a estrutura do tipo de concessão comercial ou, até mesmo, podem o regulá-lo de maneira inadequada.<sup>57</sup> A conceituação do contrato de “distribuição”, no *caput* do art. 710, confere ao contrato de agência-distribuição é praticamente igual a do contrato de agência e diverge em sua essência do contrato de concessão comercial.<sup>58</sup>

A insistência na tese de disciplina pelo código do contrato de distribuição repercutiria na imposição de inadequado regulamento. De acordo com essas regras, o distribuidor deve agir em conformidade com as instruções do proponente, nos termos do art. 712 do Código Civil. Essa obrigação retiraria por completo a sua autonomia operacional e criaria indesejável controle sobre o distribuidor. De acordo com o art. 713 do Código Civil, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor. *A contrario*

---

57 Embora os dispositivos da Parte Especial, Livro I, Capítulo XII, Título VI do Código Civil sejam aplicáveis de maneira indistinta tanto à agência, quando ao contrato de “distribuição”, curiosamente apenas três dispositivos (os arts. 713, 714 e 715) fazem referência expressa ao contrato de distribuição.

58 FORGIONI, op. cit., p. 114.

*sensu*, extrai-se dessa determinação de que seria dispositiva – portanto, dado à autonomia das partes – a possibilidade de o “distribuidor” arcar com as suas despesas. Não desconfiguraria o referido tipo contratual ele atuar com as suas despesas pagas pela contraparte. Esse entendimento, todavia, não se mostra coerente com a própria estruturação dos interesses do contrato de concessão comercial, uma vez que, nessa hipótese, a assunção de despesas decorrentes do contrato praticamente absorveria qualquer autonomia e interesse individual do agente-distribuidor. Tanto é assim que a assunção de despesas da contraparte se revela importante índice para a caracterização de subordinação jurídica, próxima à atividade laboral, o que se distancia do contrato de concessão comercial.

A doutrina que defende a possibilidade de o Código Civil disciplinar o contrato de concessão comercial possui o mérito de questionar o elemento estrutural da revenda como essencial para a configuração desse tipo legal. O elemento funcional deve ser utilizado para a qualificação do contrato.<sup>59</sup> Não se deve examinar a função como equivalente à finalidade do contrato, no caso o escoamento da produção ao mercado consumidor com a disposição do bem negociada, mas identificar a composição interesses do tipo contratual. Os argumentos, apesar de apresentados de maneira articulada, não são capazes de permitir a aplicação da disciplina do código ao contrato de concessão comercial, que ainda se encontra legalmente atípico.

### **3.2. O contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre.**

Ao contrário do contrato de distribuição, o seu subtipo,<sup>60</sup> o

---

59 A valorização do elemento funcional, em detrimento daquele estrutural é ressaltada por Pietro Perlingieri em sua obra (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 642-644), que encontrou eco na doutrina brasileira.

60 Diversamente do contrato de “distribuição”, mencionado no capítulo anterior, não existem dúvidas a respeito da qualificação do contrato de concessão comercial de veículos automotores

contrato de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre, encontra-se disciplinado pela Lei nº 6.729/1979.<sup>61</sup> Ela visou a proteger o contratante *debole* dos grandes fabricantes, buscando reequilibrar as partes dessa relação, afetada pelo poder econômico dos fabricantes, por meio de previsões imperativas.<sup>62</sup> A dependência econômica dos concessionários de veículos automotores ocorre na maior parte dos contratos, sendo, inclusive, essa circunstância entrevista na exposição de motivos da Lei Ferrari.<sup>63</sup> A Lei nº 6.729/1979 constrói

---

de vida terrestre como subtipo do contrato de distribuição. Os elementos característicos deste tipo (a distribuição de veículos automotores de via terrestre, a necessária licença gratuita da marca do produtor e a prestação de assistência de serviços) distinguem esse contrato. Ele possui elementos não obrigatórios no contrato de distribuição e, em razão deles, aplica-se disciplina específica.

61 Reconhece a doutrina que a referida lei não buscou constituir regime geral dos contratos de distribuição, limitando a estatuir a disciplina do contrato de distribuição de veículos automotores. Nesse sentido: “Não se limitou a Lei 6.729, nessas disposições, a instituir contrato típico e nominado de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, nem se cingiu a estabelecer seus traços característicos e suas modalidades” (ABREU, João Leitão de. Da indenização cabível na rescisão de contrato de revenda de veículos automotores. Prevalência da lei especial sobre lei geral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 632, p. 26-31, jun. 1988, p. 30).

62 FORGIONI, op. cit., p. 92.

63 Cf. a exposição de motivos da Lei de Concessão Comercial de Veículos Automotores de Via Terrestre: “a própria circunstância de uma grande empresa necessitar de uma rede para a comercialização e assistência técnica de seus produtos, ao mesmo tempo em que evidencia o seu extraordinário porte econômico e tecnológico, suscita a desigualdade decorrente do estilhaçamento da relação, na medida em que confronte a grande unidade da empresa concedente com os concessionários, limitados na sua capacidade negocial em razão de seu porte da sua multiplicidade. O concedente, como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólio justapostos, um terrível por de domínio”. Existiriam índices para examinar essa dependência, como o volume dos rendimentos que o parceiro obtém da relação. Críticas foram formuladas a essa categoria, especialmente a sua inaptidão para atribuir regime jurídico aos contratos de dependência (v. PINTO, op. cit., p. 164-166). A Lei italiana nº 192/1998 aplica tutela contratual ao *abuso* de dependência econômica. Conceitua essa lei a dependência econômica a existência de excessivo desequilíbrio de direitos e obrigação, ou a incapacidade de os contraentes obterem no mercado alternativas satisfatórias. Ocorrendo abuso dessa situação, assistiria ao contraente várias medidas, a tutela invalidante, a inibitória e o ressarcimento do dano, sem prejuízo de, caso presente demais pressuposto, a configuração de ilícito concor-

detalhada disciplina do contrato de distribuição de veículos automotores. Esta permite com que os produtores economizem, em comparação com os gastos que teriam caso desejassem criar a sua própria rede de distribuição, com funcionários e encargos fiscais e trabalhistas e ainda custos de uma rede própria de manutenção e assistência.

Essa regulamentação disciplinou a distribuição não apenas de veículos automotores terrestres, desde carros a embarcações e a equipamentos de construção pesada (novos e usados), mas também de implementos e componentes de veículos.<sup>64</sup> Trata-se, portanto, de instrumento contratual por meio do qual a montadora realiza a distribuição de seus produtos. Também compõe, necessariamente, o objeto do tipo a prestação de assistência técnica a seus produtos, incluindo atendimento e revisão (v. art. 3º, II da Lei de Concessão Comercial de Veículos Automotores). Ainda, é previsto como elemento essencial a licença de uso gratuito da marca do concedente. Na atividade de revenda de veículos automotores, o concessionário deve ostentar, em seu estabelecimento, a marca do produtor, transparecendo, aos olhos do público, como se integrante da estrutura comercial do próprio fornecedor. Esses elementos, que no contrato de distribuição são normalmente classificados como acessórios, adquire componente de essencialidade.

O fabricante figura como o organizador de todo o processo de distribuição dos veículos por ele produzidos, exigindo de toda a cadeia de distribuidores uniformidade, especialmente ao ostentar perante o público a marca do fabricante.<sup>65</sup> Os concessionários, por ou-

---

rencial dessa conduta. No caso da lei brasileira, a dependência econômica não possui o mesmo significado da disciplina italiana. Ela representa apenas observação de maior poder econômico, que se converte em negocial, o que exigiu do legislador a necessidade de conferir regras para melhor execução do contrato.

64 Art. 3º, I, Lei de Concessão Comercial de Veículos Automotores.

65 REQUIÃO, Rubens. Concessão comercial. Manutenção do contrato de concessão em face da Lei 6.729/1979. Alteração do nome da concedente. Favorecimento de sociedade coligada.

tro lado, devem, além de seguir o padrão imposto pelo fornecedor, promover, consolidar e ampliar a comercialização dos produtos daquele.<sup>66</sup> Entre as manifestações de controle do concedente sobre a distribuição de seus produtos, o art. 10 da lei especial permite o fabricante exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos veículos novos e à natureza do estabelecimento. A legislação ainda admite às partes moldar os seus interesses a uma série de elementos, por exemplo, a livre precificação pelo concessionário (art. 13), a imposição de quantidade obrigatória de quota de veículos (art. 7º) e de índice de fidelidade de compra e componentes (art. 8º).

Dada a ausência de previsões específicas em relação ao contrato geral de distribuição, a questão da possibilidade de aplicação analógica se formou. A resposta da jurisprudência brasileira, atualmente já consolidada, tem sido negar em qualquer hipótese a aplicação analógica.<sup>67</sup> As razões para tal posicionamento, expressas pela jurisprudência do STJ, correspondem à particularidade das normas da referida legislação, que estipularia minuciosamente as obrigações do concedente e das concessionárias de veículos automotores. Ainda,

---

A insolvência como justa causa da rescisão do contrato. A aceitação de proposta. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 551, p. 43-53, set. 1981, p. 46-47.

66 REQUIÃO, op. cit., p. 47.

67 O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado a esse respeito. A título de exemplo, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.320.870/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 27 jun. 2017. Data de Publicação: 30 jun. 2017. A doutrina majoritária adota esse posicionamento: FORGIONI, op. cit., p. 93; OLIVEIRA, op. cit., p. 335; MELO, op. cit., p. 41; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial): regime no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial: indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 825, p. 35-74, jul. 2004, p. 68. Em sentido contrário: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 758; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação analógica da lei dos revendedores. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 49, p. 34-40, jan./mar. 1983, p. 36; DE PAOLA, Leonardo Sperb. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. *Revista Forense*, São Paulo, v. 343, p. 115-148, jul/set., 1998, p. 134; GOMES, op. cit., p. 464; FRANCO, op. cit., p. 281.

essa lei teria como característica restringir bastante a liberdade das partes.

No entanto, não se deve aprioristicamente descartar a possibilidade de aplicação analógica da disciplina a outros contratos por esse procedimento ser natural ao sistema de tipo contratual.<sup>68</sup> Ao mesmo tempo, se deve reconhecer que o contrato de distribuição de veículos automotores apresenta objeto específico, envolvendo não apenas a distribuição de produtos e de seus acessórios, mas também o uso de marca e a prestação de assistência. Em razão desse contrato, o distribuidor efetua elevados investimentos, expondo-o a eventual conduta abusiva do produtor. Por consequência, as características desse contrato tornam de difícil compatibilidade a aplicação analógica das normas dessa legislação aos demais contratos de distribuição; por exemplo, o contrato de distribuição de bebidas, hipótese com frequência enfrentada pelos tribunais. Esse argumento, repita-se, é diverso de negar a possibilidade de aplicação por analogia.

Sem pretensão de esgotar a questão, em relação aos investimentos realizados pelo distribuidor, existem previsões que podem ser interpretados como parcial reflexo dos princípios da responsabilidade civil e, portanto, se aplicam aos demais contratos em caso de configuração de conduta abusiva do produtor, em caso de rescisão unilateral ou rescisão. Os arts. 23 e 24 listam os investimentos que podem ser recuperados em caso de conduta abusiva do fabricante, correspondendo ao eventual dano decorrente de conduta atribuída ao produtor. Esse processo consiste não em aplicação analógica, mas

---

68 Sempre atuais são as considerações de Norberto Bobbio a respeito do processo analógico de aplicação da lei (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro: São Paulo, 2001, p. 146-151). Em relação aos tipos contratuais, a obra monográfica de Carlos Konder, que, partindo de elementos da teoria tipológica na construção da disciplina dos contratos legalmente disciplinados, admite a aplicação analógica de normas aos contratos atípicos (KONDER, Carlos Nelson. *Causa e tipo: a qualificação dos contratos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, 2014, *passim*). Sem dificuldade lógica se pode estender essa conclusão aos contratos de características semelhantes.

de reconhecimento de cristalização de princípios legais em determinada lei, o que permite tranquilamente a sua aplicação em outros casos.

#### **4. O tipo do contrato de franquia.**

O mercado consumidor atual é profundamente influenciado pelo contrato de franquia. Esse contrato adquiriu elevada relevância para a atividade empresarial. Salvo algumas exceções, não existe disciplina desse contrato nos ordenamentos de *civil law*.<sup>69</sup> A situação do ordenamento brasileiro é peculiar, ao ter disciplinado na década de 90 esse contrato (Lei nº 8.955/1994).

Diversas são as razões econômicas para a celebração de contrato de *franchising*. De um lado, a notoriedade da marca e o sucesso consagrado de seus serviços e produtos asseguram ao franqueado um retorno de capital mais célere e volumoso do que poderia auferir se realizasse o mesmo investimento de forma independente.<sup>70</sup> Em relação aos interesses do franqueador, ao explorar fórmula bem sucedida, a franquia permite atingir vasto território sem elevado investimento de capital.<sup>71</sup> Também, possibilita alcançar a racionalização e a

---

69 De acordo com Fernando Pinto, não existiria nos ordenamentos europeus a disciplina completa do contrato de *franchising* (PINTO, op. cit., p. 84). Apesar de não regular completamente o contrato de franquia, a Itália possui legislação (Lei nº 129/2004) disciplinando tal contrato. Outros países possuiriam apenas normas relativas à informação pré-contratual, como a lei belga de 19 de dezembro de 2005, o art. 62 da Lei nº 2006:484. Conforme será objeto do presente texto, a lei brasileira se aproxima bastante dessa postura ao tratar de obrigações pré-contratuais, e não disciplinar propriamente a relação contratual.

70 A título de exemplo, v. COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a Lei da Franquia. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 15-21, maio/jun. 1995, p. 15; e SILVA, Flavio Lucas de Menezes. Contrato de franquia empresarial: a instrumentalização de um negócio formatado. In: *Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 262.

71 COELHO, op. cit., p. 15; e GOMES, op. cit., p. 578. Destacando o aspecto de exploração de fórmula de sucesso, cf. MONTEIRO, op. cit., p. 120; e SILVEIRA, Newton. O contrato de



padronização por meio de uma eficiente rede de distribuição de produtos e serviços; a diminuição do custo final dos produtos; e a adequação ao consumo de modo a programar a produção.<sup>72</sup>

Em relação aos elementos característicos do contrato de franquia, este, como tipo social, possui atributos naturalmente fluídos.<sup>73</sup> Dada essa característica, será examinado nesse capítulo inicialmente o tipo social do contrato de franquia, para apenas, em seguida, avaliar a sua definição legal. O seu núcleo primordial corresponde à transmissão de modelo empresarial a terceiro mediando o pagamen-

---

“franchising”. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 157.

72 MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial*. Responsabilidade civil na extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 85. Na doutrina italiana, v. entendimento de Aldo Frignani: “*Per quanto concerne la causa la Cassazione, partendo dalla definizione dell’art. 1 legge n. 129, l’ha così identificata: ‘La causa [...] di un simile contrato è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una vera e propria rede autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un’attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso, conseguentemente, di inserirsi sul mercato’ [Cass. Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 647, Promogest v. Corvi’s Comapany]” (FRIGNANI, Aldo. *Il contrato di franchising*. Giuffrè: Milano, 2012, p. 13). Em tradução livre: “A causa [...] de tal contrato é reconhecível na possibilidade, para o franqueador, de ampliar o seu volume de negócios e aumentar sua capacidade de penetrar no mercado, criando uma rede autônoma real para a distribuição de seus bens ou serviço, sem ter que intervir diretamente na realidade local; para o franqueado, a possibilidade de empreender uma atividade comercial com riscos reduzidos, dependendo da marca do franqueador e, portanto, aproveitando a posição de confiabilidade e prestígio adquirida pelo mesmo, consequentemente, de entrar no mercado” [Cass. Sec. III, 15 de janeiro de 2007, n. 647, Promogest v. Comapany de Corvi]”.*

73 Aplicam-se aqui as mesmas considerações feitas em relação ao contrato de distribuição. Fernando Pinto chamará o tipo de elástico, abarcando fenomenologia bastante diversa (cf. PINTO, op. cit., p. 67-68). Acrescenta o autor: “Por virtude da elasticidade do tipo – que, como se viu, acomoda no seu seio realidades econômica muito diversas entre si –, torna-se difícil apreender toda a riqueza econômica e jurídica deste fenômeno da *praxis* comercial num conceito definatório, a um tempo preciso e sintético” (PINTO, op. cit., p. 74). No entanto, a doutrina tende a indicar elementos como se necessariamente fizessem parte do tipo, inclusive em dissociação com a definição legal. Nesse sentido, v. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 393; e FRANCO, op. cit., p. 283.

to. Esse pagamento é normalmente dividido em pagamento inicial (*entry fee*) e prestações pecuniárias periódicas (*royalties*). Em torno desse centro obrigacional, existem uma série de elementos que podem fazer parte. O franqueador assegura o direito de uso de um conjunto de direito sobre uso de bens imateriais (marcas, insígnias, modelos, desenho industrial, direito autoral, patente, *trade dress*).<sup>74</sup> Ele também pode transferir *know-how* empresarial, que deve secreto e idôneo a conferir vantagem competitiva ao franqueado, ligado à assistência a respeito da gestão e da comercialização.<sup>75</sup> Por um lado, o franqueado assumiria a obrigação de implantar o sistema de franquia, cumprindo o programa pré-estabelecido e as indicações fornecidas, bem como o pagamento de retribuições; por outro, sujeita-se à fiscalização do franqueador.<sup>76</sup>

A estruturação dos interesses típicos dos contratos de franquia e de concessão comercial possuem similaridades (v. item 1). Como consequência, existe zona cinzenta, na qual seria difícil qualificar esses contratos.<sup>77</sup> A vinculação de tais tipos contratuais à área econômi-

---

74 MARTINS, op. cit., p. 393. Na doutrina estrangeira, os elementos indicados assemelham-se aqueles indicados por FRIGNANI, op. cit., p. 44-45. Na doutrina portuguesa, v. PINTO, op. cit., p. 75-76.

75 Em relevante trabalho sobre o tema, Fábio Konder Comparato defende que a transferência de técnicas do franqueador constitui elemento essencial a esse tipo contratual, em especialmente o *engineering, management e marketing* (COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista Forense*, São Paulo, v. 253, p. 7-14, jan./mar. 1976, p. 7-8). Veja-se também ABRÃO, Nelson. A Lei da franquia empresarial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, p. 25-38, dez. 1995, p. 28. A doutrina acrescenta que o *know-how* é elemento essencial no contrato de franquia. Ele seria o elemento que possibilita a replicação do estabelecimento do franqueador, ao passo que a marca seria o elo de ligação entre a franquia e a clientela. Cf. SILVA, op. cit., p. 280.

76 Cf. COELHO, op. cit., p. 15; e MARTINS, op. cit., p. 396.

77 Paula Forgioni (FORGIONI, op. cit., p. 106) indica como a diferença o uso da marca de outro, o que não se verifica com a própria distribuição, como no caso da distribuição de veículos automotores. Essa dificuldade também é retratada na doutrina estrangeira. Antonio Fici aduz: “*Oltre l’aspetto essenziale dello scambio per la rivendita, anche quello dell’aggregazione imprenditoriale è dunque normalmente presente nella concessione di vendita, cosicché diventa difficile tracciare una distinzione astratta tra quest’ultimo schema e il tipo franchising, è legiti-*

ca em contínua mudança e evolução acarreta que o feixe de direitos e obrigações nele presente se torne bastante fluído ao invés de se cristalizar em modelos contratuais estereotipados e rígidos.<sup>78</sup>

Para compreender a diferença, é necessário considerar que a noção do contrato de franquia depende do contexto histórico no qual inserido. Esse contrato foi inicialmente concebido nos Estados Unidos; os seus contornos eram então bastante amplos. Eles, inclusive, chegavam a coincidir com o contrato de concessão comercial.<sup>79</sup> Na designada primeira geração de contratos de franquia, esse tipo possuía normalmente como características a existência de exclusividade do franqueador, bem como a sua atuação sob marca ou insígnia do franqueador. A partir de evolução do conceito, a fórmula exportada ao mundo é diversa. Ela se baseia na criação de modelo econômico de organização empresarial, funcionalizado à promoção e comercialização e serviços.<sup>80</sup> A evolução do contrato de franquia permitiu ao

---

*timo piuttosto concludere nel senso che il contratto denominato dalle parte 'concessione di vendita' possa essere in concreto qualificato come franchising qualora la sua disciplina convenzionale contemplasse quegli elementi di aggregazione (di rete) che sono tipici del franchising, ovvero la concessione della disponibilità di una formula commerciale e il correlativo dovere di suo impiego da parte del concessionario" (FICI, Antonio. *Il contratto di franchising*. Nápolis: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 177). Em tradução livre: "Para além do aspecto essencial da realização de compra e venda, também a agregação de negócios está, portanto, normalmente presente na concessão de vendas, de modo que torna-se difícil elaborar uma distinção abstrata entre o último esquema, é legítimo concluir que o contrato chamado 'concessão de venda' pode ser efetivamente qualificado como *franchising* se sua disciplina convencional contemplar os elementos de agregação (de rede) que são típicos da franquia, ou seja, a concessão da disponibilidade de uma fórmula comercial e o dever correlato de seu uso pelo revendedor". Veja-se, ainda, PARDOLESI, op. cit., p. 2; DASSI, Anna. *I contratti di distribuzione*. Rozzano: IPSOA, 2002, p. 5; PRISCOLI, Lorenzo delli. *Franchising e tutela dell'affiliato*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 55; e NERVI, Andrea. *I contratti di distribuzione tra causa di sambio e causa associativa*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 21. Confira-se, ainda, GARCÍA HERREIRA, Alicia. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 142.*

78 DASSI, op. cit., p. 3-4.

79 PINTO, op. cit., p. 67-68.

80 O fenômeno é assim descrito por Fernando Pinto: "[...] um sujeito econômico (o franquiador) cria um modelo de organização empresarial (um modo de fazer negócios) funcionalizado

franqueado emular a fórmula empresarial, não se reduzindo a um simples método de distribuição de bens.

Nesse contexto, os núcleos obrigacionais dos contratos de concessão e franquia são diversos. Três elementos podem ser aplicados para distinguir os contratos de distribuição e franquia: (i) a diversa modalidade de remuneração em cada contrato; (ii) a maior elasticidade do tipo do contrato de franquia; o franqueador não necessariamente é responsável pela distribuição dos produtos, podendo assumir outra finalidade;<sup>81</sup> e (iii) o controle exercido sobre o franqueado é maior em comparação daquele com o distribuidor.<sup>82</sup>

---

à produção e comercialização de bens e serviços, externamente identificável através de uma marca ou outro sinal distintivo, testa-o empiricamente constituindo 'lojas-piloto' e possibilita, seguidamente, mediante contrato adrede celebrado, que terceiros beneficiem desse conceito já experimentado, criando e explorando estabelecimento em tudo idênticos, mediante pagamento de contrapartida pecuniária" (Ibidem, p. 67-68). No início da década de 90, quando o contrato de *franchising* ainda estava sendo introduzido, autorizada doutrina identificava no elemento da *prestação de assistência mercadológica* como elemento essencial do contrato de franquia. Tratava-se, em conjunto com a licença do uso da marca, como elemento imprescindível do contrato de franquia. Essa noção é identificada com o *Business Format Franchising*.

81 Apesar dessa constatação, doutrina autoriza ainda indica como elemento do contrato a sua posterior distribuição. GOMES, op. cit., p. 578. Eloquentes são as palavras de Fernando Pinto: "Assim contextualizado, o franchising não se reduz a um simples método de distribuição de bens, sendo bastante mais do que isso, consoante é, aliás, atestado pela própria estrutura remuneratória típica das relações de franquia, em que, ao contrário do que sucede com os demais distribuidores, o franquiado paga normalmente contrapartidas financeiras ao franqueador pela emulação da sua fórmula empresarial. Todavia, porque se trata de uma técnica contratual que pode ser (e é correntemente) utilizada para otimizar a penetração no mercado de produtos e serviços, suscitando um elevado grau de integração entre estimulantes, e que, pelo menos nalgumas das suas variantes, compartilha características comuns com os contratos de concessão de agência, o franchising é geralmente considerado como um fórmula jurídica de estruturação da distribuição comercial". (PINTO, op. cit., p. 69).

82 Em sentido similar, António Pinto Monteiro "Assim, começamos por notar que, do mesmo modo que o concessionário, é o franquiado um comerciante que, 'grosso modo', compra para revenda, actuando em seu nome e por conta própria e assume os riscos da comercialização. Habitualmente, beneficia também do direito de exclusivo e em ambos os casos se pode verificar uma obrigação de assistência aos clientes, bem como uma interferência da contraparte (concedente/franquiador) na sua organização. As diferenças são, todavia, claras: a) Por um lado, a *ingerência* do franquiador na actividade do franquiado – na sua organização, nos planos de

(i) A remuneração do distribuidor ocorre por meio do lucro decorrente da revenda dos produtos e serviços fornecidos pelo produtor. A sua remuneração, além de eventuais serviços prestados em favor do produtor, corresponderia da diferença do valor de venda do produto distribuído, que goza normalmente de certa relevância no mercado consumidor, e os seus custos para levar aos consumidores. O produtor se remunera pela constante venda de seus produtos e serviços à contraparte. O franqueador, por sua vez, para usufruir do modelo de negócio principal e atuar sob sua marca e/ou insígnia, realiza pagamento inicial para ingressar da rede do franqueador (chamada de *entry fee*) e pagar taxas mensais (*royalties*).

(ii) A ampla tipologia do contrato de franquia não permite ser circunscrita apenas às relações de distribuição. O seu objeto é mais amplo, de emulação de modelo empresarial, e não apenas de distribuição de bens e serviços. Para esclarecer a fisionomia do contrato de franquia,<sup>83</sup> a doutrina costuma indicar a seguinte classificação:<sup>84</sup> a) franquia de serviços: o franqueado presta serviços ao público, tais como nos ramos de hotelaria, locações de au-

---

fabrico e métodos de venda, na política de 'marketing', etc. – é muito mais *acentuada e extensa* do que na concessão. b) Por outro lado, o franquiado comercializa os bens *mediante a utilização obrigatória da marca e demais sinais distintivos de comércio* pertencentes ao franquiador. c) Em terceiro lugar, a licença de utilização destes sinais é *necessariamente* acompanhada do fornecimento de "*know-how*", de assistência, de métodos e planos de mercado, de conhecimento tecnológicos, de diretrizes sobre a política de "marketing" e dos meios publicitários, etc. d) Finalmente, é habitual, nos contratos de franquia, o pagamento de, de *contrapartidas*, pelos benefícios que resultam da utilização da marca e dos conhecimentos e assistência que recebe [...]" (MONTEIRO, op. cit., p. 124-125).

83 Essa classificação é objeto de críticas (v. PINTO, op. cit., p. 71), especialmente porque seria difícil observar distinção evidente entre as modalidades de contratos. O mais comum seria encontrar contratos híbridos, com a combinação dessas diversas classificações. Apesar da pertinência das críticas, essa classificação pode ser útil para compreender o elevado grau de elasticidade do contrato e a sua adaptação a diversas situações. Essa mesma elasticidade também permite a criação de diversas outras tipologias do contrato de franquia, o que o torna tipo contratual bastante rico e flexível.

84 Essa divisão, por sua vez, se extrai do caso *Pronuptia* julgado pela Corte de Justiça Europeia, em 28 de janeiro de 1986 (Causa nº 161/1984).

tomáveis e outros bens, lavanderias, revelações fotográficas, com base na fórmula empresarial desenvolvida pelo franqueador; b) franquia de distribuição: o franqueado se obriga a vender produtos fornecidos, fabricados, selecionados ou indicados pelo franqueador; e c) franquia de produção: o franqueado serve-se da tecnologia para produzir bens para vender sob a marca licenciada. Apesar de difundida, essa classificação é criticada, pois o contrato de franquia possui elevada ductibilidade e representa, na maior parte das vezes, em contrato híbrido desses elementos, não podendo se conceber classificação rígida.<sup>85</sup> De qualquer forma, se conclui que nem todos os contratos de franquia destinam-se à distribuição de bens e serviços. Existem, portanto, contratos de franquia com objeto diverso da distribuição e, por isso, não haveria semelhança com o contrato de concessão comercial.

(iii) No contrato de *franchising*, ocorre maior ingerência na esfera franqueado, bem como os laços com contraparte são mais estreitos. Tanto é assim que função do franqueador é indicada como aquela de fiscalizar a manutenção do padrão de qualidade e o respeito às características de seus produtos e serviços. A doutrina também aponta como sua característica primordial a capacidade dessa relação contratual criar a convicção nos próprios consumidores de que se trata de uma filial do próprio fabricante.<sup>86</sup>

Explicitada a diferença entre o contrato de franquia e de distribuição, note-se que a realidade do tipo social de franquia, tal como extraído da prática mercantil, é diverso da sua definição legal. De acordo com a Lei nº 8.955/1994,<sup>87</sup> o contrato de franquia empresarial corresponderia à cessão pelo franqueador do direito de uso de marca

---

85 PINTO, op. cit., p. 71.

86 Na doutrina brasileira, v. MELLO, op. cit., p. 62.

87 Apesar das críticas, identifica-se como fator positivo da sua implantação a segurança jurídica por ela trazida. Cf. SILVA, op. cit., p. 251.

ou patente, aliado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços. A licença de utilização de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema é considerada como circunstância acidental, isto é, não é necessária para qualificação do contrato.<sup>88</sup> Vale dizer, o elemento da transferência de tecnologia de implantação e administração do negócio não precisa estar presente para a qualificação de determinada relação como franquia no ordenamento pátrio. Curiosamente, esse elemento seria aquele capaz de melhor transmitir a noção de franquia, que permitiria a transferência do modelo empresarial ao franqueado.

A definição disposta na lei apresenta inúmeras divergências em relação à caracterização da sua tipicidade social, como visto anteriormente.<sup>89</sup> Os requisitos exigidos para a aplicação da lei são bem

---

88 O artigo 2º da referida legislação usa para introduzir esse elemento o termo “eventualmente”: “[...], eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador [...]”.

89 A definição legal também é diversa em perspectiva comparada. A lei italiana nº 129/2004 define, em seu artigo primeiro, com mais detalhe e especificidade o contrato de franquia: “*L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.*”. Em tradução livre: “A afiliação comercial (franchising) é o contrato entre dois sujeitos de direito, economicamente e juridicamente independentes, com base no qual uma parte concede a disponibilidade para o outro, diante de corresponsivo pagamento, de um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual relacionados com marcas comerciais, nomes comerciais, sinais, modelos de utilidade, desenhos, direitos autorais, know-how, patentes, assistência técnica ou comercial ou conselhos, colocando o franqueado em um sistema composto por uma pluralidade de afiliadas distribuídas em todo o território, propósito de comercialização de certos bens ou serviços”. A definição também diverge da definição elaborada na *model law* da Uncitral (comissão das Nações Unidas para o direito comercial internacional): “*franchise means the rights granted by a party (the franchisor) authorising and requiring another party (the franchisee), in exchange for direct or indirect financial compensation, to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor which includes know-how and assistance,*

mais frouxos do que a comum caracterização do contrato de franquia. Apenas dois elementos são considerados essenciais para a aplicação da lei como prestação do franqueador: *a*) a cessão de bens imateriais (marca ou patente); e *b*) direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos. A referida lei determina, assim, que licença de uso de patente, com utilização de marca do franqueador se submeta às normas da lei. O elemento idôneo a caracterizar a franquia, enquanto tipo social, direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, não é obrigatório para a sua aplicação.

A imagem construída desse tipo legal<sup>90</sup> apresenta especificida-

---

*prescribes in substantial part the manner in which the franchised business is to be operated, includes significant and continuing operational control by the franchisor, and is substantially associated with a trademark, service mark, trade name or logotype designated by the franchisor. It includes: (A) the rights granted by a franchisor to a sub-franchisor under a master franchise agreement; (B) the rights granted by a sub-franchisor to a sub-franchisee under a sub-franchise agreement; (C) the rights granted by a franchisor to a party under a development agreement. For the purposes of this definition 'direct or indirect financial compensation' shall not include the payment of a bona fide wholesale price for goods intended for resale*". Em tradução livre: "franquia significa os direitos concedidos por uma parte (o franqueador) que autoriza e exige que a outra parte (o franqueado), em troca de compensação financeira direta ou indireta, se envolva no negócio de vender bens ou serviços em seu próprio nome de acordo com um sistema desenhado pelo franqueador, que inclui *know-how* e assistência, prescreve substancialmente a forma como o negócio do franqueado deve ser operado, inclui controle operacional significativo e contínuo pelo franqueador e está substancialmente associado a uma marca registrada, marca de serviço, nome comercial ou logotipo designado pelo franqueador. Inclui: (A) os direitos concedidos por um franqueador a um sub-franqueador sob um contrato de franquia mestre; (B) os direitos concedidos por um sub-franqueador a um sub-franqueado sob um contrato de sub-franquia; (C) os direitos concedidos por um franqueador a uma parte no âmbito de um acordo de desenvolvimento. Para os fins desta definição, 'compensação financeira direta ou indireta' não deve incluir o pagamento de um preço de atacado de boa-fé para produtos destinados à revenda".

90 A despeito da aludida previsão, existem autores que negam a tipicidade do contrato de franquia. De acordo com Leonardo Sperb, com razão afirma que a aludida lei não instituiu modelo regulativo desse contrato, mas apenas algumas normas restritivas às informações prévias indispensáveis à contratação, à míngua das quais poderá o franqueado arguir a anulabilidade



des que expandem o contrato de franquia empresarial, tal como legislativamente previsto, a uma faixa ampla de relações contratuais além daquelas ordinariamente qualificadas como franquia. Em razão dessa noção mais extensa de franquia na lei, muitas vezes ela engloba relações por alguns qualificadas como tipo social de distribuição, na qual existe uma licença de marca e ocorre distribuição exclusiva ou semi-exclusiva.<sup>91</sup> Essa aplicação não é capaz de afetar primordialmente o contrato de distribuição, uma vez que a disciplina da lei é classificada como *disclosure statute*. As suas normas impõem o dever de transparência na relação,<sup>92</sup> cuja inobservância pode levar a nulidade do contrato. Foram previstas, nesse sentido, diversas obrigações do franqueador no momento das tratativas (art. 3º da Lei da Franquia Empresarial). Além de ser determinada formalidade para a celebração desse contrato (art. 6º), estabelece-se a anulabilidade do contrato caso a sua minuta não seja entregue à contraparte dez dias antes de sua assinatura (art. 4º).

## 5. Síntese conclusiva.

As conclusões do texto foram alcançadas e ressaltadas em

---

do contrato (PAOLA, op. cit., p. 128-129). Em entendimento contrário, defende-se que a não é a maior ou menor amplitude da regulação que permite seja configurado o tipo contratual (Cf. MELLO, op. cit., p. 56). Em favor da tipicidade v. tb. COELHO, op. cit., p. 15-16; SILVA, op. cit., p. 272; REDECKER, Ana Claudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 42; ABRÃO, op. cit., *passim*; e MARTINS, op. cit., p. 398.

91 A partir da definição do contrato de franquia na lei italiana (como contrato, celebrado entre duas partes independentes, com base no qual uma delas concede a disponibilidade à outra, mediante corresponsivo, direito de propriedade industrial ou intelectual relativo à marca, denominação comercial, insígnia, modo de utilidade, desenho, direito de autor, *know-how*, assistência técnica e comercial, inserindo o franqueado em um sistema de rede de distribuição de bens e serviços), defende parcela da doutrina a extensão dos efeitos dessa lei ao contrato de concessão comercial, em razão os confins desses tipos serem de fato imprecisos e de não existir na aludida lei circunstância que, em princípio, inviabilizaria tal aplicação analógica. V. FICI, op. cit., p. 178 e 181.

92 COELHO, op. cit., p. 15-16.

cada item. A fim de esclarecer a linha argumentativa, faz-se necessário, então, tratá-la de forma linear. O rico quadro legislativo exigiu exame minucioso da legislação existente relativa aos contratos inseridos no processo econômico de distribuição. Em paralelo, desenvolveu-se no âmbito desse quadro legal tentativa de enquadrar cada um dos tipos contratuais utilizados na prática, mas não previstos pelo legislador.

Para tanto, foi necessário a exploração da diversa estruturação dos interesses entre, de um lado, os contratos de distribuição e franquia e, de outro, de agência e representação comercial. A partir daí, foi possível não apenas visualizar melhor os interesses das partes, mas também examinar o contrato de “distribuição”, previsto pelo Código Civil. Examinou-se, ainda, o contrato de distribuição de veículos automotores, que se coloca entre o contrato de distribuição e de franquia. Então, se examinou o tipo social do contrato de franquia, bem como o espectro de aplicação da legislação relativa a esse contrato.

O tratamento horizontal desses tipos contratuais é essencial para a sua adequada distinção, especialmente diante de sua elevada variabilidade para atender aos novos interesses das partes e permitir a mais eficiente distribuição no mercado consumidor de bens e serviços. O tratamento autônomo ou apenas estrutural desses contratos arriscaria construir noção rígida e pouco aderente à mutável realidade dos canais de distribuição. A opção exercitada no texto foi recompensada com maior colorido à grande riqueza de aspectos e técnicas dos operadores de tal mercado.