

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

SÉRGIO LUDOVICO MARTINS

**ASSIMETRIAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL
ENTRE PRODUTORES E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS
AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2018**

SÉRGIO LUDOVICO MARTINS

**ASSIMETRIAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL
ENTRE PRODUTORES E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS
AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Mairan Gonçalves Maia Júnior.

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA

Mairan Gonçalves Maia Júnior

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

Rodrigo de Lima Vaz Sampaio

AGRADECIMENTOS

À minha Mãe, Ana Elvira, pelo amor incondicional. Ao meu Pai, Sinfrônio Ludovico, pela parceria e ensinamento dos pilares da ciência do Direito.

À minha Esposa, Mariana Ludovico, eterna companheira, pela reciprocidade do amor infinito, somada à compreensão com minhas pontuais ausências no exato período em que fomos abençoados pela chegada dos nossos amados filhos Felipe Salomão e Esther.

Ao meu orientador, Professor Mairan Gonçalves Maia Júnior, pela oportunidade e estímulo.

RESUMO

A celebração contratual é um marco de expressão da liberdade individual. A autonomia privada no âmbito contratual é analisada pela manifestação do elemento volitivo das partes em cotejo com os modelos de intervenção estatal. O contrato de concessão comercial firmado por montadoras e concessionários visa regular a dinâmica de distribuição indireta de veículos automotores, peças e serviços. As assimetrias desta relação contratual são identificadas pela doutrina, brasileira e estrangeira, há décadas, inclusive tendo motivado a edição da Lei Renato Ferrari. O acirramento da concorrência no cenário nacional, oriundo da instalação fabril de novas marcas, diminuiu a margem de lucratividade do segmento automotivo. Neste quadrante, as montadoras passaram a levar a efeito o encerramento de operações de distribuição indireta, independente do tempo de funcionamento ter tornado possível o retorno dos capitais investidos por grupos empresários de atuação regional. A assimetria do vínculo contratual se expressa na atuação da firma dominante, montadoras, através do incremento desproporcional da concorrência intramarca, sonegação de informações e imposição de obrigações, mediante comunicados internos desprovidos de lastro contratual ou negocial. Objetivando manter os repasses às matrizes internacionais, algumas montadoras vêm impondo perdas financeiras aos distribuidores indiretos através da estocagem de produtos, considerando a incidência de encargos financeiros na conta corrente aberta pelo contrato coligado de *floor plan*. Interesse público milita pela proibição da prática do *holk back* e programas assemelhados, com lançamento de valores fictícios às notas fiscais de faturamento de veículos novos, considerando as perdas financeiras impostas aos concessionários e a burla ao devido recolhimento de tributos. As assimetrias contratuais ocasionam perdas financeiras a grupos empresários majoritariamente de capital brasileiro, tolhimento da capacidade de desenvolvimento da economia nacional, além de piora no atendimento ao público consumidor. A modernização da intervenção

¹ SERGIO LUDOVICO Martins. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Juiz de Direito. Membro do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Civil pelo programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP. sergio_ludovico@hotmail.com.

estatal orienta a vedação à estocagem de produtos em detrimento dos concessionários, critérios objetivos para ampliação da concorrência intramarca e restrição à relevância dos comunicados internos emitidos pelas montadoras.

Palavras-chave: Autonomia privada, publicização do direito civil, contrato de concessão automotiva.

ABSTRACT

The contractual celebration is a milestone in the expression of individual freedom. Private autonomy in the contractual scope is analyzed by the manifestation of the volitional element of the parties in comparison with the models of state intervention. The commercial concession agreement signed by automakers and dealers aims to regulate the dynamics of indirect distribution of motor vehicles, parts and services. The asymmetries of this contractual relationship are identified by the doctrine, Brazilian and foreign, for decades, including having motivated the edition of the Renato Ferrari Law. The intensification of competition in the national scenario, arising from the installation of new brands, has reduced the margin of profitability of the automotive segment. In this quadrant, the automakers began to carry out the closure of indirect distribution operations, regardless of the operating time, making possible the return of the capital invested by regional business groups. The asymmetry of the contractual link is expressed in the performance of the dominant firm, automakers, through the disproportionate increase in intra-brand competition, evasion of information and imposition of obligations, through internal communiqués devoid of contractual or negotiating ballast. In order to maintain the transfer to international headquarters, some automakers are imposing financial losses on indirect distributors through the stocking of products, considering the incidence of financial charges in the current account opened by the related floor plan contract. Public interest militates for the prohibition of holk-back and similar programs, with fictitious values being released to the invoices of invoicing new vehicles, considering the financial losses imposed on the dealers and the mockery to the due collection of taxes. The contractual asymmetries cause financial losses to business groups mostly of Brazilian capital, loss of capacity for development of the national economy, and worsening consumer service. The modernization of state intervention directs the prohibition of the stocking of products to the detriment of

²SERGIO LUDOVICO Martins. Bachelor in Law from the Federal University of Goiás. Member of the Judicial Branch of the State of São Paulo. Master's degree in Civil Law by the Graduate Program in Law from PUC / SP. sergio_ludovico@hotmail.com.

dealers, objective criteria for expanding intra-brand competition and restricting the relevance of internal communiqués issued by the automakers.

Keywords: Private autonomy, publicity of civil law, automotive concession contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. AUTONOMIA PRIVADA	14
1.1. NOÇÕES	14
1.2. VOLUNTARISMO JURÍDICO.....	16
1.3. LIMITES DE ORDEM PÚBLICA	20
1.3.1. Noções.....	20
1.3.2. Evolução Histórica	26
1.3.3. Dirigismo do Poder Legislativo.....	33
1.3.4. Regulação do Poder Executivo	37
1.3.5. Intervenção Judicial.....	41
1.3.6. Diversidade de Tratamento: Contratos Existenciais e “De Lucro”	45
1.3.7. Função Social.....	50
2. CONTRATO DE CONCESSÃO AUTOMOTIVA	53
2.1. NOÇÕES	53
2.1.1. Razões fáticas para adoção do modelo de distribuição indireta.....	59
2.1.2. Partes.....	60
2.1.3. Direitos e obrigações	61
2.2. ASSIMETRIAS CONTRATUAIS.....	62
2.3. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	69

2.4. OBRIGAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS.....	74
2.4.1. Noções.....	74
2.4.2. Pré- Nomeação no Mercado Automotivo.....	77
2.4.3. Abertura de Novas Operações	82
2.5. CONTRATO COLIGADO DE <i>FLOOR PLAN</i>.....	86
2.5.1. Noções.....	86
2.5.2. Assimetrias do contrato coligado de <i>floor plan</i>	88
2.5.3. Análise de casos concretos pelo Poder Judiciário	92
2.5.4. Responsabilização pessoal dos sócios da empresa de distribuição indireta pelo insucesso da atividade.....	94
2.6. MARGEM DE LUCRO	97
2.6.1. Pagamento de “retorno”	103
2.6.2. Correspondente bancário	104
2.6.3. <i>Hold Back</i>	105
2.7. CONCORRÊNCIA INTRAMARCA	108
2.8. CONVENÇÕES DE CATEGORIA E MARCA	112
2.9. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO	114
2.10. OBRIGAÇÕES PÓS CONTRATUAIS.....	121
2.11. FORO DE ELEIÇÃO.....	126
CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135

ANEXO 1.....	140
CARTA DE INTENÇÃO	140
ANEXO 2.....	144
CARTA DE PRÉ-NOMEAÇÃO	144
ANEXO 3.....	146
CONTRATO COLIGADO DE <i>FLOOR PLAN</i>.....	146
ANEXO 4.....	147
CONTRATO DE CONCESSÃO AUTOMOTIVA.....	147

INTRODUÇÃO

A experiência jurídica do contrato exasperou a segurança no contexto da movimentação de riquezas, dando concretude ao ato de contrair obrigações civis, além de acrescentar previsibilidade das repercussões de eventual adimplemento imperfeito.

Afigura-se como pilar do direito privado, no âmbito obrigacional, a coercibilidade dos contratos firmados em consequência à factual operação negocial subjacente.

Celebrado o vínculo contratual, o inadimplemento, total ou parcial, facultará a busca pelo crivo jurisdicional, visando compelir ao fiel cumprimento ou busca da conversão em perdas e danos. Daí, extrai-se a máxima de que os contratos fazem lei entre as partes, dogmática jurídica notória através do verbete *pacta sunt servanda*.

A celebração contratual é um marco da expressão de liberdade individual, cuja potência somente se limita por regras edificadas para tutelar o interesse público. A autonomia privada consubstancia conquista social, com exteriorização verificável mediante infinitas possibilidades, frente ao dinamismo e complexidade do arranjo social.

Apesar dos contratos firmados por particulares serem eminentemente afetos ao direito privado, inegável que as sociedades, com a elasticidade inerente às respectivas peculiaridades, imprimiram marcas de publicização ao modelo jurídico contratual; intervenção que se anuncia por vetores emanados das três esferas do Poder Público.

Inibe-se o individualismo jurídico, a partir da previsão de sanção ou nulidade de cláusulas que consubstanciem comportamentos oportunistas por parte dos contratantes em posição de vantagem.

A intervenção estatal na experiência contratual, conferindo amarras à liberdade individual, sugere conflito aparente de garantias constitucionais, cuja solução perpassa por juízo valorativo das forças políticas dominantes. Assim, os setores regentes dos rumos da sociedade parametrizam as modalidades contratuais às quais se voltarão esforços de regulamentação estatal.

A conceituação da autonomia privada, com análise do processo evolutivo do modelo jurídico contratual e hodierna aplicação da liberdade contratual cingida a limites de ordem pública, sem desiderato exauriente, são os elementos componentes do objeto de atenção do presente trabalho.

Pontualmente, pretende-se esmiuçar as peculiaridades da relação contratual continuada travada entre concedentes e distribuidores de veículos, visando à promoção de reflexões da comunidade jurídica.

Contratos com essência predominantemente de cunho empresarial, ou “de lucro”, atraem tratamento diverso dos “existenciais”, passando, como regra, ao largo da regulamentação estatal.

Contudo, o presente trabalho busca clarificar nuances de vínculo relacional de dependência, com sistemáticos abusos de direito da firma dominante (montadoras de veículos automotores), no convencimento da urgência pelo melhoramento dos marcos regulatórios desse modelo de formação e interação de rede interna de distribuição.

A dinâmica de funcionamento da rede de distribuidores indiretos das montadoras de veículos automotores, expressão de acerto vertical com concessionários, produz persistentes falhas de mercado. A inaptidão dos marcos regulatórios nacionais para mitigar a grade de assimetrias repercute negativamente no desenvolvimento de segmento relevante à economia nacional.

As montadoras valem-se da distribuição indireta ante a significativa dimensão do território nacional, com vistas a repartir investimentos com os concessionários, alcançar aumento da escala de fornecimento, em cotejo com a penetração de grupos empresariais de atuação regionalizada nos nichos de mercado exigíveis para boas vendas e satisfatória prestação dos serviços de pós venda.

Por seu turno, os grupos empresariais buscam a nomeação para distribuição indireta de veículos objetivando projeção comercial de representar uma marca internacional de grande notoriedade, além da perspectiva de profícuos negócios.

Indiciário da existência de distorção da experiência contratual brasileira o reiterado descolamento dos resultados financeiros, das montadoras com a respectiva

rede nacional de concessionários; produto da assimétrica relação negocial marcada por dependência.

O insucesso do tecido normativo pátrio e a falta de atuação relevante do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) abrem oportunidade a comportamentos oportunistas; dínamo de significativas externalidades negativas: perda de divisas nacionais, empobrecimento de grupos empresariais regionais, além do fechamento exponencial de pontos de distribuição instalados no passado recente.

As assimetrias dessa modalidade de relação contratual redundam no déficit de investimentos da rede de distribuição, prejudicando, por consequência, a prestação de serviços ao público consumidor.

A legislação de regência das concessões automotivas fora editada sob a premissa do sistema de subsunção regente do diploma subsidiário (Código Civil de 1916), afastando-se da célere mutação evolutiva de instrumentos relacionais que marca o atual arranjo de sociedade da informação.

A leitura de um contrato padrão de concessão do setor automotivo nacional evidencia o silêncio eloquente em relação aos meandros das tratativas pré-contratuais.

A fenomenologia da firma dominante mostra-se escoimada por comunicados internos unilaterais emitidos periodicamente pelos fabricantes, com imposições aos distribuidores de obrigações desprovidas de lastro contratual ou negocial, com afetação à rentabilidade da operação.

A parca disseminação de conhecimento sobre o processo de contratação e execução das concessões automotivas redundam na adoção jurisprudencial majoritária da regra do *pacta sunt servanda*.

Sendo que, os precedentes de intromissões judiciais à fisiologia negocial, tendentes a reequilibrar a relação jurídica de montadoras e distribuidores, são baseadas no princípio da boa fé objetiva; quadra fática ensejadora de insegurança jurídica, visto a ausência de critérios objetivos de previsibilidade.

O detalhamento do vínculo jurídico das concessões automotivas, a análise do tecido normativo e jurisprudência recente, além de remissões à legislação estrangeira,

serão mote para a apresentação da assimetria por dependência, com externalidades negativas relevantes, visando sugerir modernização nesta pontual experiência de contrato relacional.

1. AUTONOMIA PRIVADA

1.1. NOÇÕES

A autonomia privada³, com matriz constitucional (Constituição Federal brasileira de 1988, arts. 1^a, IV, 5^o, II e 170), plasma-se na liberdade de contratar ou não, escolher a pessoa com quem contratar, além da participação na tomada de decisões sobre o respectivo conteúdo.⁴

Miguel Reale posiciona o conceito de liberdade na dogmática jurídica:

“No fundo, se a liberdade é um valor essencial a todos os valores, e se sem valores não se concretiza a liberdade, ambos constituem uma díade incindível, cuja tensão dialética se confunde com a vida mesma do espírito.”⁵

A autonomia da vontade ostenta como foco de atenção o ato volitivo dos sujeitos contratantes⁶, os quais têm a liberdade de criar, modificar ou extinguir direitos, na forma ditada pelos respectivos interesses. A autonomia privada, por seu turno, com aspecto mais amplo, refere-se aos modais de expressão da liberdade, cingidos às vedações e modelos legais regidos por normas de ordem pública⁷.

O gênero autonomia privada, destarte, abarca o elemento volitivo dos contratantes (vontade); somada ao modelo de regulamentação estatal, para o fito de serem criados contratos aptos à eclosão de obrigações: “La autonomía privada es un

³ “(...) o princípio da autonomia da vontade privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da “liberdade contratual” – princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais – que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre.” (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132)

⁴ “A origem do princípio segundo o qual o consentimento das partes basta para formar o contrato continua a ser bastante obscuro; ela deve ser buscada, por um lado, na evolução do direito canônico, por outro, na prática costumeira dos sécs. XII e XIII. Os glosadores (Azão e Acúrsio, nomeadamente) opunham-se à concepção consensual, pois tinham recolhido do direito romano a ideia de que o simples concurso de vontades – o *pactum* – não basta para perfazer um contrato.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 135)

⁵ REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 30

⁶ “A vontade é pois – em Deus, e no homem, que é a sua imagem – a verdadeira força criadora (isto é, que se procria em si própria) do mundo.” (JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores, 1963. p. 24)

⁷ “Nesta senda, costuma-se reservar à autonomia privada como que um campo residual na formação de negócios jurídicos, resultado da apriorística incidência das regras constitucionais e legais que, depois,

poder conferido a los particulares por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo.”⁸

A autonomia privada ⁹ pressupõe a celebração contratual de forma livre e consciente. Trata-se da expressão, numa visão tomista, de uma das facetas do direito de humanidade, a capacidade de exercitar a negociação de obrigações civis; potência individual de se relacionar e ser inserido na sociedade.

A instrumentalização do contrato para registro das manifestações da autonomia privada das partes permite que o crivo judicial, na hipótese de adimplemento imperfeito, seja consentâneo com as bases negociais.¹⁰

O contrato.¹¹ se apresenta como negócio jurídico bilateral, dínamo de obrigações civis de fazer, não fazer ou dar, pautado, regra geral, pela convergência de livre manifestação da vontade das partes¹².

deixam um espaço reservado à atuação do sujeito jurídico.” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato – Os Novos Princípios Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 33)

⁸ FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el Contrato*. Lima: Grijley, 2004. p. 05. Tradução: “A autonomia privada é um poder conferido aos indivíduos por uma norma superior, que regula seu desempenho, estabelecendo ônus e limitações. A lei, assim como pode expandir o campo no qual a autonomia privada atua, também pode restringi-la.”

⁹ “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo do constitucional, no princípio da liberdade de iniciativas econômicas (CR, art. 170) e na liberdade contratual (CC, art. 421).” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 77)

¹⁰ “Si se ve el ordenamiento, yal Estado que se identifica en este último, como una organización dirigida, en definitiva, al empleo de la fuerza, se puede reconocer, fácilmente, que el contrato se inserta en tal ordenamiento, y se convierte en parte integrante del mismo, siendo susceptible de ejecución coactiva, aunque no siempre en fonna específica.” (FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el Contrato*. Lima: Grijley, 2004. p. 50). Tradução: “Se você vir o ordenamento e o Estado que se identifica neste por último, como uma organização dirigida, em suma, ao uso da força, pode ser facilmente reconhecido que o contrato é inserido nessa ordem e torna-se parte integrante do mesmo, sendo suscetível de execução coercitivo, embora nem sempre de uma maneira específica.”

¹¹ “Assim, para ser aplicada em sua maior latitude, a grande lei econômica da divisão do trabalho, necessita de vasar-se pela fileira dos contractos. Igualmente, para receber força intensiva, terá de recorrer, necessariamente, ao mesmo e inevitável expediente. Na mesma construção, na mesma fábrica, num estabelecimento industrial de qualquer natureza, os diversos indivíduos chamados ao seu serviço, operam em combinação, porque seus interesses coincidem. Sem essa combinação de esforços, se essa convergência de interesses, não teria andamento a empresa. Mas, para reconhecer, praticamente, esses interesses e fazê-los subordinar ao fim visado pelo empresário, só há, hoje, um meio, que é o contracto.” (BEVILACQUA, Clóvis. *Direitos da Obrigações*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. p. 155)

¹² “O contracto. – A forma das relações de trocas é o contracto. O jurista define-o concurso dos consentimentos (consensus) de duas pessoas. A definição é juridicamente exacta, porque o elemento

O “princípio da atipicidade dos contratos”¹³ (art. 425 do Código Civil brasileiro) harmoniza-se com a infinidade de contornos das relações interpessoais¹⁴. Inviável que o legislador fizesse a pressuposição das futuras manifestações de autonomia privada no âmbito contratual, especialmente considerado o célere dinamismo social no contexto da atual “modernidade líquida”, “fluída”, de sociedade da informação.¹⁵

A ficção jurídica da instrumentalização contratual se presta para facilitar o atingimento das resultantes a que as partes se obrigaram. O contrato não se presta para limitar a atuação negocial no âmbito social. A regra da atipicidade contratual evidencia, destarte, o prestígio à autonomia privada no direito obrigacional.

A declaração de vontade se soma às partes, ao objeto e à forma para compor os elementos essenciais à existência dos negócios jurídicos (*essentialis negotii*). Sendo que, “a falta de qualquer desses três requisitos acarreta a nulidade do negócio jurídico”.¹⁶

A vontade exige a correlata manifestação para que seja dínamo de efeitos jurídicos. Daí, os desideratos ocultos são inaptos à produção de resultados no plano jurígeno.¹⁷

1.2. VOLUNTARISMO JURÍDICO

O voluntarismo é uma corrente do estudo filosófico que se dedica à análise da liberdade envolta no ato de expressão da vontade. Segundo Descartes: “*Não posso tampouco me lastimar de que Deus não me tenha dado um livre arbítrio ou uma*

obrigatório do contracto reside na vontade.” (JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores, 1963. p. 55)

¹³ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 135.

¹⁴ “A liberdade contratual permite a criação de contratos atípicos, ou seja, não especificamente regulamentados pelo direito vigente, importando na possibilidade para as partes contratantes de derogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado.” (WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 162)

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*: tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001. p. 107/109.

¹⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1953. p. 308.

¹⁷ “Somente quando se manifesta de maneira séria, obrigante e definitiva é que vai repercutir no campo do direito, criando relações jurídicas. De maneira que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui o principal objeto de estudo, neste ensejo.” (p. 55)

vontade bastante ampla e perfeita, visto que, com efeito, eu a experimento tão vaga e tão extensa que ela não está encerrada em quaisquer limites.”¹⁸

A voluntariedade na ciência do Direito permite múltiplas acepções. Refere-se à liberdade de contrair obrigações e ausência de vícios (do consentimento ou sociais) nos motivos fundantes da decisão de contratar. Ainda, consubstancia princípio de investigação da lídima intenção dos contratantes¹⁹.

O atual Código Civil brasileiro preconiza no artigo 112: “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*”

Trata-se de disposição constante da dogmática jurídica nacional, ressalvada sutil alteração de linguagem, desde a codificação de 1916; artigo 85: “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.*”

Ciente de que a autonomia privada pressupõe liberdade do contratante, o voluntarismo se lança na hercúlea missão de compreender as bases do exercício desta prerrogativa.

Enzo Roppo alerta, porém, que “*para individualizar o conteúdo e os efeitos do contrato, se deva recorrer a complicados (e frequentemente impossíveis) introspecções na psique dos contratantes, para averiguar as suas mais recônditas intenções ou motivações subjectivas (...)*”²⁰

O voluntarismo não pode ganhar interpretação que promova a mitigação injustificada da obrigatoriedade dos contratos livremente assumidos. Assim, o interprete deve fazer exercício hipotético com o “homem médio” da sociedade na qual os

¹⁸DESCARTES, Rene. *Meditações Metafísicas*. https://docs.google.com/file/d/0B8GIZ-fiFkhdMDc4N2E5ZDMtM2FkMS00NDRkLThiMjYtNzExMzVjYjc0MTFm/edit?hl=en_US p. 126. Acessado em 24/04/2017.

¹⁹ “O fim. Sua necessidade – A satisfação que espera aquelle que quer, é o *fim* do seu querer. Nunca a acção em si mesma é um fim, mas simplesmente um meio de o atingir. Nunca a acção em si mesma é um fim, mas simplesmente um meio de o atingir. Em verdade, aquelle que bebe quer beber mas só quer beber para alcançar o resultado que d’esse facto espera. Por outras palavras/ em cada acção nós queremos, não essa mesma acção, mas somente o effecto que d’ella nos resulta. Isso equivale a dizer que em toda e qualquer acção nós apenas miramos a alcançar o fim d’ella.” (grifo do autor) (JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores, 1963. p. 15)

²⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.p. 142.

litigantes estejam inseridos²¹ e ponderar sobre a possibilidade de total compreensão da operação econômica subjacente à contratação.

Havendo elementos suficientes à disposição para as partes aferirem as bases do contrato, eventual alegação de ressalvas psíquicas será inábil à nulificação da avença.

Darcy Bessone identifica “problema” afeto à autonomia da vontade no que se refere à discrepância entre a “vontade real” e a “vontade declarada”, propondo a solução pela via “intermediária”.²²

Trata-se de perquirir pela adoção da teoria da declaração ou da vontade real. O prestígio à declaração milita em favor da segurança jurídica, ao passo que a investigação da vontade real guarda melhor sintonia com a essência da autonomia da vontade.

A análise do ato volitivo dos contratantes perpassa pela diferenciação entre boa fé objetiva e subjetiva. A subjetiva se refere ao convencimento pessoal na oportunidade de celebração do ato (exemplo de casamento putativo), ao passo que a objetiva consubstancia princípio de lealdade, postura cooperativa, havida entre os participantes diretos do fato jurídico.

O direito obrigacional vale-se com predomínio da boa fé objetiva, em detrimento da subjetiva, já que o fomento à justiça formal se realiza predominantemente pela apreciação da razoabilidade, subsumindo-se como postura colaborativa, dos atos exteriorizados pelas partes contratantes.

Inegável reconhecer-se que a figura da intervenção estatal na autonomia privada, especialmente o dirigismo promovido por *standarts* contratuais, representa *per si* o refreamento da liberdade individual, uma das acepções do voluntarismo; inspiração dos movimentos revolucionários burgueses refratários ao poder monárquico instalado na Europa Ocidental, por todas rememore-se a Revolução Francesa de 1789.

²¹ “Por isso mesmo, para chegar a um significado pensável ao princípio da função social do contrato, devemos examiná-lo no quadro dos valores nos quais vem o princípio inserido: aí está seu entorno, seu meio ambiente ou “quadro normativo”. COSTA, Judith Martins. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. v. 1. n. 1. maio 2005. p. 45.

²² BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 36.

Prevalece, portanto, o ideário de que o voluntarismo (na acepção liberdade) cingido a normas de ordem pública, aplicado ao modelo jurídico contratual, melhor corresponde aos anseios de benefícios sociais.

O estudo da vontade das partes no âmbito das relações marcadas por dependência, como o contrato de concessão automotiva, permite a compreensão da essência do vínculo relacional.

Identificar-se o que é próprio desta modalidade contratual viabiliza a repressão a condutas porventura assumidas pelos contratantes que sejam desarmônicas com a expectativa natural gerada pela celebração da avença.

Ilustrando: o propósito da montadora na celebração de uma distribuição indireta, compreendendo a representação em território brasileiro da respectiva marca de renome internacional, justifica o desfecho tendente à decretação de rescisão contratual caso o empresário titular de concessão seja condenado por alguma figura criminal de ressonância negativa no mercado consumidor (exemplo: redução à condição analogia à de escravo, art. 149 do Código Penal brasileiro).

1.3. LIMITES DE ORDEM PÚBLICA

1.3.1. Noções

A publicização da dogmática contratual é uma constante do ordenamento jurídico brasileiro e comparado, com a elasticidade incita às respectivas peculiaridades, espaciais e temporais.

A intromissão estatal²³ no vínculo relacional entre particulares fomenta previsibilidade da roupagem de contratos-tipos marcantes na vida social. Trata-se da “função facilitadora” a que alude Ricardo Luis Lorenzetti:

Función facilitadora: el establecimiento de normas relativas a la compraventa, si son generales, puede facilitar la obra de los particulares, de modo que no necesitan inventar el contrato cada vez que quieren realizar la operación jurídica. El tipo se presenta entonces como una experiencia social consolidada en reglas de carácter supletorio. En el plano económico, ello significa una disminución de los costos de transacción, por lo cual se trata de normas eficientes, siempre que sean lo suficientemente generales. La generalidad de las normas garantiza que los repartos económicos queden en manos de los particulares. En cambio, si se establecen disposiciones demasiado específicas, estas decisiones tienen efectos distributivos que restringen la autonomía.²⁴

A uniformidade do feixe central da avença locatória, rotineira negociação no meio social, em todas as regiões brasileiras, facilita as negociações, partindo os interessados de premissas básicas notórias. Imperioso notar-se que, na regulamentação do contrato de aluguel, há garantias ao núcleo familiar e empresarial, em detrimento de propósitos especulativos, como o prazo contratual mínimo e a figura da ação renovatória.

²³ “A autonomia privada não é um poder originário e ilimitado. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece e exerce-se nos limites que esse fixa, limites esses crescentes, com a passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79)

²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 23. Tradução: “Função facilitadora: o estabelecimento de regras relativas à venda, se forem gerais, pode facilitar o trabalho dos indivíduos, para que não precisem inventar o contrato toda vez que desejarem realizar a operação legal. O tipo é apresentado como uma experiência social consolidada em regras de natureza suplementar. No nível econômico, isso significa uma redução nos custos de transação, razão pela qual eles são padrões eficientes, desde que sejam suficientemente gerais. A generalidade das regras garante que as distribuições econômicas permaneçam nas mãos dos indivíduos. Por outro lado, se disposições muito específicas forem estabelecidas, essas decisões têm efeitos distributivos que restringem a autonomia”

O “dirigismo contratual” consiste em instrumento de combate ao “desnível de posições”²⁵, referindo-se à intervenção estatal no âmbito das relações contratuais, notadamente através da função legislativa, com perene rearranjo na calibração entre a autonomia privada e normas de ordem pública.

Neste sentido, leciona Caio Mário:

“O contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser consequentemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas frequências. Como os conceitos de ordem pública e bons costumes vairam, e os conteúdos das respectivas normas por via de consequência, certo será então enunciar que em todo tempo o contrato é momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a execução das normas de ordem pública, e vice-versa.”²⁶

A instrumentalização desta gestão social de interesses privados exige que o Estado lance mão de normas de natureza cogente para o fito de evitar que a negociação abarque estipulações que extrapolem a esfera de direitos dos particulares.

Nesta toada, afigura-se inapta para a produção de efeitos jurídicos a cláusula de não indenizar cotejada com evento configurador de caso fortuito interno (furto em estacionamento remunerado, p. ex.²⁷).

O modelo jurídico contratual mitigador da liberdade particular plena visa diminuir externalidades negativas oriundas de relações de dependência ou diversidade de envergadura econômica entre os contratantes; em resumo, a inibição do egoísmo, do oportunismo da parte em posição jurídica de vantagem:

O egoísmo motor exclusivo do commercio jurídico. – Seja qual for essa origem, não é menos certo que o papel da compensação nas relações da vida é exclusivamente inspirado pelo egoísmo. Todo o funcionamento do commercio jurídico ou social é um systema, perfeitamente ordenado, do egoísmo. Esta apreciação, longe de ser crítica da organização social, não faz mais do que assignar-lhe o merecimento, e encarecer o elemento que constitue a sua grandeza e a sua força. Quanto mais perfeito este fôr, mais se desenvolverão as relações da vida. (JHERING, Rudolf von. *A Evolução do*

²⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – fontes das obrigações: contratos*. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1996. p. 34

²⁶ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 12

²⁷ “Quem coloca seu automóvel em um estacionamento pago está pretendendo adquirir sossego e segurança. O contrato de adesão aí, tendo em vista as situações de estacionamento em grandes cidades, é equivalente a um contrato coativo. Qualquer cláusula de não indenizar, ainda que simplesmente limitativa, temos para nós, contraria a índole do contrato e deve ser tida como não escrita, nula ou ineficaz. (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 256)

Direito. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos &C.a – Editores, 1963. p. 85)

Atento à baixa escolaridade nacional, a existência de dirigismo contratual bem calibrado diminui a ocorrência de vícios sociais e de consentimento, subsumindo-se as operações econômicas mais usuais no seio da comunidade a uma linha mestra de equilíbrio, previsibilidade e compreensão.

O “pensamento de intervenção”²⁸ é o contraponto à cultura do individualismo, a partir da premissa de que o Estado não poderia ficar como mero espectador de viés deturpado do sistema capitalista, cuja concentração de riquezas seria ensejada por assimetrias do mercado e não critérios de meritocracia.

A intervenção estatal na liberdade contratual objetiva revelar-se duto canalizador de valores constitucionais às práticas negociais, cingindo a autonomia privada a um núcleo intangível de garantias contra práticas abusivas.

Oportuna a lição de Canaris:

O “preço” desta configuração da ordem econômica segundo o direito privado e uma certa vinculação social da autonomia privada, a qual, em qualquer caso, tem, em princípio, de ceder se sem a sua limitação o exercício de um direito fundamental ficaria facticamente prejudicado da forma mais intensa - e isto, não apenas pontualmente, em concretas hipóteses casuais, mais ou menos numerosas, mas antes estruturalmente em amplos domínios, devido aos dados *típicos* desta constelação problemática. Por isso deve aqui, em princípio, afirmar-se um imperativo de tutela jurídico-constitucional.²⁹

A figura do contrato congloba a experiência no plano fático, doutrinariamente nomeada como operação econômica subjacente, e os instrumentos expressos celebrados como mecanismo assecuratório de direitos.

A intromissão estatal obtém sucesso na promoção à justiça contratual quando extravasa dos meandros instrumentais e domina a cena dos fatos, orientando as práticas negociais a modelos garantidores de equilíbrio entre as partes.

Dworkin cunha a inibição das potências individuais no âmago dos atos estatais, sob quaisquer roupagens, que tragam gravame ao conceito de liberdade incondicional:

²⁸ “O ‘pensamento da intervenção’ – apesar de entretanto generalizadamente criticado – pode, pois, em princípio, defender sua legítima posição também para as normas de direito privado.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2003. p. 34)

*“A liberdade como licença é um conceito indiscriminado porque não distingue entre as formas do comportamento. Toda lei prescritiva diminui uma liberdade como licença, antes disponíveis para os cidadãos.”*³⁰

O filósofo estadunidense propõe que a intervenção estatal na experiência contratual, como mote para cingir a expressão de vontades particulares, persiga resultante benéfica, numa ótica social, da intervenção: *“A questão levantada por qualquer lei desse tipo não é se ela ataca a liberdade, coisa que faz, mas se o ataque é justificado por algum valor contrastável, como a igualdade, a segurança ou a comodidade pública.”*³¹

As opções constitucionais pátrias pela livre iniciativa econômica e propriedade privada orientam que não se promova intervenção estatal no contexto de relações contratuais quando inexistirem benefícios sociais relevantes.

Dois hipóteses bem ilustram este cenário do imperativo de tutela estatal: a proteção de consumidores aderentes a contratos padrões desprovidos de meios para interferir no equilíbrio econômico financeiro da avença³² e inibição de condutas oportunistas por firmas dominantes no âmbito de mercados oligopolistas.

A intervenção estatal nas relações contratuais caminha em rota limítrofe ao pernicioso paternalismo jurídico; substituição da autonomia como feixe central do direito privado pela onipotência estatal: *“Esse paternalismo torna-se um efetivo perigo para o exercício da autonomia quando o Estado passa a se compreender como primordial guardião dos interesses individuais, atuando como se conhecesse as preferências de seus cidadãos melhor do que eles mesmos”.*³³

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2003. p. 88.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2016, p. 404.

³¹ Idem. p.405.

³² “A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 167).

³³ LEAL, Fernando. *Seis objeções ao Direito Civil Constitucional*. In *Direito Privado em Perspectiva*. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 116.

A intervenção estatal objetiva a promoção da igualdade formal, distribuição equânime de oportunidades no contexto contratual, passando ao largo de promover a igualdade material: “*A denominada justiça contratual implica uma espécie de acesso de igualdade e de oportunidade: todo sujeito de direito pode contratar. Isso, entretanto, não pode levar a concluir que todos são efetivamente iguais, pois diz respeito a um conceito de justiça meramente formal.*”³⁴

O abuso de direito refere-se à assunção de postura pautada na literalidade da lei, porém violadora do respectivo espírito, com o objetivo de angariar benefícios moralmente condenáveis, independente da intenção deliberada de prejudicar terceiros (responsabilidade objetiva).³⁵

O atual ordenamento jurídico pátrio apresenta o direito de vizinhança como feixe de estudo que bem ilustra os contornos da figura do abuso de direito.

Extrai-se do direito de vizinhança hipótese patente do abuso de direito, particularmente quando o proprietário de um imóvel vale-se de eventos festivos noturnos com música alta, prática desarmoniosa com a razoabilidade do contexto residencial, cuja licita fruição do respectivo imóvel (art. 1.228, *caput*, do Código Civil de 2002³⁶), mormente inexista interesse deliberado em prejudicar terceiros, tem o potencial de redundar em justificadas demandas judiciais de obrigação de não fazer

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 326.

³⁵ O início da vigência do *códex* napoleônico marca a gênese de atenção no cenário jurídico à figura do abuso de direito: “Assim, em 1808, condenou-se o proprietário dum oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do do vizinho. Em 1861, foi condenado o proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso de direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.” (MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 671)

³⁶ “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

(artigo 1277 do Código Civil de 2002³⁷), além de compensação a danos morais (art. 186 do Código Civil de 2002³⁸).

A posição jurídica de vantagem não autoriza o exercício dos respectivos atributos em desacerto com balizas éticas, consoante vetusta lição de Cícero: “*summum jus, summa injuria*” (excesso de direito, excesso de injustiça). Impertinente com o atual ordenamento jurídico, destarte, a adoção irrestrita da parêmia “*permittitur quod non, prohibetur*” (presume-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe).

A inépcia da Lei Renato Ferrari para abranger a integralidade das hipóteses de atos unilaterais oportunistas à disposição da firma dominante, aliado à ausência de instrumentos de coerção para o cumprimento de balizas legais (exemplo da falta de ressonância na experiência contratual do método extrajudicial de solução de conflitos da arbitragem), exige que o interprete lance mão da figura do abuso de direito.

Trata-se da investigação da conduta e dos danos causados sem, necessariamente, haver culpa patente, na forma de desatenção a algum comando legal:

Vivemos, hoje, a época da crescente mecanização dos nossos hábitos de conviver, da 'robotização' das atividades fabris, do tráfego alucinante das megalópolis, das agressões ao meio ambiente pelos grandes complexos industriais, dos 'vazamentos' catastróficos das usinas nucleares, enfim, da despersonalização do homem, das vicissitudes da luta de Galatéia contra Pigmaleão. A responsabilidade é, hoje, um problema de garantia social e, por isso mesmo, refoge às condicionantes subjetivas da culpa individual. Criamos uma civilização de corpo maior que a alma, como diz Bergson. A lei não esgota o direito e é impossível dividir o mundo em esquemas rígidos sem deixar restos.³⁹

A hipótese da Lei Renato Ferrari, legislação extravagante com índole cível empresarial que regula o contrato relacional firmado entre concedentes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, não pode ser confundida com a figura do mercado regulado; modelo, p.ex. de comercialização de parcela da energia elétrica no território nacional.

³⁷ “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”

³⁸ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

³⁹ MOACYR PORTO, Mário. *O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil*. Revista da Ajuris. n.º 39. Março/1987. p. 199-205.

A intervenção estatal através da criação legal de balizas para modelos contratuais passa ao largo de ensejar a figura do mercado regulado, conservando as características de um mercado livre, já que inexistente a tarifação pública de produtos e serviços, necessidade de autorização estatal para atuação ou plataforma exclusiva para ambiente de negócios.

A intervenção estatal tendente a alijar o abuso de direito das relações contratuais não se esgota na produção legal, havendo fiscalização inibitória a comportamentos oportunistas tanto nas esferas judiciais como no desempenho dos múltiplos órgãos da Administração Pública direta e indireta.

As atividades judiciais, legais e da lavra do Poder Executivo estão umbilicalmente intrincadas, visto que, às Administrações Públicas compete regulamentar e fiscalizar *standard* comportamentais com arrimo legal, cuja interpretação caberá ao Poder Judiciário⁴⁰.

A divisão adiante esposada atende ao interesse acadêmico de melhor compreensão destas modalidades de intervenção, através das três esferas do Estado (Executivo, Judiciário e Legislativo), não representando visão da respectiva organização com reducionismo estanque.

1.3.2. Evolução Histórica

As operações econômicas, matrizes subjacentes da experiência contratual, remontam aos tempos primordiais da história humana. Interessa à ciência do direito a aproximação da fenomenologia das negociações entre particulares com a organização de regramentos exarados pelo Estado.

Importante justificativa filosófica à organização estatal, ficção humana tendente à pacificação social, remete às digressões do clássico *Leviatã*:

“Mas tal como os homens, tendo em vista conseguir a paz, e através disso sua própria conservação, criaram um homem artificial, ao qual chamamos

⁴⁰ “A experiência mostra ao invés, que, muitas vezes, esses limites e restrições têm a sua fonte directa, mais do que em abstractas previsões da lei, em decisões judiciais ou em providências das autoridades administrativas.” (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 139.)

Estado, assim também criaram cadeias artificiais, chamadas leis civis, as quais eles mesmos, mediante pactos mútuos, prenderam numa das pontas à boca daquele homem ou assembléia a quem confiaram o poder soberano, e na outra ponta a seus próprios ouvidos.”⁴¹

No plano do Direito Romano Clássico, a figura da *estipulatio* buscava imperatividade das avenças celebradas no imaterial campo religioso; recorrendo à espiritualidade para ostentar força coativa. De toda sorte, inexistia organização dogmática sobre a matéria.

Nesse período, o Império Romano valia-se de quatro modalidades contratuais: verbais, reais literais e consensuais⁴².

Os contratos verbais eram celebrados através de uma pergunta (*interrogatio*) cuja resposta pelo devedor dava ensejo ao surgimento da obrigação.

A modalidade literal caracterizava-se pela forma escrita expressa.

Os consensuais, por seu turno, eram aperfeiçoados através do mero consentimento das partes. Erigiram como usuais, dentre desta categoria, a *locatio consuctio* e a *emptio venditio*.

Os contratos reais se referiam ao *mutum*, o *comodatum*, o *depositum* e a *pignus*

O Período Justiniano marcou o surgimento de um “*instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento provido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação.*”⁴³

⁴¹ THOMAS HOBBS de Malmesbury. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. cap. XXI. http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acessado em 11/05/2017.

⁴² DA SILVA, Luiz Alberto. *Dirigismo Contratual*. Revista da Faculdade de Direito. 1965. Universidade Federal de Minas Gerais. 1965. < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/974>> Acessado em 11/05/2017.

⁴³ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

Durante o reinado de Justiniano, surgiu o *Corpus Juris Civilis*, o qual revisou as bases do Direito Romano Clássico, através das figuras do *Digesto* (compêndio de normas) e o *Institutas* (manual para lecionar aos estudantes do Direito).⁴⁴

Num primeiro momento, o adimplemento imperfeito das obrigações assumidas através destes instrumentos embrionários da experiência contratual abria ensejo ao manejo de ação *ex delicto*. Posteriormente, o modelo evoluiu para fazer do contrato expresso fonte autônoma de obrigações, inclusive com a possibilidade da inclusão de cláusulas penais.

O Código Civil de Napoleão (1804) extrapolou as fronteiras francesas, servindo de inspiração para a difusão na Europa e América Latina de diplomas normativos; daí a edificação do modelo defendido pela Escola da Exegese.

Acertada destarte, a ponderação do próprio Napoleão, na ocasião de exílio na ilha de Santa Helena: “*Minha verdadeira glória não é de ter ganho quarenta batalhas Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que não se apagará, o que viverá eternamente, é meu Código Civil*”.⁴⁵

O *Codice Civile* Italiano de 1865⁴⁶ afetara, por seu turno, o conceito de contrato a limites legais, trazendo as operações econômicas subjacentes aos contornos legiferantes expressos: Art. 1097. “*Le obbligazioni derivano dalla legge, du contratto o quase-contrato, da delitto o quase-delitto*”⁴⁷, Art. 1098. “*Il contratto è l'accordo di due ou piú persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro um vincolo giuridico.*”⁴⁸

O *Codice Civile* Italiano de 1942⁴⁹ anuncia a dogmática da autonomia dos contratos como fontes originárias de obrigações: “*Art. 1173 Fonti delle obbligazioni Le*

⁴⁴ DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7.ed. São Paulo: Saravia, 2013. p. 82.

⁴⁵ Idem.p. 220.

⁴⁶ “O Código Civil de 1865 pode ser chamado de o código da unidade da Itália, na medida em que sela uma uniformidade política que - não-obstante os graves desequilíbrios de caráter econômico, político e social - determina a abolição dos códigos pré-unitários de cada Estado italiano.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 04)

⁴⁷ Tradução: A obrigação deriva da lei, do contrato, do quase-contrato, do delito ou quase-delito.

⁴⁸ Tradução: O contrato é um acordo de duas ou mais pessoas para constituir, regular ou dissolver entre eles um vínculo jurídico.

⁴⁹ “O Código de 1942, ao revés, coloca ao centro da atenção a empresa, a atividade produtiva, a regulamentação do trabalho, a necessidade de organizar a produção, a forma política e jurídica do intervencionismo do Estado nas relações econômicas. O interesse do legislador é potencializar o Estado,

obbligazioni derivano da contratto (1321 e seguenti), da fatto illecito (2043 e seguenti), o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle (433 e seguenti, 651, 2028 e seguenti, 2033 e seguenti, 2041 e seguenti) in conformità dell'ordinamento giuridico."⁵⁰

Ainda, consigna o caráter patrimonial dos contratos: “*Art. 1174. Carattere patrimoniale della prestazione La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (1256 e seguente, 1411 e seguenti).*”⁵¹

O Poder Legislativo edita normas cogentes às operações econômicas com o desiderato de ofertar previsibilidade às repercussões de pactos expressos com a assunção de obrigações, traduzindo a mola mestra da função estatal de pacificação das relações sociais. O caráter imperativo das obrigações contratualmente criadas mitiga a violência particular, fomentando, por consequência, a circulação de riquezas,

A evolução do estudo da experiência contratual mostrou a necessidade da organização de pilares negociais tendentes a evitar a concentração de riquezas no contexto de relações desequilibradas, assimétricas, dando ensejo a enriquecimento motivado por vetores alheios à meritocracia. O exercício da intromissão estatal no interim contratual sempre fora marcado pela discussão do grau de ingerência que o poder estabelecido poderia laborar sem efeitos deletérios.

Daí, a história humana vem percebendo pêndulos na intensidade de intervenção no âmbito contratual, cuja calibração do poder estatal com a autonomia privada guarda consonância com a própria organização de governo e ideologia dominantes quanto à pertinência do grau de promoção do estado de bem estar social.

umentar a produtividade, fazendo do produtivismo a característica precípua do ordenamento.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 04)

⁵⁰ Tradução: Fontes de Obrigações As obrigações decorrentes do contrato (1321 e seguintes), do fato ilícito, (2043 ou posterior) ou qualquer outro ato ou fato capaz de produzi-los (433 e seguinte, 651, 2028 e seguintes, 2033 e seguintes, 2041 ff) de acordo com o ordenamento jurídico.

⁵¹ Tradução: Caráter patrimonial da prestação. A disposição que se forma objeto de obrigação deve ser suscetível de avaliação econômica e deve corresponder a um interesse, mesmo que não patrimonial, do credor (1256 e seguintes, 1411 e seguintes)

O modelo monárquico absolutista, com inata negação do valor da autonomia da vontade dos cidadãos, fora substituído gradativamente pelas inspirações da britânica Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of Rights*).

O movimento iluminista de valorização da vontade individual fora ainda marcado pela Declaração de Direitos da Virgínia (1.776), Declaração dos Direitos dos Estados Unidos (*United States Bill of Rights*, 1789), além da francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

O reconhecimento do valor individual do cidadão ensejou a edificação da concepção contratual clássica, sob os pilares da autonomia privada e obrigatoriedade dos pactos. A superação de séculos de negação à vontade particular, alheia ao desejo monárquico, tornou natural o prestígio máximo às intenções individuais, especialmente porque o extrato burguês fora o segmento capitaneador das revoluções contemporâneas à construção dessas declarações.

A Escola Keyesiana conferiu base acadêmico-filosófica aos questionamentos surgidos no contexto social sobre os efeitos deletérios da defesa irrestrita do ideário burguês de ausência estatal nas relações negociais privadas, culminando na marcante obra (1926) “The End of *Laissez-Faire*”:

Let us clear from the ground the metaphysical or general principles upon which, from time to time, *laissez-faire* has been founded. It is *not* true that individuals possess a prescriptive 'natural liberty' in their economic activities. There is *no* 'compact' conferring perpetual rights on those who Have or on those who Acquire. The world is *not* so governed from above that private and social interest always coincide. It is *not* so managed here below that in practice they coincide. It is *not* a correct deduction from the principles of economics that enlightened self-interest always operates in the public interest. Nor is it true that self-interest generally *is* enlightened; more often individuals acting separately to promote their own ends are too ignorant or too weak to attain even these. Experience does *not* show that individuals, when they make up a social unit, are always less clear-sighted than when they act separately⁵².

⁵²Keynes, John Maynard. *The end of laissez-faire*. 1926. <<https://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>> Acessado em 27/06/2017. Tradução: “Deixemos clarear do fundamento dos princípios metafísicos ou gerais sobre os quais, de tempos em tempos, o *laissez-faire* foi criado. Não é verdade que os indivíduos possuem uma "liberdade natural" prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um "compacto" que confere direitos perpétuos aos que têm ou a quem adquire. O mundo não é tão governado por cima do que o interesse privado e social sempre coincidem. Não é tão bem sucedido aqui abaixo que, na prática, coincidem. Não é uma dedução correta dos princípios da economia que o interesse próprio esclarecido sempre atua no interesse público. Nem é verdade que o interesse próprio em geral é iluminado; Mais frequentemente, os indivíduos que agem

As crises humanitárias oriundas das duas grandes guerras mundiais motivaram a redefinição do pensamento ocidental, instrumentalizada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). A preocupação social como imperativo a permear o exercício de posições jurídicas de vantagens viera insculpida pelo respectivo artigo 29:

1.O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2.No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3.Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

A Igreja Católica colaborou no fomento à discussão sobre a necessidade de humanização das relações sociais, notadamente através da Encíclica *Rerum Novarum* (“Das Coisas Novas”), editada pelo Papa Leão XIII, em 1891. Trata-se de uma defesa à propriedade privada, sob as égides de modelo capitalista calcado na ética, alheio às ideias comunistas que redundariam na Revolução Russa de 1917.

Ademais, contemporânea à revolução industrial, prega a intervenção estatal para fomentar a justiça das relações contratuais:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristo. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços.⁵³

Caio Mário leciona que esta corrente de pensamento já se mostrava na pauta de relevância do cenário brasileiro do início do século XX:

No começo, porém, deste século compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. O capitalismo desenvolvido, com a industrialização crescente, e a criação das grandes empresas, conduziu á defasagem dos contratantes. Aparentemente iguais, estes acham via de regra desnivelados economicamente. E o negócio que realizam sobre a influência desta diferenciação. Consequentemente, o contrato com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais,

separadamente para promover seus próprios fins são muito ignorantes ou fracos demais para alcançá-los. A experiência não mostra que os indivíduos, quando compõem uma unidade social, são sempre menos claros do que quando atuam separadamente.”

⁵³ https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos em tal grau que ofende aquele ideal de justiça que é a última *ratio* da própria ordem jurídica.”⁵⁴

Hodiernamente, impensável um modelo jurídico alheio às preocupações do pensamento majoritário na sociedade, com viés humanístico; arrimo principiológico da Constituição Federal brasileira de 1988, Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor.

O atual desafio no plano doutrinário se refere à harmonização da função social de institutos de Direito Privado com a obrigatoriedade das avenças, ícone de previsibilidade e dínamo da circulação de riquezas.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 12

1.3.3. Dirigismo do Poder Legislativo

O dirigismo contratual pela via legislativa se realiza através da Constituição Federal de 1988, normas contidas no Código Civil brasileiro, além de farta legislação extravagante⁵⁵.

A analítica Magna Carta nacional registra a socialização da interpretação dos institutos de Direito Privado desde o respectivo artigo 3º, donde anuncia como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. O princípio fundante da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), por seu turno, orienta o imperativo de priorização da humanização das relações jurídicas erigidas no íterim social.

O legislador constituinte originário cunhou pilares à ordem econômica (art. 170) ao consignar as seguintes expressões “livre iniciativa”, “existência digna”, “justiça social”, “propriedade privada”, “função social da propriedade”, “redução das desigualdades regionais e sociais”, além da “livre concorrência”.

O arcabouço constitucional do dirigismo legiferante consta do artigo 174: *“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”*

O Código Civil brasileiro traçou orientação interpretativa que dita os efeitos jurídicos dos contratos celebrados entre particulares; *ex vi* art. 113: *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”*.

⁵⁵ Na verdade, em primeiro lugar impende reconhecer que, atualmente, de fato o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, tanto quanto a ela não se tributa a justificativa dos efeitos obrigacionais advindos do negócio, a justificativa mesmo dos termos de sua tutela, se disso merecedora, garantida pelo ordenamento. A estatuição de valores constitucionalmente fundamentais a serem sempre atendidos, bem assim a disposição de normas infraconstitucionais, de dirigismo contratual, que servem a dar efetividade àqueles valores, ampliam o conceito das fontes do contrato.” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato – Os Novos Princípios Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 32)

No tocante à adoção dos usos do local, aborde-se a aproximação útil entre duas pessoas, físicas ou jurídicas, que resulte na venda de bem imóvel. Apesar de inexistir patamar remuneratório previamente avençado para o profissional da corretagem, haverá a respectiva identificação através do critério da usualidade; no Estado de São Paulo à ordem de seis por cento do preço de venda do bem imóvel.

Corroborando esta orientação, assenta o artigo 724 do Código Civil de 2002: “*A remuneração do corretor se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais*”.

Trata-se do efeito integrador do Código Civil, cuja colmatação de lacunas da relação contratual visa contemplar os imperativos de previsibilidade, segurança jurídica e razoabilidade. A sistemática ora posta afasta pretensões de um dos polos contratantes com viés oportunista, além de tornar previsível o deslinde judicial, a partir de soluções emanadas do processo legislativo, do qual se presume a participação de todas as correntes da sociedade.⁵⁶

O princípio da atipicidade contratual, liberdade na deliberação do teor dos instrumentos contratuais, reitere-se, guarda consonância com a complexidade e dinamismo da organização social. Inviável que o legislador fizesse a previsão de todas as nuances contratuais futuramente desejadas no bojo da sociedade.

Daí, a redação do artigo 425 do Código Civil brasileiro: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas nesta Código.*”

A pauta axiológica obrigatória aos contratantes encontra assento na dicção do art. 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*”

⁵⁶ “A existência de um código civil, cujas normas têm, em geral, a estrutura de regras, impede; *prima facie*, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações entre particulares por via indireta isto é, para usar a expressão de Dürig, por meio do direito privado. O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo coo base os princípios constitucionais.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147)

A expressão função social do contrato não admite que se interprete a vedação à figura do lucro, da inserção da mais valia no preço final do produto ou serviço, ante o prestígio constitucional à propriedade privada e livre atividade econômica. Ressalvadas as hipóteses de vícios sociais ou do consentimento, lícito que as partes contratantes busquem e efetivamente logrem resultados financeiros para si favoráveis.

A vedação legal expressa à celebração de uma modalidade contratual por classe de pessoas jurídicas pode ser evidenciada pela dicção do artigo 35 da lei federal n.º 4.595/64: *“É vedado ainda às instituições financeiras: II – Adquirir bens imóveis não destinados ao próprio uso, salvo os recebidos em liquidação de empréstimo oficial ou duvidosa solução, caso em que deverão vendê-los dentro do prazo de (1) ano, a contar do recebimento, prorrogável até duas vezes, a critério do Banco Central da República do Brasil.”*

O dirigismo estatal, na forma legislativa, em hipóteses de desvio de finalidade encontra assento no teor do artigo 24, §1º, do Estatuto da Cidade: *“Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.”*

A atividade legiferante busca prescrever comportamentos, cominando sanções, no desiderato de orientar as práticas contratuais com norte na busca por resultantes sociais positivas. Neste sentido: *“as normas jurídicas expressam o ‘padrão concreto’ ou a ‘formação abstrata’ daquilo que deve ser nas relações jurídicas.”*⁵⁷

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, consiste em diploma legal com o objetivo de “proteção e defesa do consumidor” (art. 1º). Trata-se de mecanismo de dirigismo estatal, na forma legiferante, com larga intervenção no cotidiano da sociedade brasileira.

A pertinência em parte das críticas ao paternalismo excessivo e notável prestígio a cláusulas de conteúdo aberto, com mitigação à segurança jurídica, não afasta em absoluto a virtude da promoção de humanização das relações contratuais.

⁵⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão: São Paulo, Martins Fontes, 2006. p. 38

O fomento à justiça contratual pode ser evidenciada pela dicção do artigo 51: *“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que: XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor.”*

Na área rural, a vedação a comportamentos oportunistas, com aproveitamento de posições jurídicas de vantagem, é contemplada, sem prejuízo das normas expressas no Código Civil, pelo Estatuto da Terra (lei federal n.º 4.504/1964). Os prazos contratuais para arrendamentos rurais (art. 95, XI, “b”), ilustram a estatal organização da experiência contratual, com obrigatoriedade de observância do interregno mínimo ao cultivo de uma safra para a cultura a ser explorada.

Buscara o legislador proteger o produtor rural não proprietário de glebas; prestigiando, destarte, tanto o particular em posição desvantajosa como a segurança alimentar nacional. O objetivo preventivo a crises no mercado de produção rural inspirou inclusive o fomento à securitização, consoante dita o respectivo artigo 91, §2º: *“Os contratos de financiamento e empréstimo e os contratos agropecuários, de qualquer natureza, realizados através dos órgãos oficiais de crédito, deverão ser segurados na Companhia Nacional de Seguro Agrícola.”*

Os vínculos locatícios urbanos são objeto de regulamentação da lei federal n.º 8.245/1981. A figura legal da ação renovatória (art. 71 e segs.) evidencia a mitigação da esfera de prerrogativas dos proprietários de imóveis não residenciais, com inibição à especulação imobiliária e prestígio à manutenção da atividade empresarial.

A preocupação social em detrimento da autonomia privada do proprietário, locador, motiva a regulamentação ditada pelo artigo 53 da Lei de Locações, já que vínculos locatícios de imóveis afetos ao funcionamento de *“hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas”* são contemplados com rol *numerus clausus* de hipóteses legais para rescisão.

O panorama geral de modalidades de dirigismo estatal, da lavra do Poder Legislativo, ostenta o cerne comum da mitigação de posições jurídicas de vantagem,

com vedação a comportamentos oportunistas, tendo como norte o fomento ao atendimento de interesses sociais, como justiça formal no contexto contratual, defesa da continuidade da atividade econômica e tutela do ente contratual com menor envergadura.

Segundo Arruda Alvim:

Os setores críticos do direito (trabalhista, previdenciário [entre outros], de locações; promessas de venda de imóveis loteados), chamaram a atenção do legislador, para que, intervindo pudesse vir o contrato representar aquilo que as partes efetivamente poderiam querer, mas que, diante da liberdade contratual, o forte lograva obter o que o fraco não queria, nem desejava, mas o que acabava 'aceitando', pois era importante ou vital mesmo realizar o negócio. Como, ainda, inexistia outro caminho para contratar, que não fosse o eventualmente a ficar sujeito a uma situação de desvantagem contratual.⁵⁸

1.3.4. Regulação do Poder Executivo

A intervenção estatal no âmbito contratual levada a efeito pelo Poder Executivo se efetiva por meio da atuação normativa e fiscalizadora da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e, com recente vigor, das agências reguladoras.

O princípio do legalismo (reserva legal) constitucional⁵⁹ harmoniza-se com o dirigismo contratual emanado do Poder Executivo porquanto os regulamentos *lato senso* limitam-se a detalhar, esclarecer a aplicação, das normas ditadas pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

Sem prejuízo da participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo, inserindo-o na gênese de dirigismo contratual na modalidade legal, por meio da iniciativa de projetos de lei, edição de medidas provisórias e exercício da prerrogativa do veto, a Magna Carta expressamente preconiza função normativa na modalidade secundária, mediante decretos e regulamentos, consoante dicção do respectivo artigo 84, incisos IV, VI e XXVI.

⁵⁸ ALVIM NETTO, J. M. A. *Cláusulas abusivas e seu controle no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais *on line*. Revista de Direito do Consumidor. v. 20. out. 1996. p. 19.

⁵⁹ CF/88. Art. 5º. II. "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

Os decretos e regulamentos configuram mecanismo de mobilidade normativa, facilitando o fenômeno da “semântica jurídica”⁶⁰, já que, preservam-se institutos e ditames legais, promovendo-se a modernização do ordenamento jurídico, atento à celeridade reclamada pelo dinamismo social.

Saliente-se que o processo legislativo requer liturgia com natural delonga, posto ser exigida a admissibilidade da comissão de constituição e justiça, aprovação em comissões temáticas e a convergência de interesses com oportunidade política para apreciação nos plenários das Casas políticas.

Daí, o modelo de “sociedade da informação”, num panorama de “pós-modernidade”⁶¹, reclama a celeridade da sistemática de preservação de textos normativos, de cunho genérico, complementados por regulamentos governamentais.

Os contratos regentes dos direitos e obrigações das pessoas que submetem o próprio corpo à pesquisa científica ilustram a restrição à autonomia privada, com natureza de ordem pública, emanada pelo Ministério da Saúde; *ex vi* Resolução n.º 466 de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde. “Todos os laboratórios com atuação em território brasileiro que intentem fazer pesquisa com seres humanos terão que firmar contratos com os participantes da empreitada mediante marcos regulatórios oriundos do Poder Executivo.”

Na mesma toada, mormente a Lei de Biossegurança (11.105/2005) tenha se pautado por abranger gama significativa de detalhamento técnico, a efervescência da ciência reclama rápida e minuciosa regulamentação estatal; harmônica com atos emanados pelo Ministério da Saúde.

A Lei da Reforma Bancária (4595/64) dispõe: “*Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;*”

⁶⁰ REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209-218.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 305.

Os contratos de natureza bancária firmados pelas instituições financeiras com atuação no Brasil devem obediência a critérios de securitização, garantia, comissionamento, dentre outros, deliberados pela equipe econômica do governo como importantes à tutela do consumidor, segurança do sistema monetário e fomento da cadeia de operações financeiras.

O depósito compulsório obrigatório com patamares flutuantes, sob o crivo do Conselho Monetário Nacional, também exemplifica a intervenção de órgão governamental, criando dever anexo à celebração contratual de operações bancárias de financiamento, na promoção da segurança do sistema bancário, visando garantir a incolumidade da economia nacional.

Seguindo o espírito de manutenção dos pilares macroeconômicos nacionais, a lei 4595/94 atribui ao Banco Central o disciplinamento das atividades das Bolsas de Valores e dos corretores de fundos públicos (art. 4º, XXI). Daí se infere a intervenção de atos regulamentares advindos do Banco Central nos contratos firmados no contexto das bolsas de valores, ativo de crescente relevância no contexto nacional.

O fortalecimento do modelo regulatório por agências governamentais, com inspiração na experiência norte americana, vem sendo notado no passado recente nacional. O manejo de autarquias especiais marcadas pela tríade de independência (inclusive com autonomia gerencial e financeira), especialização técnica e atribuição normativa secundária, está amplamente inserido na rotina nacional; parametrizando, dirigindo os contratos tipos mais usuais na vida societária.

Mormente a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (art. 21, XI) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (art. 177, §2º, III) tenham matriz constitucional, a disseminação do modelo de privatização de serviços públicos ensejou a criação legal de diversas outras agências governamentais para regular a relação jurídico contratual dos concessionários com o público consumidor.

Note-se que a intromissão das agências se mostra presente durante a integralidade da fenomenologia contratual. Uma operadora de planos de saúde, na fase preliminar, antes de ofertar ao público consumidor, deve observar se o produto não encontra ressalva em normas de saúde suplementar editadas pela Agência Nacional de

Saúde Suplementar. A regulação da ANS engloba ainda o *interim executório* da avença, especialmente porque autoriza as faixas de reajustes monetários das mensalidades.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) também dita os parâmetros das ofertas para fornecimento dos serviços de telefonia e *internet*, elaborando *standards* contratuais que devem ser endossados pelos concessionários, sob pena da imposição de multas e, na hipótese de recalcitrância, cassação da concessão.

Denota a intervenção de agências reguladoras na fase pós-contratual, o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) na edição de atos normativos tendentes a compensar a necessidade do manejo de energia proveniente de termoelétricas, com maior custo ao concessionário, permitindo cobranças extras junto ao público consumidor tendo como fatos geradores períodos pretéritos.

O importante e crescente papel das agências reguladoras vem dando ensejo ao estudo da “captura” da respectiva gestão por interesses corporativos do segmento regulado. Assim, a habilidade para interferir no equilíbrio econômico financeiro da relação negocial abre espaço para o oportunismo político de serem infiltrados quadros alinhados aos propósitos empresariais das empresas do segmento alvo de regulação.

Máculas pontuais, contudo, não afastam os benefícios do importado modelo norte americano de agências governamentais para conferir concretude, detalhamento, a normas legais; parametrizando contratos a serem ofertados ao público consumidor.

O poder normativo das agências reguladoras em atenção aos contratos firmados entre concessionários de serviços públicos e usuários mostra-se vastamente abordado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁶²

⁶² ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. MULTA. ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO ANTAQ 858/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. 1. Aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pela ANTAQ, no exercício de competência normativa assegurada pela Lei 10.233/2001 - "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração". 2. Ausência de violação ao princípio da legalidade, pois a Lei 10.233/2001 é precisa ao definir as condutas puníveis, as penalidades cabíveis e a forma de gradação da pena, estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações. Disciplina os em regulamento próprio, conforme autoriza a própria lei. 3. Recurso especial não provido. (STJ. REsp 1386994 / SC. 2ª Turma. Relatora Eliana Calmon. Data do Julgamento)

A heterointegração promovida no modelo jurídico contratual pelo Poder Executivo confere unidade ao ordenamento, já que a opção legislativa pelo imperioso atendimento da função social alija a figura, no contexto contratual, da teoria do espaço jurídico vazio, idealizada por Santi Romano e desenvolvida por Norberto Bobbio⁶³.

Atento à publicização da matéria, inexistente relação jurídico contratual que passe ao largo de eventual crivo estatal. O princípio da atipicidade contratual confere liberdade à contratação, contudo, o manifesto desatendimento à pauta de eticidade orientada pela Magna Carta, com endosso nos artigos 113, 122, 421 e 422 do Código Civil de 2002, tem o potencial de redundar em anulação, nulidade, parcial ou total da avença, além de abrir ensejo a conversão em perdas e danos.

Assim, todas as relações contratuais são potencialmente objeto de dirigismo contratual, sendo inaplicável no ordenamento jurídico nacional, em referência ao modelo contratual, a teoria do espaço jurídico vazio.

Os paradigmas de conduta nas relações jurídico contratuais, portanto, prestigiam a liberdade particular cingida ao espectro alheio às vedações legais, cujo detalhamento é atribuição, mediante decretos e regulamentos, do Poder /Executivo.

1.3.5. Intervenção Judicial

O Poder Judiciário tem o poder-dever de analisar a licitude das práticas contratuais, sempre que provocado através do exercício do direito de ação, em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição: CF/88. Art. 5º. XXXV – *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”*

Hodiernamente, a intervenção judicial na experiência contratual mostra-se com significativa abrangência, já que a adoção de sistema legal civilista aberto a valores metajurídicos exaspera os argumentos hábeis ao silogismo judicial dos julgamentos com o desiderato de promover a justiça formal. A elevação da função social⁶⁴ à condição de

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 270.

⁶⁴ “No âmbito contratual, a função social é entendida como elemento de restrição da autonomia dos privados, de maneira que, além do interesse individual de cada uma das partes, o negócio deve representar

requisito de validade das avenças permite maior integração do Poder Judiciário ao modelo jurídico contratual.

O diferimento da execução contratual no tempo engloba mutação do cenário de inserção da operação econômica subjacente, com tendência da parte em posição jurídica de vantagem para a adoção de diligências que atendam exclusivamente a seus próprios interesses, trazendo gravame à justiça no ínterim relacional.

O princípio da cooperação, dever anexo à boa fé objetiva, traduz a obrigação do fornecimento de completa informação disponível durante a fase pré-contratual, vedação a práticas prejudiciais ao equilíbrio contratual nos contratos diferidos no tempo, além de deveres não concorrenciais em seara pós-contratual.

A vigilância do Poder Judiciário na promoção de boas práticas contratuais deve ser exercida mediante instrumentos que inibam o oportunismo, amiúde facilitado pelo déficit de informações ocultadas pela parte em posição de vantagem. Lições hauridas da ciência da análise econômica do direito são pilares organizacionais de julgamentos que tornem desvantajosa à firma dominante a assunção de práticas que tenham o condão de tornar assimétrica a relação contratual:

Na Análise Econômica do Direito, preconiza-se que a lei ou a sua aplicação leva à melhoria da eficiência e bem-estar dos agentes. Quem faz a escolha são os tribunais, que conseguem definir o contrato ideal ou a sua aplicação a custo zero. O objetivo central passa a ser o de motivar os agentes a cooperar transformando situações sem solução não cooperativa em soluções factíveis. Tal é o objetivo dos tribunais e dos mecanismos estudados na teoria.⁶⁵

A teoria da imprevisão (*rebus sic standibus*) refere-se à intervenção judicial em contratos marcados, durante a execução, pelo advento de eventos externos, imprevisíveis, que alterem o equilíbrio do vínculo relacional.

Consoante César Fiuza⁶⁶, trata-se da adoção da “teoria da base negocial objetiva”, cunhada na Alemanha por Larenz. Os contratantes firmariam pactos com a aptidão para o nascimento de obrigações e direitos; tudo inserido num contexto, a realidade que rodeia a operação subjacente. Daí, a modificação extraordinária no plano

um interesse prática que esteja em consonância com o interesse social e geral.” (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro. Renovar: 2009. p. 43)

⁶⁵ ZYLBERSTAJN, Decio. *Direito e Economia*. Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 107.

fático que alije a razoabilidade da base negocial previamente avençada confere justificativa a revisões judiciais.

Apesar da essência deste instituto já se mostrar presente desde o Código de Hamurabi, visto ser próprio da coisa que o sucesso da colheita tenha viés de imprevisibilidade, as repercussões econômicas do pós 1ª Guerra Mundial fortaleceram a preocupação legiferante, debruçando-se com maior denodo a comunidade jurídica nos pilares deste mecanismo de reorganização das bases negociais.

A difusão da figura da teoria da imprevisão no direito comparado é ilustrada pelo diploma civil italiano (*Codice Civile*) cuja disposição do respectivo artigo 1467 se segue:

Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.⁶⁷

O Código Civil brasileiro trata da matéria no artigo 317; sendo que, a jurisprudência pátria sedimentara a inaplicabilidade desta técnica de revisão quando o risco for próprio da natureza da avença.⁶⁸

A discricionariedade judicial atrai, ante o caráter de subjetivismo, imprevisibilidade inibitória ao investimento de capitais. Assim, o Poder Judiciário deve

⁶⁶ FIÚZA, César. *Novo Direito Civil*. Belo Horizonte. Del Rey. 2003, p. 422.

⁶⁷ Tradução: Contrato com prestação correspondente. Em contratos de execução continuada ou periódica ou execução diferida, se o desempenho de uma das partes tornou-se proibitivamente oneroso pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve a prestação pode solicitar a rescisão do contrato, com os efeitos estabelecidos de 'artigo 1.458. A resolução não pode ser aplicada se a onerosidade se encontra como risco normal do contrato. A parte contra a qual é procurada resolução pode evitá-lo, oferecendo para modificar equitativamente as condições do contrato.

⁶⁸ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SOJA. ENTREGA FUTURA. RESCISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. 1. Reconhecidas no acórdão de origem as bases fáticas em que se fundamenta o mérito, não configura reexame de fatos e provas sua mera valoração. 2. Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita a imprevisão. (STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 1210389 / MS. Ministra Nancy Andrigui. Data do Julgamento 24/09/2013.)

sopesar eventual repercussão social e a concreta relevância do desequilíbrio relacional para deliberar por revisão contratual.

A intervenção judicial na experiência contratual com calibração viciada, exagerando-se o intervencionismo do Poder Judiciário, pune a meritocracia negocial, contrariando a tônica constitucional de prestígio à livre atividade econômica.

Recentemente, o legislador processual civil, inspirado pelo dever de integração, com vistas a fomentar a previsibilidade, exasperou os instrumentos pertinentes ao uso de precedentes.

Malgrado a promoção dos precedentes como fonte de direito seja passível de críticas (por todas; engessamento do pensamento e o afastamento da criação de precedentes das instâncias diversas dos Tribunais Superiores; exatamente os juízos que mantém contato direto com os casos concretos) e evolução perene, andara bem o legislador ao se debruçar em artifícios tendentes a uniformizar os pronunciamentos judiciais, trazendo segurança ao modelo jurídico contratual.

O controle judicial sobre cláusulas contratuais gravita entre a vigilância a paradigmas de apresentação de cláusulas e a apreciação do conteúdo material.

A formalidade (solenidade) na introdução de cláusulas visa prestigiar a fiel interpretação da vontade das partes, promovendo razoável compreensão do compendio de obrigações e deveres. Este viés formalista é valorizado pela baixa escolaridade brasileira, com destacado relevo nos “contratos existenciais”.

Na temática da formalidade, valiosa a ilustração: “O Direito Inglês, a partir do caso ‘J. Spurling Ltd. Versus Bradschaw’ (1956) criou a regra da *big red hand*, uma grande mão vermelha apontando para uma cláusula dentre as diversas outras de um instrumento contratual, de modo de chamar a atenção de quem lê.”⁶⁹

O Código de Defesa do Consumidor preconiza regra de solenidade à prática contratual no respectivo artigo 54, §3º, presumindo maior compreensão do aderente, nas

⁶⁹ Werner, J. G. V. *Adesão, Abusividade e Vulnerabilidade: Uma Vinculação Necessária. In Direito Privado em Perspectiva*. LEAL, Fernando. (Coordenador) São Paulo: Malheiros, 2016. p. 188.

avenças celebradas na modalidade escrita, mediante atenção do tamanho de fonte não inferior ao corpo doze.

1.3.6. Diversidade de Tratamento: Contratos Existenciais e “De Lucro”

A doutrina nacional majoritária leciona diversidade epistemológica de tratamento para os limites de intromissão estatal quando se refiram a contratos firmados entre empresas no desempenho de suas atividades em relação aos celebradas por particulares, especialmente nas hipóteses envolvendo vertentes de direitos da humanidade.

Trata-se do “paradigma de essencialidade”⁷⁰ apresentado por Teresa Negreiros, tendo como norte a tutela qualitativa da dignidade da pessoa humana. O respectivo estudo milita pela ressignificação da experiência contratual, valendo-se do paradigma de utilidade existencial para prestigiar as situações jurídicas existenciais em detrimento do interesse patrimonial da operação econômica, ressalvado juízo de razoabilidade e o imperativo resguardo da segurança jurídica.

Apontam-se, ademais, as vicissitudes no prestígio aos contratos essenciais perante a lógica da economia de mercado, já que as “demandas de multidão” tendem a relegar a técnica contratual e o posterior crivo jurisdicional a soluções padronizadas, distantes da humanização, com apreciação pormenorizada dos casos concretos, que melhor atenderia ao valor da dignidade da pessoa humana.

A presente temática consubstancia a “dicotomia do séc. XXI”, confrontando “contratos existenciais e contratos de lucros”, a que faz alusão Antônio Junqueira de Azevedo em sua entrevista com destacada ressonância no meio acadêmico.⁷¹

Malgrado seja lícita a cessão onerosa de prerrogativa inerente à humanidade⁷², posição jurídica de vantagem integrante do “direito geral de personalidade”⁷³, como se

⁷⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 449 .

⁷¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina; entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.9, n.º 34, p. 299-308, abr./jun. 2008.

⁷² Tal direito é um direito inato da personalidade. Na verdade, pelo simples facto do nascimento toda a creatura humana tem em si mesma o bem da própria honra: a dignidade pessoal é inerente ao indivíduo humano como tal, e a este bem corresponde um direito, o qual não requer outra condição para a própria existência além do pressuposto da personalidade, e é, por isso *inato*. (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da*

dá com o uso da imagem para fins comerciais, os contratos existenciais devem ser interpretados tendo como norte irrenunciável o prestígio à incolumidade do âmago de intimidade do titular (“mínimo-existencial”)⁷⁴. Daí, o professor Junqueira afirmar que “cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas”.

Os valores envoltos nos contratos existenciais atraem a publicização da disciplina, sob o manto de proteção do superprincípio da dignidade da pessoa humana⁷⁵, com relevante intromissão estatal na esfera de autonomia negocial. Arremata Giovanni Nanni: “a dignidade humana consubstancia o mínimo invulnerável, reconhecido a qualquer pessoa, independentemente da situação em que se encontre, que por imperativo constitucional se impõe a todos os poderes, inclusive o legislador.”⁷⁶

Os contratos existenciais perpassam pela presença estatal mediante vedações legais expressas, (ex: art. 13 do CCB – disposição do próprio corpo), sem prejuízo do refreamento posposto à expressão da autonomia privada, em perspectiva, através de

personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caiero. Lisboa: Livraria Moraes Editora. 1961, p. 115)

⁷³ “Um ‘direito geral de personalidade’ concebido nestes últimos termos seria como objecto a personalidade humana em todas as suas manifestações, actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutelar a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o ‘princípio superior de constituição’.” (PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição concretizada: constituindo pontes como o público e o privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000. p. 68)

⁷⁴ “Contudo, entendemos que, qualquer que seja ela, a realização dos direitos de personalidade exigem a satisfação de um mínimo existencial ou de um patrimônio mínimo. Portanto, para realizar-se enquanto pessoa e não apenas como ser vivo (como um animal), o mínimo existencial (mínimo para que o ser exista, para que esteja vivo), é uma exigência que nasce dos direitos de personalidade. O exercício das liberdades e da autonomia social ou jurídica da pessoa requer a concretização de condições materiais mínimas que garantam sua vida, senão não se pode considerar o ser humano como ser livre, dotado de livre-arbítrio, mas, sim, determinado pela necessidade de autoconservação.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18)

⁷⁵ “Em quase todo e qualquer ordenamento jurídico moderno, de modo mais ou menos cogente, coloca-se a questão da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado. Ela radica no fato de os direitos fundamentais enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo. Por outro lado, a Constituição, em princípio, não é o lugar correto nem habitat para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoa jurídicas. Nisso consistem, muito pelo contrário, a tarefa específica do Direito Privado que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição: e isso não vale apenas em perspectiva histórica, mas também no tocante ao conteúdo, pois o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer. Disso resulta uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influencia dos direitos fundamentais para o direito privado na Alemanha*. In: Sarlet, Ingo, Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 206)

revisões contratuais levadas a efeito pelo Poder Judiciário, quando houver o imperativo de resgate da dignidade dos interessados diretamente envolvidos.

A tutela aos contratos existenciais⁷⁷ apresenta espectro de provimentos judiciais factíveis, nas hipóteses de postura abusiva, mais ampla que o verificado aos negócios jurídicos patrimoniais⁷⁸.

Tratando-se de contratos “de lucro”, mormente sejam possíveis pleitos cominatórios, o desfecho, via de regra, milita por perdas e danos, notadamente porque a essência da operação subjacente gira em torno da questão financeira.

Por seu turno, em afetação aos contratos existenciais:

não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade da tutela se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre desenvolvimento de relação.⁷⁹

A crítica a este divisionismo linear entre contratos existenciais e “de lucro” ganha respaldo na análise da dinâmica da vida em sociedade, permeada por eventos que mesclam o caráter patrimonial ao existencial na experiência contratual.

Este divisionismo da dogmática contratual é objeto da reprovação de Perlingieri:

⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano*. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 136.

⁷⁷ “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.155)

⁷⁸ “A distinção se faz necessária tendo em vista a instrumentalidade indireta das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social; prioritariamente, elas estão a serviços da coletividade, tornando-se inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo de solidariedade” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices; controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 08)

⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 765.

A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde ao valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Também os interesses que não têm caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumam uma relevância existencial. Recusar a tese da necessária patrimonialidade das relações privadas é útil também em tema de relações obrigacionais.⁸⁰

Os contratos predominantemente de cunho patrimonial, especialmente os empresariais, envolvem entes cuja criação ficcional justifica-se pela obtenção de lucros. Versam sobre troca de ativos, prestação de serviços e entabulações comerciais de toda ordem com essência individualista; cada empresa busca a posição ótima para si. Essa dinâmica, como regra desprovida de protagonismo estatal, prestigia a meritocracia empresarial, com a obtenção de resultantes lucrativas como prêmio às melhores práticas.

A intromissão estatal nas relações jurídico-contratuais de cunho empresariais deve, sempre que possível, prestigiar a obrigatoriedade dos contratos, axioma reconhecido internacionalmente⁸¹, consubstanciando pilar de sustentação da segurança jurídica.

A história da sociedade ocidental é farta em exemplos dos custos de intervenção estatal; o paternalismo do Estado inibe o esforço pessoal da figura do empresário. Dai, a maior presença estatal amiúde redundando em desestímulo ao desenvolvimento econômico da economia nacional.

Valiosa a ressalva:

ninguém desconhece atualmente que no plano privado existem desigualdades entre os indivíduos, quem sabe muito mais intensas do que as que antes existiam com relação ao Estado. Por isso é que aparece com força cada vez

⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 760.

⁸¹ Article 1.4. – Mandatory rules: Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law”. *Unitroit Principles (Princípios do UNITROIT: Internacionalização e Unificação do Direito Comercial Internacional*, 2010). Tradução: “Regras obrigatórias: Nada nestes Princípios deve restringir a aplicação de regras obrigatórias, de origem nacional, internacional ou supranacional, que sejam aplicáveis de acordo com as regras relevantes do direito internacional privado”

maior a norma imperativa em direito privado, que se impõe aos particulares em assuntos sensíveis ao interesse público.⁸²

A mera resultante desfavorável, prejuízo, obtida por única empresa não justifica a mitigação da autonomia privada. Entretanto, externalidades negativas relevantes, conceito haurido da ciência econômica do direito, justificam interesse público para fins de se cogitar de regulação estatal.

O íterim dos contratos empresariais somente atrai intromissão estatal quando interesse público se mostre envolvido. O paradigma de relevância que traduz a existência ou não de interesse público na regulação estatal consubstancia o objeto de vários estudos; por todos, Richard Posner:

A major challenge to social theory is to explain the pattern of government intervention in the market-what we may call "economic regulation." Properly defined, the term refers to taxes and subsidies of all sorts as well as to explicit legislative and administrative controls over rates, entry, and other facets of economic activity. Two main theories of economic regulation have been proposed. One is the "public interest" theory, bequeathed by a previous generation of economists to the present generation of lawyers.' This theory holds that regulation is supplied in response to the demand of the public for the correction of inefficient or inequitable market practices. It has a number of deficiencies that we shall discuss.⁸³

⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito* / Ricardo Luis Lorenzetti; Bruno Miragem, tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

⁸³ POSNER, Richard. *Theories of economic regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2. (Autumn, 1974), pp.335-358. p. 335. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.588.4193&rep=rep1&type=pdf> Tradução: "Um grande desafio para a teoria social é explicar o padrão de intervenção do governo no mercado - o que podemos chamar de "regulação econômica". Adequadamente definido, o termo refere-se a impostos e subsídios de todos os tipos, bem como a controles legislativos e administrativos explícitos sobre taxas, entrada e outras facetas da atividade econômica. Duas principais teorias de regulação econômica foram propostas. Uma é a teoria do "interesse público", legada por uma geração anterior de economistas à atual geração de advogados ". Esta teoria afirma que esse regulamento é fornecido em resposta à demanda do público para a correção de práticas de mercado ineficientes ou desiguais. Tem uma série de deficiências que devemos discutir."

1.3.7. Função Social

A expressão “função social”, com alargada utilização na produção legiferante recente, em território brasileiro, vem inaugurando novo paradigma contratual, impondo o elemento da boa fé objetiva, escoimado na eticidade⁸⁴, na pauta comportamental, além de servir como vetor às interpretações judiciais.

O dirigismo contratual usualmente fora plasmado por leis detalhadas que tinham a ambição de tutelar as relações negociais vindouras (técnica da subsunção), sob a expectativa de que a segurança jurídica seria um corolário incindível da previsibilidade.

A aclamação ao princípio da função social dos contratos é uma releitura do Direito Privado de matriz humanística, alicerçada no dinamismo social, em cotejo com a necessidade de porosidade do ordenamento jurídico a valores metajurídicos.

A hodierna sociedade da informação não se coaduna com sistemas fechados, opacos à evolução diuturna de comportamentos ou ao crivo da ética. Assim, sistema jurídico contratual à luz da subsunção, do legalismo estrito, não seria sem resistência absorvido pela atual onda de pensamento.

Função social é a abertura ao interprete de um duto de valores constitucionais para intromissão nas relações contratuais.

O Código Civil de 1916 não trazia expressamente normas princípios, como a função social, devendo esta “ausência eloquente”⁸⁵ ser interpretada como o papel secundário reservado pelo legislador à interpretação lacunosa da legislação e investigação calcada na ética do exercício da autonomia privada.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (decreto-lei n.º 4.657/1942) anunciou a socialização dos institutos de direito civil, no respectivo artigo 5º. “Na

⁸⁴ “O princípio da eticidade privilegia os critérios éticos-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica.” (...) Desse modo, o novo Código confere ao juiz um poder muito grande, não só para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, e conformidade com valores éticos.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68)

⁸⁵ COSTA, Judith Martins. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. v. 1. n. 1. maio 2005. p. 42.

aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

As interpretações sistemática e histórica deste dispositivo, contudo, o relega a mera intenção de evolução, não se prestando, *per si*, como vetor de transformação do sistema de subsunção à época vigente.

O legislador de 2002, por seu turno, consignou literalmente o princípio da função social do contrato (arr. 421), apresentando aos interpretes um imperativo axiológico, cuja inibição à autonomia privada tem o arrimo de evitar comportamentos individuais egoístas no âmbito do Direito Privado.

A fluidez dos conceitos utilizados pelos doutrinadores (cláusulas gerais) para definir função social clarifica seu mote de imprevisibilidade dos desfechos judiciais calcados exclusivamente neste paradigma.

De toda forma, inegável que a trilha tortuosa do subjetivismo da função social dos contratos não alija o virtuoso prestígio à eticidade, instrumento de depuração das práticas negociais, pilar de amadurecimento da cidadania.

A lição de Aristóteles orienta este trilhar:

A lei obriga, portanto, a viver de acordo com cada excelência em particular e proíbe agir segundo cada forma particular de perversão. Quer dizer, os dispositivos legais produtores de excelência universal foram legislados com vista a uma educação que possibilite a vida em sociedade.⁸⁶

A opção constitucional⁸⁷ pela socialização de institutos do Direito Privado, especialmente a propriedade e o regramento contratual, extrapola o relativismo das partes diretamente envolvidas com o bem da vida em destaque, assumindo coercibilidade *erga omnis*.

⁸⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

⁸⁷ Direito civil constitucional. Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie em consideração*), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar.2008. p. 589)

Destaque-se a dicção do artigo 608 do Código Civil brasileiro como obrigação de não fazer oponível a terceiros alheios ao vínculo contratual: *“Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.”*

A ressignificação de institutos do Direito Privado⁸⁸, orientada pela função social consignada expressamente pelos legisladores pátrios, arejou a aplicação do ordenamento jurídico com valores filosoficamente virtuosos; daí, aparadas arestas do exercício de aplicação de conceito marcado pela fluidez, tem-se o prestígio na ordem social de boas práticas contratuais: *“Observa-se, assim, por conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade que, ao alargamento da responsabilização, corresponde, pari passu, a ressignificação da autonomia privada como poder jurígeno.”*⁸⁹

⁸⁸ “Como consequência da funcionalização dos institutos de direito civil aos valores constitucionais, tem-se a função social que lhes é atribuída. Além do interesse individual, muitas vezes o instituto jurídico deve atingir um interesse social para alcançar proteção. Trata-se de uma perspectiva solidária do ordenamento jurídico que é adotada no direito brasileiro. (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro. Renovar: 2009, p. 42)

⁸⁹ COSTA, Judith Martins. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. v. 1. n.º 1. maio 2015. p. 04.

2. CONTRATO DE CONCESSÃO AUTOMOTIVA

2.1. NOÇÕES

O contrato de concessão automotiva, instrumento regente da relação jurídica de distribuição indireta firmada por montadoras de veículos automotores de vias terrestres e rede interna de concessionários, tendo como objeto a concessão de área no território brasileiro, observa regulação específica pela lei federal n.º 6729/1979⁹⁰, sem prejuízo da aplicação de normas gerais ditadas pelo Código Civil.

Montadora e distribuidor celebram contrato de concessão parametrizado pelo art. 20 da Lei Renato Ferrari.⁹¹ Não obstante este dispositivo preconize a forma escrita, há precedente do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a validade da relação jurídica de concessão de veículos automotores desprovida de formalidades.⁹²

O contrato de concessão automotiva instrumentaliza modalidade de acerto vertical, visto a posição dominante do grupo empresarial da montadora em referência aos vetores de lucratividade da operação econômica subjacente; análise consentânea com a doutrina estrangeira:

La concentración vertical supone una configuración piramidal de la red, puesto que hay una empresa que está en la cúspide y que controla a las

⁹⁰ O Superior Tribunal de Justiça, através de voto lumiar do Ministro Sálvio de Figueiredo, abordara a motivação do dirigismo estatal aos contratos de concessão automotiva: “A generalidade da norma legitima-se por si mesma, à vista da finalidade social da Lei 6.729/79, cujo objetivo fundamental consiste na proteção da concessionária antes entregue aos desmandos do poder econômico das montadoras, que, a seu talante, impunham condições gravosas às concessionárias, sem qualquer dever de indenizar”. (REsp. 10.391 / PR. DJ 20/09/1993)

⁹¹ “A concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores será ajustada em contrato que obedecerá forma escrita padronizada para cada marca e especificará produtos, área demarcada, distância mínima e quota de veículos automotores, bem como as condições relativas a requisitos financeiros, organização administrativa e contábil, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada do concessionário.”

⁹² A previsão geral de necessidade de contrato escrito (art. 20 da Lei nº 6729, de 26.12.79 e Lei 8190/90) para o contrato de concessão de revenda foi afastada pelo acórdão recorrido, sopesando, à consideração dos artigos 2º e 3º da mesma lei, os fatos, e concluindo pela existência de efetiva representação, fundamento esse que não foi impugnado de forma consistente nas razões dos recursos especiais, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF. Ademais, o Acórdão recorrido acabou, no caso, interpretando os documentos, pela manutenção fática do contrato, sem exigência do escrito, pela concedente, satisfazendo-se esta com outros escritos dos autos, sobressaindo a validade contratual, ante as peculiaridades do caso e do julgamento da origem, sem que tal signifique proclamação geral de dispensa da exigência legal de contrato escrito. (STJ. REsp 1359558 PB. Data do Julgamento 09/04/2013. Relator Ministro Sidnei Benetti)

demás. El caso más tratado en doctrina y jurisprudencia es el de las concesiones de automotores, en el que hay un fabricante-proveedor y una multiplicidad de concesionarios que se ubican en un escalón inferior de subordinación económica.⁹³

O capítulo XII, artigos 710 a 721, do Código Civil versa sobre contrato de agência (puro e agência-distribuição), porém, não é aplicável à distribuição indireta objeto de concessão firmada por montadoras (concedentes) e concessionários.⁹⁴

A expressão “mediante retribuição” (art. 710 do CCB/02) pressupõe que o representante (agente) da marca seja remunerado pelo preponente, e não através da negociação por si levada a efeito de produtos e serviços junto ao público consumidor.

A essência do contrato típico previsto pelo legislador civil indevidamente como distribuição subordina o agente às ordens do preponente, distanciando-se da forma atípica versada pela Lei Renato Ferrari, já que os concessionários negociam mediante a assunção de riscos próprios os produtos que lhe são fornecidos pela montadora.

Idêntica conclusão leciona César Peluso:

Ao que parece, o Código Civil regrou o que denominou de distribuição como uma espécie determinada de agência, todavia, sob o influxo dos mesmos elementos que a caracterizam. Ou seja, uma atividade de intermediação, de agenciamento, enfim, paga com uma comissão devida pelo preponente, apenas dispondo o agente não da propriedade, mas da posse da coisa a ser negociada.⁹⁵

O contrato de distribuição se diferencia da atuação de grandes varejistas ou atacadistas porque o distribuidor é inserido na política de atuação da montadora, sem que ostente poderes para nela interferir.

A distribuição indireta do mercado automotivo apresenta natureza diversa da representação comercial, já que envolve dois grupos empresariais com “autonomia jurídica”⁹⁶. Ademais, os automóveis e produtos passam pelo domínio do concessionário

⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 74. Tradução: “A concentração vertical supõe uma configuração piramidal da rede, uma vez que existe uma empresa que está no ápice e que controla as outras. O caso mais tratado em doutrina e jurisprudência é a das concessionárias de veículos automotores, na qual há um fabricante-fornecedor e uma multiplicidade de revendedores localizados num passo mais baixo de subordinação econômica.”

⁹⁴ NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. volume 1. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.p. 393.

⁹⁵ PELUSO, Cesar. *Código Civil Comentado*. 1ª ed. Barueri: Manole. 2007.p 573.

⁹⁶ “Hay autonomía jurídica (el distribuidor asume los riesgos del negocio, hay separación patrimonial), pero dependencia técnica y económica”. Se trata de vínculos contractuales entre comerciantes

(mediante a logística financeira do contrato coligado de *floor plan*⁹⁷) antes de alcançar o público consumidor. Nesta toada, a lei federal n.º 4.886/65 não é aplicável ao contrato de concessão para distribuição indireta de veículos automotores.

Reforça o presente entendimento a inexistência de ressonância na doutrina ou jurisprudência pátria da defesa pela vigência da lei federal n.º 4.886/65 aos contratos de concessão no período compreendido entre 1965, até o advento da Lei Renato Ferrari (lei n.º 6.729, de 20 de novembro de 1979).

Os termos das Notas Técnicas n.ºs 06208/2013/DF e 21/2012/DF COGUN/SEAE (Ministério da Fazenda), endossando a sugestão do Ministério Público Federal em favor da revogação da Lei Renato Ferrari, com a orientação futura do setor automotivo sob as égides da lei federal n.º 4.886/1965, não se coadunam, destarte, com a melhor técnica jurídica.

Hipotética revogação da Lei Renato Ferrari não traduziria a automática regulamentação do setor automotivo pela lei federal n.º 4.886/1965. Na verdade, este vazio de regulamentação específica promoveria maior espectro de possibilidades para manifestações oportunistas do elo da cadeia de produção em posição jurídica de vantagem (montadoras).

Oportuno consignar-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou posição contrária à aplicação desta legislação extravagante para demandas alusivas à distribuição de serviços e produtos não inseridos no mercado de automóveis de via terrestre⁹⁸, especialmente quando se tratar da distribuição de bebidas e alimentos.

autónomos.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004.p. 509). Tradução: “Existe autonomia legal (o distribuidor assume os riscos de negócios, há separação patrimonial), mas dependência técnica e econômica. Tratam-se de vínculos contratuais entre comerciantes autónomos.”

⁹⁷ Vide item 2.5 – contrato coligado de *floor plan*.

⁹⁸ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. RESILIÇÃO UNILATERAL. DENÚNCIA MOTIVADA. JUSTA CAUSA. VALIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURAÇÃO. LEI N.º 6.729/1973 (LEI FERRARI). INADPLICABILIDADE. 1. Ação indenizatória promovida por empresa distribuidora em desfavor de bebidas objetivando reparação por danos materiais e morais supostamente suportados em virtude da ruptura unilateral do contrato de distribuição que mantinha com a recorrente (ou integrantes do mesmo grupo empresarial), de modo formal, desde junho de 1986. 2. Aórdão recorrido que, apesar de reconhecer que a rescisão foi feita nos exatos termos do contrato de forma motivada e com antecedência de 60 (sessenta dias), concluiu pela procedência parcial do pleito autoral indenizatório, condenando a fabricante

Trata-se, a concessão de veículos automotores de vias terrestres, de negócio jurídico *per relationem*,⁹⁹ com execução diferida, envolvendo dois entes com propósitos empresariais, cuja finalidade primordial na obtenção de lucros deve ser cotejada com a cooperação¹⁰⁰, no afã de que todos os agentes envolvidos alcancem resultantes positivas durante tempo razoável.

Espécie de contrato-quadro¹⁰¹, a concessão automotiva deve conferir a linha mestra de um segmento econômico dinâmico, com abrangência da compra e venda de automóveis, novos e seminovos, prestação dos serviços de pós-vendas, F&I (financiamento e seguro), além da oferta de acessórios.

Consoante ensinamento de Ruy Rosado:

A teoria clássica contempla o contrato como algo isolado e descontínuo, mas, na atualidade, cada vez mais são pactuados ‘procedimentos de atuação’, regras que unirão as partes e se irão especificando ao largo do processo de cumprimento.

a reparar a distribuidora por parte de seu fundo de comércio, correspondente à captação de clientela. 3. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior é impossível aplicar por analogia, as disposições contidas na Lei n.º 6.279/1973 à hipótese de contrato de distribuição de bebidas, haja vista o grau de particularidade da referida norma, que, como consabido, estipula exclusiva e minuciosamente as obrigações do cedente e das concessionárias de veículos automotores de vias terrestres, além de restringir de forma bastante grave a liberdade das partes contratantes em casos tais. 4. A rescisão unilateral de contrato de distribuição de bebidas e/ou alimentos, após expirado o termo final da avença, quando fundada em justa causa (inadimplemento contratual reiterado), não constitui ato ilícito gerador do dever de indenizar. Precedentes. 5. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.320.870 – SP. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do Julgamento 27/06/2017)

⁹⁹ “O negócio *per relationem* tem sido definido como o negócio jurídico perfeito e incompleto, no qual a determinação do seu conteúdo ou de alguns de seus elementos essenciais se realiza mediante a remissão a elementos estranhos ao mesmo. A remissão a circunstâncias alheias é que recebe a denominação de *relatio*. O modelo do contrato relacional é o que melhor se adapta à nova sistemática dos contratos de empresa e entre empresa, nos quais a gestão do risco da superveniência é um problema. Essa nova realidade exige a consideração dos remédios de manutenção, que conduz à renegociação, ao mesmo tempo em que nos obriga a lidar com cláusulas que, pela concepção tradicional, seriam inválidas, tais como as que ficam intencionalmente em branco, para futura renegociação.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. p. 98)

¹⁰⁰ “En el campo de las networks el contrato es una relación entre empresas, basada en la cooperación. Se trata de vínculos múltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a las redes.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 50) Tradução: “No campo dos negócios, o contrato é uma relação entre empresas, com bases na cooperação. Se trata de vínculos múltiplos baseados na confiança entre os agentes para alcançar uma metodologia de produção flexível, que é o exigido na economia atual. De modo que é essa cooperação ou confiança o elemento que une as redes.”

¹⁰¹ “Os contratos-quadro visam proporcionar maior grau de segurança para as partes em face do desenvolvimento de relações futuras.” (FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 57)

Essa realidade impõe um novo paradigma jurídico, afeiçoado a contratos que necessariamente devem deixar indeterminadas muitas das suas cláusulas, a serem definidas no curso da execução, com grande espaço para a atuação dos princípios da boa-fé, equidade e fim social do contrato. Pela dinâmica e mutação do negócio, a renegociação passa a ser a via recomendada e indispensável para a acomodação dos interesses e das respectivas disposições contratuais.¹⁰²

A fenomenologia hodierna no mercado nacional de campanhas aos consumidores com oferecimento de revisões dos cinco primeiros anos do automóvel por preços fixos, pré-estabelecidos, ilustra contexto para celebração de contratos coligados entre montadoras e distribuidores, donde se extrai a definição dos direitos, obrigações e ônus a serem partilhados na promoção de campanha tendente a bons resultados em vendas.

Apesar do modelo de distribuição adotado pelo Brasil siga o exemplo norte americano, a diversidade jurídica e sociológica entre os dois países exige calibração sistêmica, especialmente considerado o custo financeiro do crédito no Brasil.

No território norte americano, observou-se concentração do setor mediante a organização num número reduzido de fortes grupos concessionários, cujo poderio mercadológico representou a conquista do equilíbrio de forças das redes de distribuidores com as montadoras.

Cumprir destacar que a experiência contratual brasileira se afasta do modelo adotado pela União Europeia, já que, desde 2002¹⁰³, a Comissão Europeia de Regime de Concorrência, visando prestigiar o mercado consumidor, optou pela concorrência multimarca; fincada nos seguintes pilares:

- Give dealers, the great majority of whom are SMEs, greater commercial independence vis-à-vis manufacturers;
- give independent spare-part manufacturers and distributors easier access to the various markets, notably the outlets provided by the car manufacturers' networks;
- improve the position of consumers in accordance with the principles underlying the internal market;

¹⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. p. 98.

¹⁰³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-95-648_en.htm Acessado em 20/11/2017.

- make the dividing line between acceptable and unacceptable agreements / behaviour clearer¹⁰⁴.

No contexto da União Europeia, destarte, houve a extinção do pilar obrigacional do contrato de distribuição: a exclusividade da representação territorial de uma marca de produtos e serviços; permitindo que vários estabelecimentos representem uma mesma marca, em idêntica área.

Destacam-se dois aspectos positivos desta experiência. O consumidor pode optar pelo estabelecimento empresarial que esteja prestando com melhor qualidade os serviços de distribuição indireta. Ainda, o concessionário não fica sujeito a resultados operacionais desfavoráveis quando uma montadora ofertar em seu portfólio produtos sem aceitação mercadológica.

O Professor Miguel Reale, colaborador, ombreado ao Deputado Salvador Julianelli, de Renato Ferrari, assevera¹⁰⁵ que, na ocasião da gênese da lei n.º 6.729/1979, havia consciência de não se tratar de “*simple contrato de distribuição*”, já que os concessionários “*representavam empresários atuantes por conta e risco próprios, com direito de ver preservada a autonomia de sua empresa, no concernente à área de comercialização dos veículos livremente produzidos pelas montadoras*”

Ainda, o Professor Miguel Reale, esclarecendo¹⁰⁶ que os idealizadores da legislação valeram de modalidade de dirigismo contratual, no íterim da “*socialização ou humanização do Direito*”, na certeza que a diversidade de estofos, força empresarial, obrigaria os distribuidores a “*aceitar cláusulas leoninas se deixados entregues a si mesmos, no exercício de ilusória autonomia da vontade*”

A *mens legis* de promoção da justiça formal ao contrato de concessão automotiva, forte na tendência de falhas de mercado ensejadas pela relação de

¹⁰⁴ Tradução: “- oferecer aos concessionários, a grande maioria de quem é PME, maior independência comercial em relação aos fabricantes;- Dê aos fabricantes e distribuidores de peças sobressalentes independentes um acesso mais fácil para os vários mercados - melhorar a posição dos consumidores de acordo com os princípios subjacente ao mercado interno - tornar a linha divisória entre acordos aceitáveis e inaceitáveis / comportamento mais claro.”

¹⁰⁵ REALE, Miguel. *Estrutura Normativa da Lei n.º 6.729 sobre Concessões Comerciais entre Produtores e Distribuidores de Veículos Automotivos Terrestres*. v. 91: Revista USP.1996. p. 66.

¹⁰⁶ Idem, p. 68.

dependência dos distribuidores, em relação às montadoras, salta aos olhos a partir da dicção do artigo 16 da Lei Renato Ferrari.¹⁰⁷

2.1.1. Razões fáticas para adoção do modelo de distribuição indireta

As montadoras valem-se da distribuição indireta ante a significativa dimensão do território nacional, em cotejo com a penetração de grupos empresariais nos nichos de mercado exigíveis para boas vendas e satisfatória prestação dos serviços de pós venda.

A adoção deste modelo facilita a circulação de capitais com menor dispêndio de recursos pela montadora. A difusão de pontos empresariais pelo território cria uma rede interna de empresas com os esforços voltados à promoção de boas vendas de única marca.¹⁰⁸

A dinâmica de rede interna de empresas promove a diluição dos custos de publicidade, treinamento, frete, dentre outros, além de permitir o aumento da escala de fornecimento. A presente equação exaspera a competitividade da montadora, militando por resultante financeira favorável.

A representação local por distribuidor com proximidade ao pátio circulante de seus produtos prestigia a comodidade dos consumidores na prestação dos serviços de revisões periódicas e, em parte dos estabelecimentos concessionários, oferta de funilaria e pintura.

Os grupos empresariais, por seu turno, buscam a nomeação para distribuição indireta de veículos no afã de obter a projeção comercial de representar localmente uma marca internacional de alto renome, além da perspectiva de profícuos negócios.

¹⁰⁷ Art. 16. A concessão compreende ainda o resguardo de integridade da marca e dos interesses coletivos do concedente e da rede de distribuição, ficando vedadas: I - prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios; II - exigência entre concedente e concessionário de obrigação que não tenha sido constituída por escrito ou de garantias acima do valor e duração das obrigações contraídas; III - diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto a encargos financeiros e quanto a prazo de obrigações que se possam equiparar

¹⁰⁸ “Hemos ubicado a la agência dentro de los contratos con finalidad distributiva, lo que importa la existencia de una relación jurídica, estable, duradera, de colaboración, a los fines de la obtención del mencionado propósito.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 622) Tradução: “Identificamos a agência dentro dos contratos com proposito

O liame do nome do empresário à marca de alto renome das montadoras, multinacionais submetidas em seus países de origem a severas regras de *compliance*, confere-lhe visibilidade para prospecção de novos negócios em todos os setores da economia, especialmente por ensejar presunção de seriedade e lastro patrimonial.

2.1.2. Partes

O modelo norte americano de distribuição de veículos automotores, com a nomeação pelo produtor/concedente (art.2º, I, da Lei Renato Ferrari¹⁰⁹) de uma rede interna de distribuidores (art. 2º, II¹¹⁰), adotado no Brasil, torna a lógica do setor calcada no caráter personalíssimo: *“empresário, e a figura dele é fundamental nessa relação, devido à experiência, capacidade empresarial, social e econômica em responder pela atividade e levar o negócio adiante.”*¹¹¹

Concedente se refere ao gênero que compreende as montadoras com fábricas instaladas no território nacional e as importadoras de veículos ou peças para montagem no Brasil.

No passado recente, o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores (Inovar-Auto – lei federal n.º 12.715/2012) compeliu significativo número de montadoras (ex: BMW, Mercedes Benz e Jaguar/Land Rover) a promover a instalação de parques fabris no território nacional, visto a diversidade de alíquotas tributárias para montadoras desprovidas de fábricas no Brasil.

A maioria dos concessionários atuantes no Brasil se trata de grupos empresariais com atuação de âmbito regional. Trata-se de empresários exitosos em outros ramos da economia (fazendeiros, industriais, etc) que ingressam no segmento automotivo, valendo-se do estofo patrimonial pessoal e projeção comercial local, para alavancar as vendas da marca concedida.

distributivo, o que importa a existência de uma relação legal e estável, duradouro, colaborativa, com o objetivo de obter os mencionados propósitos.”

¹⁰⁹ “produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;”

¹¹⁰ “distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade.”

Registre-se, contudo, a existência de parcela minoritária de grupos concessionários com controle acionário pertencente a fundos de investimento internacionais¹¹².

2.1.3. Direitos e obrigações

As montadoras assumem obrigação principal, nata à concessão automotiva, de garantir exclusividade territorial¹¹³ aos concessionários para o fornecimento de veículos e peças (art. 5º, I, da Lei Renato Ferrari).

Os distribuidores usam gratuitamente (art. 3º, III, da Lei Renato Ferrari) a marca da montadora (concedente) como identificação do estabelecimento físico e no desempenho da atividade empresarial, inclusive no âmbito digital.

A atuação do concessionário apresenta como atividade primordial a oferta de veículos novos diretamente ao público consumidor, sendo vedada a comercialização tendente à revenda (art. 12, da Lei Renato Ferrari), com exceção de vendas ao público do mercado exterior ou negociação dentro da própria rede de distribuidores, nos limites do art. 12, I, da Lei Renato Ferrari.

A comercialização de veículos novos presta-se como fato gerador de oportunidades na negociação de veículos usados de qualquer marca (art. 4ª da Lei Renato Ferrari); segmento de destacada importância na atualidade à composição da rentabilidade das operações instaladas no território nacional.

A cota de produtos resulta de estratégia da marca (art. 7º, I e II, da Lei Renato Ferrari), alinhada anualmente com a respectiva rede de concessionários (art. 19, VIII, da Lei Renato Ferrari). Há, ainda, para fins de mensuração da cota de produtos, a análise

¹¹¹ PAPA, Valdner. RIQUENA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011. p. 17.

¹¹² P. ex. o grupo de concessionárias “Caltabiano” ostenta o controle acionário do grupo americano McLarty. <<https://jornalggn.com.br/noticia/concessionaria-depredada-em-sao-paulo-pertence-a-grupo-norte-americano>>. Acessado em 24/05/2018.

¹¹³ “La exclusividad es un elemento esencial del contrato de distribución, conforme lo desarrollamos en la parte general, y de ello deriva una limitación de la libertad de las partes en forma recíproca.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 629) Tradução: “A exclusividade é um elemento essencial do contrato de distribuição, conforme desenvolvemos na parte geral, e dela deriva uma limitação da liberdade das partes em forma recíproca.”

do desempenho recente e capacidade empresarial do distribuidor (art. 7º, III, da Lei Renato Ferrari).

A atuação empresarial do distribuidor engloba outras vertentes auxiliares à força de venda, como “consórcios, sorteios, arrendamentos mercantis e planos de financiamento” (art. 3º, §3º, da Lei Renato Ferrari).

O concessionário assume a obrigação de edificar ou modificar benfeitorias em imóvel, observado o padrão orientado pela montadora, visando deixar o *locus* do estabelecimento empresarial apto para início de faturamento de mercadorias pela montadora.

A operação do distribuidor é regida pelos termos constantes de comunicados emanados das montadoras, com adoção obrigatória de sinais distintivos, veiculação da campanha institucional em suas dependências, além da oferta de produtos nas disposições orientadas.

A ingerência da montadora na operação do concessionário alcança as disposições de montagens de mobiliário nas instalações do estabelecimento empresário; cuja aquisição pelo distribuidor observa a prévia homologação do fornecedor pela montadora.

2.2. ASSIMETRIAS CONTRATUAIS

O déficit de informações e a imposição de decisões unilaterais, resultantes da relação de dependência, sintetizam as causas econômicas da assimetria do contrato de concessão automotiva; acerto vertical firmado entre montadoras e distribuidores indiretos:

- Las asimetrías en la información precontractual: lo que hace que se impongan al oferente de cadenas de distribución unos deberes informativos cada vez más rigurosos.

- Las asimetrías informativas que inciden en la ejecución y finalización del negocio: en este caso, los mayores problemas surgieron por terminaciones intempestivas, que muchos autores consideran un problema de información, y por eso la solución es el preaviso.

- Los problemas de utilidad marginal inversa, que aparecen como causa principal de la extinción abrupta del vínculo y sobre los que haremos una explicación más adelante.¹¹⁴

A opção nacional prioritária pelo modal de vias terrestres através de veículos automotores, o programa Inovar-Auto (lei federal n.º 12.715/2012), conglobando isenção fiscal, em cotejo com o crédito varejista facilitado no passado recente nacional, ensejou o crescimento exponencial do mercado de veículos automotores¹¹⁵, com a exasperação das instalações fabris^{116 117} e rede de concessionários no território nacional.

A recente crise na economia brasileira¹¹⁸ fora palco do descredenciamento torrencial de concessionários, ainda não contemplados pelo predicado do tempo indeterminado, somente obtido legalmente após cinco anos de vínculo contratual (art. 21 da Lei Renato Ferrari), não obstante os significativos investimentos exigidos pelas montadoras tenham tornado impossível a consolidação de retorno dos capitais investidos por grupos empresariais majoritariamente de capital nacional.

Por oportuno, cite-se que a Fenabrave projetara para o final de 2016 o “corte de 47 mil a 50 mil empregos, com o fechamento de até 1,6 mil casas”, quantitativo que

¹¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 514. Tradução: “- As assimetrias nas informações pré-contratuais: o que faz serem impostos ao fornecedor da cadeia de abastecimento alguns deveres informativos cada vez mais rígidos. – As informações assimétricas que afetam a execução e conclusão: neste caso, os maiores problemas surgiram por resoluções intempestivas, que muitos autores consideram um problema de informação, e por isso que a solução é o aviso prévio. - Os problemas de utilidade marginal inversa, que aparecem como causa principal da extinção abrupta do vínculo e sobre o qual faremos uma explicação mais adiante.”

¹¹⁵ “O ano de 2010 marcou a terceira onda de expansão da indústria automobilística brasileira. O país conquistou o quarto lugar no ranking mundial de vendas, atrás somente da China, dos Estados Unidos e do Japão.” (PAPA, Valdner. RIQUEÑA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Aláude. 2011. p. 19)

¹¹⁶ “A década de 1990 é marcada por um crescimento significativo na produção de veículos no país, atingindo a produção de 2.069 milhões de unidades em 1997, superior a mais de 126% que o produzido em 1990. A estagnação dos mercados dos mercados na Europa, associada aos mecanismos introduzidos pelo governo brasileiro, foram decisivos para que o Brasil atraísse um grande volume de investimentos externos para o setor automotivo.” (PIMENTA, Luiz José. *Concorrência e lucro no mercado automotivo*. Originalmente apresentado como tese do autor./ doutorado. Universidade Federal da Bahia: 2012. p. 119)

¹¹⁷ “O ano de 2010 marcou a terceira onda de expansão da indústria automobilística brasileira. O país conquistou o quarto lugar no ranking mundial de vendas, atrás somente da China, dos Estados Unidos e do Japão.” (PAPA, Valdner. RIQUEÑA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Aláude. 2011.p. 19)

¹¹⁸ “As vendas de veículos zero-quilômetro em 2016 tiveram o pior desempenho dos últimos 11 anos. Foram comercializados 2,050 milhões de unidades no ano passado, queda de 20,19% em relação a 2015. Este foi o quarto ano consecutivo de queda nos emplacamentos.” <http://www3.fenabrave.org.br:8082/plus/modulos/noticias/ler.php?cdnoticia=8930&cdcategoria=1&layout=t=noticias> acessado em 11 de janeiro de 2017).

considerou as “1.047 concessionárias fechadas em 2015. É o total previsto para os dois anos”¹¹⁹.

Trata-se de prática vezeira no ramo automotivo que algumas montadoras troquem com periodicidade de cinco anos parcela significativa de sua rede de concessionários. A substituição visa afastar grupos empresariais descapitalizados com os prejuízos da operação automotiva.

Na sequencia, as montadoras diligenciam o envolvimento de novos grupos empresariais na distribuição indireta dos seus produtos e serviços. Para tanto, selecionam candidatos detentores de ativos suficientes para o investimento na edificação de instalações físicas de exigências crescentes, além da oferta de garantias confortáveis ao banco de escolha da montadora (ou integrante do seu conglomerado) no contexto do contrato coligado de *floor plan*.

Esta dinâmica se mostra possível ante a fragilidade do tecido normativo, repetindo o ciclo de atração de grupos empresariais predominantemente nacionais mediante a promessa de bons negócios, sem lastro em segurança contratual nos instrumentos por si impostos.

O estabelecimento da operação de distribuição indireta no ramo automotivo nacional exige somas consideráveis de investimentos em instalações físicas (note-se, significativamente superiores aos padrões das instalações de outros países) e, para algumas marcas, aquisição de automóveis sem aceitação mercadológica, além da imposição de perdas financeiras através da logística financeira do contrato coligado de *floor plan*¹²⁰.

A prática de substituição periódica da rede de concessionários por algumas montadoras, configuradora do abuso de direito¹²¹, guarda pertinência com a busca pela

¹¹⁹ <http://www.automotivebusiness.com.br/noticia/23242/rede-16-mil-concessionarias-devem-fechar-ate-o-fim-de-2016> Acessado em 15/12/2016.

¹²⁰ Item 3.5 – Contrato Coligado de *Floor Plan*.

¹²¹ O não-exercício e o exercício segundo modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva devem ser considerados abusos. O abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas, sim, na correlação (*collegamento*) à mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão. Dele, portanto é possível apresentar uma variedade de comportamentos em relação a cada situação e á sua concreta função. A sua avaliação é complexa porque postula a verificação da existência de interesses contrários juridicamente relevantes que devem ser

firma dominante de exercícios fiscais lucrativos, independente do resultado financeiro dos distribuidores e alheio ao sucesso dos produtos da respectiva marca junto ao mercado consumidor.¹²²

A cláusula geral da boa fé objetiva, pauta axiológica do Código Civil de 2002, marca o interesse *erga omnes* no conteúdo dos contratos, extravasando a esfera estrita dos contratantes¹²³. A análise topológica do artigo 422 do Código Civil de 2002, inaugurando o título dos contratos em geral, denota que “o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete”¹²⁴.

Apesar do axioma da relatividade não permitir a oposição de obrigações contratuais a terceiros, imana da sociedade o interesse de que as relações negociais sejam potencialmente frutíferas às partes, independente da diversidade de envergadura econômica.

A compreensão dos efeitos deletérios da inaptidão dos contratos de concessão automotiva para refrearem abusos de direito do grupo empresarial da montadora em posição jurídica de vantagem, cotejada com a falta de concretude do dirigismo estatal instrumentalizado pela Lei Renato Ferrari, no contexto da realidade brasileira, segundo inspiração da sociologia jurídica¹²⁵, revela a importância do presente tema no rearranjo deste setor de destacada importância à economia nacional.

considerados segundo uma equânime harmonização, isto é, segundo critérios de proporcionalidade individual e social. (v. por exemplo, art. 833 e 844 Cód. Civ.). (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122)

¹²² “O egoísmo ao serviço do comércio jurídico. – É a mesma natureza que ensina ao homem o meio de conquistar os outros para os seus fins, meio que consiste em *ligar o seu próprio fim ao interesse de outrem*. O Estado, a sociedade, as relações, os negócios, toda a vida humana repousa sobre esta fórmula. Só acontece que muitos homens caminham juntos para o mesmo fim, quando o interesse de todos vai dar ao mesmo resultado final. Nenhum d’elles, talvez, pensa no fim como tal; todos tem o espirito ocupado com o seu próprio interesse; mas esses interesses concordam com o fim *commum*, e, trabalhando por si só, cada um na realidade trabalho ao mesmo tempo pelos outros.” (JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a – Editores, 1963. p. 32)

¹²³ “A visão social do contrato não constitui ruptura, mas abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato: o contrato somente atinge as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros. Torna-se o contrato a partir de *utilidade individual* (particular) e, dada a sua condição de fator de repercussão no convívio da própria sociedade, também de *utilidade pública*.” (NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. volume I. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 49)

¹²⁴ COSTA, Judith Martins. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. v. 1. n.º 1. maio 2015. p.42.

¹²⁵ “Com será observado, oportunamente, a Sociologia Jurídica não visa à norma jurídica como tal, mas sim à sua eficácia ou efetividade, no plano do fato social. Desnecessário é encarecer a importância da Sociologia do Direito para o jurista ou para o legislador. Se ela não tem finalidade normativa, no sentido

Segundo lição de Miguel Reale

Com o dirigismo contratual, em suma, ao invés de se reprimir *a posteriori* um previsível abuso, em razão da estrutura oligopolística de dado setor da economia, previne-se *a priori* a ocorrência desse abuso mediante um sistema de normas que, sem suprimir a livre convenção, condiciona-a a certos parâmetros de natureza eqüitativa. Tal contrato, no entanto, é sempre consensual.¹²⁶

A concessão de veículos engloba múltiplas vertentes (aquisição de veículos e peças, treinamento de colaboradores, operações financeiras, comercialização de veículos usados, dentre outras). Ademais, a execução continuada por longo período num mercado dinâmico torna impossível que o contrato de concessão revele-se instrumento exauriente da relação firmada entre montadoras e distribuidores.

O núcleo essencial a ser objeto de registro em contrato de concessão e coligados se atém ao quanto diretamente pertinente com o equilíbrio econômico financeiro, visando edificar pilares essenciais a uma parceria apta a vincular fabricante e distribuidor ao sucesso ou não da empreitada empresarial. A “teoria da escolha contratual” orienta:

Contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem objetivos predefinidos. Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento de promessas.¹²⁷

Cite-se como exemplos de itens essenciais de registro no contrato de concessão grade com critérios objetivos para futura e eventual abertura de nova operação (concorrência intramarca), deliberação em arbitragem de questões conflituosas (com instrumentos que evitem represálias), faturamento de veículos e peças exclusivamente mediante solicitação do concessionário ou do público consumidor (visando mitigar os custos financeiros da estocagem), regras objetivas para glosa de serviços e peças em garantia custeadas pelos concessionários em prol dos consumidores.

de instaurar modelos de organização e de conduta, as suas conclusões são indispensáveis a quem tenha a missão de modelar os comportamentos humanos, para considera-los lícitos ou ilícitos.” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 20.

¹²⁶ REALE, Miguel. *Estrutura Normativa da Lei n.º 6.729 sobre Concessões Comerciais entre Produtores e Distribuidores de Veículos Automotivos Terrestres*. v. 91: Revista USP. 1996. p. 101.

¹²⁷ Zylbersztajn, Decio. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 104.

A rentabilidade da venda de carros novos no patamar de oito a treze por cento revela-se uma constante nas tratativas do setor automotivo no âmbito pré-contratual, inclusive constando de algumas convenções de marcas mais antigas, celebradas no Brasil. Referida margem de lucros, primordial para a justiça formal no bojo do contrato de concessão, contudo, não é registrada nos instrumentos de nomeação; prática que viabilizaria a ressalva de direitos.

Ademais, o cenário brasileiro de incerteza jurídica, com risco perene do advento de passivos trabalhistas e tributários¹²⁸, em cotejo com custos operacionais (tarifas de água, energia elétrica, tributos, taxas Detran, etc.) em exasperação perene, exigiria patamar de rentabilidade superior ao praticado em outros países, para fomentar curva de crescimento constante à circulação de riquezas no setor.

A equivocada presunção da paridade de forças¹²⁹ no ramo automotivo, alheia à lógica de acerto vertical, com dependência do distribuidor em relação às montadoras, em cotejo com o insucesso do tecido normativo para inibir comportamentos oportunistas, vem dando ensejo à subjugação de grupos empresariais majoritariamente nacionais aos interesses de corporações de envergadura mundial.

O quadrante fático ora delineado resulta na injustificada perda de divisas nacionais às matrizes situadas em outros países¹³⁰, descolamento dos resultados financeiros das montadoras, em detrimento da respectiva rede interna de

¹²⁸ “O elevado custo tributário no país tem sido danoso para toda a cadeia automotiva, tornando os produtos menos acessíveis ao consumidor, tornando os produtos menos acessíveis ao consumidor, provocando diminuição nos volumes de produção e vendas. (...) Um dos principais fatores negativos na formação da taxa de lucros das concessionárias é atribuído ao elevado custo tributário que incide sobre os automóveis no Brasil” (PIMENTA, Luiz José. *Concorrência e lucro no mercado automotivo*. Originalmente apresentado como tese do autor./ doutorado. Universidade Federal da Bahia: 2012. p. 157)

¹²⁹ “No começo, porém, deste século compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. O capitalismo desenvolvido, com a industrialização crescente, e a criação das grandes empresas, conduziu á defasagem dos contratantes. Aparentemente iguais, estes acham via de regra desnivelados economicamente. E o negócio que realizam sobre a influência desta diferenciação. Consequentemente, o contrato com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais, contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos em tal grau que ofende aquele ideal de justiça que é a ultima *ratio* da própria ordem jurídica.” (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 12)

¹³⁰ “Somente em 2008, foram enviado mais de US\$ 5,6 bilhões para reforçar o caixa nos seus países de origem. Este valor é mais que o dobro dos US\$ 2,7 bilhões enviados em 2007 e mais de dez vezes superior ao remetido em 2005 – US\$ 498 milhões.” (PIMENTA. p. 179)

concessionários, além da edificação de gargalho mercadológico periclitante ao consumidor servido por rede deficitária de concessionários¹³¹.

A preocupação com a distorção da lucratividade da montadora em detrimento de prejuízos suportados pela rede de concessionários fora objeto de parecer da lavra do Professor Ives Gandra¹³²:

“Estas e outras irregularidades que levaram à brutal distorção no ano de 1995 (200 milhões de dólares de prejuízo da rede e 500 milhões de dólares de lucros na montadora) configuram, a meu ver, evidente exercício de forma abusiva do poder econômico por parte da montadora, que poderá ser, inclusive, punida pelo CADE e pelo Poder Judiciário.”

Apurado em exercício fiscal prejuízo da rede de distribuidores e da montadora, vislumbra-se uma efetiva parceria, com infelizes resultados financeiros. Por outro lado, a fenomenologia do mercado nacional evidencia a reiteração da apuração de exercícios fiscais positivos das montadoras e concomitantes prejuízos acumulados pela respectiva rede de concessionários¹³³. A discrepância sugere abuso de poder econômico, reclamando-se a adoção da figura dos “imperativos de tutela”.¹³⁴

O menor investimento dos grupos distribuidores, consequência própria de prejuízos ocasionados por falhas de mercado, repercute no deficitário impulso de investimentos em operações instaladas. Cotejando-se com o fechamento exponencial de pontos distribuidores no passado recente nacional, atesta-se a piora no atendimento ao público consumidor.

¹³¹ “O ano de 2015 terminou com 1.047 concessionárias de veículos e peças fechadas no Brasil, o que provocou a perda de 32.000 empregos.” (<http://exame.abril.com.br/negocios/2015-teve-1-047-concessionarias-fechadas-e-32-000-demitidos/>) Acessado em 21 de dezembro de 2016.

¹³² IVES GANDRA, da Silva Martins, “Relações entre Montadoras de Veículos e sua rede de distribuição – Práticas que violentam as leis 6.729/79 e 8.884/94 – Configuração em tese de abuso de poder econômico vedado pela Constituição Federal, artigo 173, §4º - Parecer” (www.gandramartins.adv.br/parecer/detalhe/id/PA00877).

¹³³ “Não atende à função social, assim, os contratos cuja execução possa sacrificar, comprometer ou lesar, de qualquer modo, interesses metaindividuais.” (COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*. v. 3. 5ª ed. Contratos. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 90)

¹³⁴ “resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta - efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2003.p. 58)

A legislação de regência das concessões automotivas fora editada sob a premissa do sistema de subsunção¹³⁵ regente do diploma subsidiário (Código Civil de 1916), mostrando-se desarmônica com a célere mutação evolutiva das relações negociais em comento, marcadas pela execução diferida no tempo.

O presente estudo visa minuciar as falhas de mercado, ocasionadas por assimetrias contratuais, do setor automotivo, haja vista que a atividade econômica “insere-se necessariamente num contexto social e, assim, gera custos não apenas para o empresário que a explora, mas, em diferentes graus, também para a sociedade.”¹³⁶

A valoração escorreta dos fatos para a justa identificação de efeitos jurídicos de uma relação é a lição do Professor Ascenção:

A categoria da relação deve ser valorizada. Expurgada da deformação que representou a relação absoluta, ela ocupa, no domínio das situações jurídicas, uma posição análoga à que ocupam as pessoas, os bens e as ações nos títulos anteriores da Teoria Geral. Representa uma estrutura prévia à valoração legal, ontológica neste sentido amplo, que não está sujeita à manipulação legal e é condicionante da própria apreensão da realidade jurídica.¹³⁷

A ausência de negociação sobre os vetores de lucratividade nas fases pré-contratual e no ato de celebração do contrato definitivo de nomeação para distribuição de veículos automotores, além da subjugação da relação jurídica diferida no tempo mediante comunicados unilateralmente expedidos pelas montadoras, impõem o reconhecimento do extravasar da figura do contrato de adesão (cujas autonomia da vontade é expressa com a aceitação da integralidade das condições apresentadas), sugerindo modalidade negocial que tornaria o aderente sujeito às futuras decisões da firma dominante.

2.3. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS PELO PODER JUDICIÁRIO

¹³⁵ “Deve advertir-se, porém, que essa operação lógica, o silogismo de subsunção, pode funcionar nas questões simples, em que facilmente se pode precisar a questão de fato e a questão de direito, combinando-as em um raciocínio de lógica formal.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 57)

¹³⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 32.

¹³⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Teoria Geral. Vol. 03. relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

A pleura de negócios envolvida na concessão de veículos automotores¹³⁸ (venda de carros novos, compra e venda de automóveis seminovos, subsídio de taxas de financiamento ofertadas ao mercado consumidor, remuneração do concessionário por metas, financiamento da operação do concessionário através do contrato acessório de *floor plan* junto ao banco da montadora, remuneração de peças e serviços em garantia ao produto, oferta de acessórios, financiamento e seguro – *F&I*¹³⁹, dentre outros) repercute na escassa disseminação de completa informação sobre essa modalidade de relação jurídica multifacetária.

O desconhecimento sobre a operação econômica subjacente ao contrato de concessão induz à aceitação do conceito pré-concebido de parceria negocial, com instintiva assunção do axioma de obrigatoriedade das cláusulas contratuais (*pacta sunt servanda*).

Sugere-se, nesta ocasião, “diálogo de fontes”¹⁴⁰ do regramento expresso no Código Civil brasileiro com a Lei Renato Ferrari¹⁴¹, perpassando por lições hauridas pela ciência da análise econômica do direito (AED), para a edificação de pilares à melhor organização cível empresarial no ramo automotivo, além de pontuais intromissões judiciais¹⁴² prolatadas sob os auspícios de efetiva compreensão da realidade do mercado automotivo.

¹³⁸ “A revenda é um somatório de vários e diferentes negócios em uma só operação: “autos novos” é em si mesmo uma importante operação, que envolve conhecimento técnico, comercial, de marketing e tantos outros, de forma específica; “autos usados” é um segundo e diferente negócio, que possui características, realidades, padrões e valores completamente diferenciados; “peças” é uma terceira operação, com muita ênfase em operação de varejo e controle de estoques e perfil de clientes completamente diferentes dos demais; “oficina” é prestação de serviços, e a qualidade, o conhecimento, o treinamento lideram a preocupação e a estratégia da operação; os “produtos financeiros” tornaram-se um quinto negócio de forte importância no ramo de distribuição, representando receitas expressivas de retorno de financiamento, seguros, garantias estendidas, planos de manutenção, etc; “acessórios” vêm se caracterizando também como um negócio em si mesmo. (PAPA, Valdner. RIQUENA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011. p 28)

¹³⁹ Expressão usual no mercado automotivo, oriundo da sigla em inglês para financiamento e seguro.

¹⁴⁰ NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. volume I. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 07.

¹⁴¹ “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados de metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radiam, por fim, na própria ideia de Direito.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª Parte. Tradução do original alemão intitulado: Systemdenken Und Systembegriff in der Jurisprudenz: Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 18)

¹⁴² “Os romanos já diziam que o Direito é uma *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, o que quer dizer, é uma vontade permanente e constante de dar a cada um o seu direito, vontade essa que

O Poder Judiciário Bandeirante ostenta precedentes que militam pelo reconhecimento da licitude de práticas padrões no segmento, partindo da premissa de paridade de forças entre montadora/banco da montadora e concessionário, independente da existência de previsão contratual que expressamente as autorizasse.

Este referendo judicial às posturas do agente econômico fabricante/banco da montadora que resultam na configuração de falhas no mercado (assimetrias) distancia-se do imprescindível entendimento sobre os meandros da fisiologia negocial travada entre as partes.¹⁴³

Registre-se que, recentemente, verificou-se julgamento no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que ingressou na dinâmica negocial, tendo reconhecido o sistemático abuso de poder econômico de grupo empresarial de fabricante de veículos. A abordagem com aprofundamento à ótica da análise econômica do direito mereceu destaque no sítio eletrônico da instituição¹⁴⁴

não é a dos governantes, mas da coletividade através de um processo axiológico de opções e preferências.” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 129)

¹⁴³ Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. *Contrato de concessão* comercial regulado pela *Lei Ferrari (Lei nº 6.729/79)*. Hipótese em que ex-concessionária de *veículos* ajuizou ação visando a declaração de nulidade do *contrato* celebrado pelas partes, sob a alegação de abusividade da avença, evidenciada por cláusulas leoninas, e de seu descumprimento por parte dos apelados. Farta provas documental, pericial e oral. Autora que não logrou êxito em demonstrar a abusividade do *contrato* que há muito firmou e que por bom tempo cumpriu, sem qualquer contestação às suas cláusulas, aderindo, indiscutivelmente, a todas às suas disposições. Oposição ao *contrato* somente após o enfrentamento de situação financeira precária. Inadmissibilidade. Necessidade de prestigiar os princípios da boa-fé contratual e da proibição de se adotar comportamento contraditório no decorrer da relação jurídica estabelecida entre os contratantes. Sentença de improcedência que deve ser mantida, porquanto correta a análise que fez dos fatos e fundamentos dos pedidos, rechaçando-os. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP. 25ª Câmara de Direito Privado. Relatora Carmen Lucia da Silva. Apelação n.º 0540112.48.2000.8.26.0100. Data do Julgamento 15/09/2006)

Ementa: Concessão pela *fabricante* de venda de veículos novos e serviços. Ação principal da concessionária julgada improcedente, com procedência do pedido reconvencional da *fabricante*. (...). O mercado de veículos passou por modificações para fazer frente à competitividade do mercado automobilístico, agravado com aumento das importações e do número de *fabricantes*. Mas, não há demonstração de abuso praticado pela concedente, eis que regular a constituição da Autolatina, sendo os riscos inerentes à atividade. Bem como, à míngua de exibição da documentação exigida pelo perito e, diante das regras dispostas nas *leis* de regência, no contrato e na convenção da marca, não é possível imputar responsabilidades à concedente, que podia recusar a entrega de veículos em caso de inadimplemento, havendo planos firmados acerca das aquisições assumidos voluntariamente, com possibilidade de expansão de outras concessões na região. A forma de pagamento tinha previsão à vista, mediante reserva em plano de capitalização ou por financiamento bancário, sem vinculação para a concessionária, não sendo comprovada má condução da concedente em relação ao negócio. (TJSP. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator Kioitsi Chicuta. Apelação n.º 0041053.74.2007.8.26.0564. Data do Julgamento 30/04/2015)

¹⁴⁴<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=38243> acessado em 01/12/2016. “Ementa. Apelação – Ação indenizatória – Danos material e moral – Lei n.º 6.729/1979) – Prejuízos sofridos pela

O mencionado acordão, no afã de buscar o “equilíbrio contratual”, faz observações imperativas ao ato de melhor distribuição da justiça formal no contexto da relação jurídica entre montadoras e concessionários.¹⁴⁵

Carece de razoabilidade que seja identificada uma lúdima parceria empresarial, sem a necessidade da intervenção estatal, quando as montadoras detém o exclusivo controle da estratégia da marca em território nacional¹⁴⁶ e realizam a gestão potestativa dos fatores de lucratividade da operação, porém, há descolamento reiterado da rentabilidade da concedente em referência à respectiva rede interna de distribuidores.

concessionária ao longo de quase uma década, durante relação negocial com o grupo Renault do Brasil S/A. – Gratuidade indeferida – Dilação probatória – Perícia – Preclusão – Interrupção dos depósitos parcelados a favor do perito – Saneador atacado por duplos agravos retidos – Julgamento no estado – Prescrição reconhecida e descabimento da indenização em razão do distrato – Recurso da autora – Nulidade inocorrente – Prova oral desnecessária – Messe probatória ampla, didática, demonstrando os fatos provenientes do relacionamento – Impossibilidade de se anular a sentença – Fatos acontecidos há mais de uma década – Interpretação da teoria da boa fé e do equilíbrio contratual – Prejuízo material verificado – Dano moral experimentado – Abuso do poder econômico – Natureza do contrato de adesão – Regras de exclusividade do grupo que acabara de se instalar no Brasil – Agravos retidos prejudicados – Recurso parcialmente provido.” (TJSP. 14ª Câmara de Direito Privado. Apelação n.º 0227338.78.2008.8.26.0100. Relator Carlos Abrão. Data do Julgamento 23/11/2016)

¹⁴⁵ O Grupo Renault do Brasil, ao chegar ao País, trata-se de fato público e notório, apresentou diversas dificuldades e vicissitude, tanto assim que resolveu, mediante processo societário, trabalhar juntamente com a marca Nissan para melhor exploração dos negócios, inclusive, dirigida por renomado CEO brasileiro, Calos Ghosn, Presidente da Renault. (...) Na sua tipologia, inegável pressupor que a ré, forte grupo econômico estrangeiro, atualmente tem parceria com a Nissan, esmagou completamente a posição empresarial da concessionária, trazendo prejuízos e fazendo amargar circunstâncias inimagináveis, inclusive, houve restrições e pedido expresso da Fiat do Brasil, para que esclarecesse pendências com os bancos e demais instituições financeiras.” (...) O valor estabelecido, em torno de 300 mil euros, nada representa para o grupo econômico que, somente no trimestre de 2015, apresentou faturamento acima de 9 bilhões de euros, e também demonstra que as práticas abusivas e lesivas aos concessionários, não se trata de ação isolada, devem ser coibidas e regulamentadas mediante o equilíbrio e a exclusão da lesividade.

¹⁴⁶ No mesmo sentido: “Ementa: APELAÇÃO – CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL – VENDA DE VEÍCULOS – “LEI FERRARI ” – RESCISÃO DO CONTRATO – CULPA DA CONCEDENTE VERIFICADA – ABUSO DO PODER ECONÔMICO – IMPOSIÇÕES DE ESTRATÉGIAS COMERCIAIS - O regime de exclusividade é previsto no art. 3º da Lei 6729/79 – Lei Ferrari como condição do contrato de concessão comercial, estabelecido, inclusive, no contrato firmado entre as partes; - A perícia contábil, bem como a farta documentação trazida aos autos, permite concluir que a ré deu causa à rescisão contratual, ao impor, de forma unilateral, expansão desarrazoada à autora, causando-lhe sérios prejuízos financeiros – enorme importe financeiro realizado pela autora (expansão das suas atividades em curto espaço de tempo) – abuso do poder econômico; RECURSO IMPROVIDO.” (TJSP. 30ª Turma de Direito Privado. Relatora Maria Lúcia Pizzotti. Apelação n.º 0142156.56.2010. Data do Julgamento 13/12/2017)

Esta discrepância atrai imperativo de tutela estatal especialmente considerado que o risco da empreitada vem recaindo sobre o patrimônio dos grupos concessionários de capital majoritariamente brasileiro.¹⁴⁷

A inafastabilidade da atuação jurisdicional impõe o restabelecimento pelo Poder Judiciário do equilíbrio contratual no bojo de relações negociais levadas ao respectivo crivo. A regulamentação imperfeita do segmento, através da Lei Ferrai, obriga o Poder Judiciário a proferir julgamentos com interpretação casuística de cláusulas gerais de direito; realidade disseminadora de inegável insegurança jurídica¹⁴⁸, haja vista refletir na imprevisibilidade dos envolvidos em outros contratos desta natureza.¹⁴⁹

Insegurança no mercado de capitais regente da atividade empresária representa menores investimentos e maiores taxas de juros na captação de recursos, considerando o acirramento do risco envolto na operação; decréscimo, portanto, do potencial de crescimento da economia nacional.

¹⁴⁷ Vide item 3.5.4: explicações sobre responsabilização pessoal dos sócios dos distribuidores indiretos através de garantias concedidos no contexto do coligado contrato de *floor plan*.

¹⁴⁸ “(...) o juiz, diversamente do legislador em princípio não aprova quaisquer normas, antes decide casos concretos, com força de caso julgado apenas para as partes envolvidas, de tal sorte que um tratamento paritário no que toca à vinculação aos direitos fundamentais não é nada evidente.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2003.p 39)

¹⁴⁹ “O juiz pode dar uma solução em um determinado caso, e outra solução diferente em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. A função do juiz, ao aplicar a cláusula geral, é integrativa. Nesse particular, a sentença tem natureza de sentença determinativa, porque, na verdade, o juiz, ao integrar a relação jurídica controvertida, exerce função criadora (Richterrecht).” (NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. volume I. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.p. 14)

2.4. OBRIGAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

2.4.1. Noções

A celebração de contrato não verbal entre particulares contempla as seguintes fases: pontuação, proposta e aceitação. Pontuação consubstancia o íterim de tratativas preliminares, oportunidade tendente ao conhecimento mútuo e pontual manifestação de vontade empresarial¹⁵⁰. Em seguida, são elaborados termos de propostas que serão objeto de análise no exercício da autônoma vontade de contratar. Por fim, verifica-se o encontro de desideratos negociais, registrado em instrumento contratual.

Tratando-se de negócios complexos, usual que as partes celebrem, no interregno compreendido entre as negociações iniciais e o contrato preliminar “pequenos acordos, usualmente denominados de *minutas* ou *cartas de intenção*.”¹⁵¹

A fase pré-contratual, via de regra, contempla a celebração de dois instrumentos, o preliminar e o contrato definitivo: “É dizer, o contrato preliminar caracteriza-se justamente por ter esse efeito jurídico vinculante (vinculador), qual seja, o de criar a obrigação à celebração do contrato definitivo expectado na assinatura do contrato preliminar.”¹⁵²

O contrato preliminar reveste-se da essência de uma promessa de contratar¹⁵³, portanto, à parte credora da obrigação de fazer assistem dois caminhos, na hipótese de inadimplemento injustificado, o manejo de ação cominatória (art. 464 do CCB/02) ou a conversão em perdas e danos (art. 465 do CCB/02).

Parcela da doutrina classifica os instrumentos firmados antes da celebração definitiva do negócio a partir da preliminaridade, ou seja, grau exauriente de conteúdo do futuro contrato: “Nesse contexto, a preliminaridade do contrato pode ser graduada

¹⁵⁰ “As negociações preliminares (*tractatus, trattative, pourparlers*) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro.” (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 19)

¹⁵¹ PELUSO, Cesar. *Código Civil Comentado*. 1ª ed. Barueri: Manole. 2007. p. 355.

¹⁵² NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. volume I. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 82.

¹⁵³ “Como se vê, o contrato preliminar, por seu ver, não é uma simples negociação ou tratativa, por ser um contrato que tem por escopo delinear os contornos do contrato definitivo que se pretende efetivar,

justamente com base na regulação de conteúdo que ele faz do segundo contrato (contrato definitivo).”¹⁵⁴

A menor preliminaridade somente se justifica nas hipóteses em que o contrato definitivo ainda dependa do acerto de questões negociais, haja a pendência de autorizações governamentais ou as partes não disponham da integralidade das informações misteres ao negócio.

A ausência de qualquer dos óbices apontados recomenda que o contrato preliminar aborde os pontos nodais da futura avença, abrangendo especialmente as questões com afetação direta ao equilíbrio econômico financeiro, consoante *mens legis* do artigo 462 do Código Civil brasileiro¹⁵⁵.

A fase pré-contratual ostenta regramento do conteúdo obrigacional no artigo 427 do Código Civil¹⁵⁶, dando ensejo à figura doutrinária da *culpa in contrahendo*, nas hipóteses de negociações indevidamente interrompidas¹⁵⁷ ou gravame aos deveres laterais pertinentes à fiel, clara e completa informação:

Todavia, é preciso deixar bem claro que apesar de faltar obrigatoriedade aos entendimentos preliminares, poder surgir, excepcionalmente, a responsabilidade civil para os que deles participam, não no campo da culpa contratual, mas no da aquiliana. Portanto, apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio será celebrado, levando-o a despesas, a não contratar com terceiro ou a alterar planos de sua atividade imediata, e depois desistir, injustificada e arbitrariamente, causando-lhe sérios prejuízos, terá, por isso, a obrigação de ressarcir todos os danos.¹⁵⁸

gerando direitos e deveres para as partes, que assumem uma obrigação de fazer aquele contrato final.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 3. v. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50)

¹⁵⁴ NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. volume I. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 82.

¹⁵⁵ “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.”

¹⁵⁶ “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

¹⁵⁷ “O Código Civil italiano tratou especificamente do assunto do assunto, no art. 1.337: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 45) Tradução: “As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, deverão comportar-se segundo a boa fé”

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 3º v. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

O imperativo compensatório exige como fato gerador o fomento de justa expectativa para o encontro de vontades, inclusive com alteração onerosa da rotina empresarial, somado a desmotivado abandono das tratativas por uma das partes¹⁵⁹.

Nesta toada, verifica-se pacífica jurisprudência a militar pela ausência de ato ilícito indenizável com fulcro na reles interrupção de negociações, desacompanhada do comportamento justificador de despesas preliminares¹⁶⁰.

O compendio de deveres anexos da fase pré-contratual pode ser classificado em quatro grupos: 01. informação e esclarecimento; 02. cooperação e lealdade; 03. proteção e cuidado; 04. sigilo.¹⁶¹

Informação e esclarecimento impõem a busca pela transparência na condução das tratativas havidas no *iter* pré-contratual. A sonegação de informações fomenta a averiguação da ocorrência de vícios do consentimento, notadamente a modalidade dolo (art. 147 do CCB/02¹⁶²).

A cooperação e lealdade referem-se à lúdima intenção de contratar, passando ao largo de impor à outra parte custos de transação por falsa expectativa de celebração da avença definitiva. Com efeito, as despesas suportadas por parte ludibriada pela falsa intenção de contratar são, em tese, fato gerador de responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana), na forma do artigo 927 do Código Civil brasileiro¹⁶³.

¹⁵⁹ “Se o contrato finalmente é fechado, após o intrincado processo negocial, provavelmente esses custos das partes os recuperam sem dificuldade; caso contrário, frustra-se o objetivo em função do qual os dispêndios haviam sido feitos.” COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*. v. 3. 5ª ed. Contratos. São Paulo: Saraiva. 2012. (p. 176)

¹⁶⁰ “Ementa: INDENIZAÇÃO – Agravo retido – Pedido determinado – Alegação de inépcia da petição inicial corretamente afastada pela decisão agravada. INDENIZAÇÃO – Apelação – Contrato de concessão para revenda de motocicletas – Direito a não contratação que é inerente às tratativas preliminares – Sem provas da formação de vínculo contratual que autorizasse a responsabilização da concedente nos termos do artigo 24 da Lei Ferrari– Opção pela não contratação que, de per si, não configura ato ilícito – Ausentes pressupostos para a responsabilização civil pretendida pelo autor. Agravo retido rejeitado e Apelação improvida.” (TJSP. 18ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relator Sá Moreira de Oliveira. Apelação n.º 0170625.49.2009. Data do Julgamento 30/11/2015)

¹⁶¹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual – Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 102.

¹⁶² “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

¹⁶³ “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Proteção e cuidado compreendem o intento de parceria na produção conjunta de frutos positivos a ambos os contratantes, distanciando-se do objetivo da imposição de ônus injustificado à outra parte. A interpretação teleológica desse conjunto de deveres deve levar em consideração eventual diversidade de envergadura econômica dos atores da cena pré-contratual.

A última classificação de deveres anexos guarda pertinência com a confidencialidade das informações trocadas durante as tratativas verificadas na fase pré-contratual. As montadoras têm acesso às informações do grupo interessado na nomeação que são revestidas pelo manto da proteção constitucional do sigilo bancário.

Próprio do mercado automotivo que haja antecipações aos grupos com pré-nomeação de futuros lançamentos de modelos, edificação de novas instalações fabris; em resumo, o compartilhamento de estratégias empresariais das montadoras.

As informações objeto de comunhão entre as partes em negociações pré-contratuais não podem ser manejadas para fins que se afastem do objetivo comum de distribuição indireta de produtos e serviços, sob pena de afronta ao princípio da boa fé objetiva, podendo redundar em resolução da relação jurídico obrigacional, sem prejuízo de configurar, em tese, fato gerador para compensação pecuniária.

2.4.2. Pré- Nomeação no Mercado Automotivo

Superados aspectos gerais do ordenamento jurídico, segue explanação sobre a prática do mercado brasileiro automotivo no íterim pré-contratual das nomeações de distribuidores de veículos: “Se a liberdade de contratar referida no art. 421 é uma liberdade situada, forçoso é buscar situá-la, averiguando qual é o seu entorno, o meio ambiente na qual se move e se desenvolve, e quais os significados que a expressão conota.”¹⁶⁴

As montadoras manejam uma espécie de oferta pública¹⁶⁵ de novas áreas de concessão para exploração da distribuição indireta (ou partilha das áreas até então

¹⁶⁴ COSTA, Judith Martins. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV, v. 1. n.º 1. maio 2015. p. 45.

¹⁶⁵ “A revenda de veículos automotores é uma relação contratual entre montadoras e empresários nomeados. É uma organização identificada com a montadora, pois é um tipo de distribuição exclusiva que

monoassistidas, na forma do artigo 5º, §1º, da Lei Ferrari), as quais são postas ao crivo do interesse de grupos empresariais.

Nesta ocasião, as montadoras demonstram estudo de viabilidade da concessão ofertada, abarcando o parque circulante, emplacamento anual, potencial econômico e PIB per capita.

Cabe aos grupos nacionais a apresentação de carta de intenções que o habilite a participar da concorrência. Na etapa seguinte, os grupos pré-selecionados são convidados a apresentar plano de negócio (*bussiness plan*) e alternativas de imóveis (geralmente, três opções) a serem aprovadas pela montadora para o recebimento do ponto empresarial.

Ainda durante a pré-nomeação, as montadoras fazem análise de cunho jurídico *lato senso* (mediante a apresentação de certidões negativas criminais, fiscais e de cartórios extrajudiciais de protesto), além de estudo da capacidade financeira do concessionário.

Destaque-se a existência de precedente judicial de responsabilização indenizatória de montadora que promovera seleção pública com grupos empresariais, inclusive tendo identificado o selecionado e, malgrado incentivado o empenho de investimentos em imóvel por si orientado, extinguiu a relação jurídica sem a celebração do contrato de concessão.¹⁶⁶

A hipótese se refere a gravame ao patrimônio (com potencial alcance nas esferas material e imaterial) calcado na assunção de comportamento contraditório, a partir da

o fabricante elege para trabalhar só com seu mix de produtos. São franquias, visto que este foi e continua sendo o melhor sistema para fabricantes, revendedores e, acima de tudo, para o consumidor de veículos. Cabe ao fabricante encontrar no mercado organizações qualificadas que possam representar melhor a marca junto do consumidor.” (PAPA, Valdner. RIQUENA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011. p 23)

¹⁶⁶ “Quem infringe um dever jurídico ‘lato sensu’, causando dano a outrem, fica obrigado a ressarcir-lo. A infração pode ser de dever estabelecido numa relação jurídica ou na própria lei, ou do principio geral de que ninguém deve prejudicar os outros, ‘alterum non laedere’. Vem-se admitindo, ainda, a existência de infrações no período de formação do contrato. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 153)

“teoria dos atos próprios” (*venire contra factum proprium*); consectária da aplicação do princípio da confiança (art. 422 do CCB/02).¹⁶⁷

Escolhido um grupo empresarial para representar a marca numa praça, as montadoras valem-se do instrumento de pré-nomeação (“carta de pré-nomeação”); lacônico instrumento inicial desprovido das condições do futuro contrato acessório de *floor plan*, além de silente sobre os termos do contrato principal de concessão.

Com efeito, inexistente justificativa para que a pré-nomeação deixe de abordar as futuras condições do contrato definitivo em referência às questões com aptidão para direta interferência no equilíbrio econômico financeiro entre as partes.

Desatendidos, portanto, os deveres laterais, compreendidos como a obrigação no fornecimento de informações, completas e fidedignas, relevante pilar do princípio da boa fé objetiva¹⁶⁸; evidenciando, desde já, cumprimento imperfeito das obrigações contratuais.¹⁶⁹

O axioma da cooperação contempla deveres principais (na hipótese, faturamento de veículos e peças com exclusividade na praça de nomeação) em cotejo com os laterais, especialmente o esclarecimento à parte aderente (distribuidor) da leitura mercadológica completa disponível ao fabricante e planos de ação para os próximos

¹⁶⁷ Ementa: ACÓRDÃO INDENIZAÇÃO - Danos causados em razão de desfazimento de negociações preliminares a *contrato* de *concessão* de revenda de veículos - Procedência - Danos morais decorrem da frustração das negociações e da lesão à imagem profissional dos autores, caracterizado por abalo de confiança decorrente de súbito encerramento de tratativas Mantida, excepcionalmente, a fixação em R\$1.000.000,00 para cada autor - Os prejuízos decorrentes da aquisição de imóvel para que pudesse ser celebrado *contrato* deve ser calculado com base nas taxas de aplicação financeira do capital investido - Para ressarcimento decorrente da expectativa de lucros com a venda futura de veículos novos, é aplicada, subsidiariamente, a *Lei 6729/79* - Descabimento de ressarcimento por quaisquer lucros cessantes por não terem as tratativas ultrapassado *pré- contrato* - Despesas processuais e honorários advocatícios rateados meio a meio entre as partes ante a sucumbência recíproca - Recurso provido em parte. (TJSP. Apelação n.º 9075917.38.2001. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Data do Julgamento 11/02/2004. Relator Renato Gomes Corrêa.)

¹⁶⁸ Endossando este entendimento, a IV Jornada de Direito Civil publicou: “enunciado 24 – Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” Organização: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2007. 2 v. - Conselho da Justiça Federal. <<http://www.jf.jus.br/portal/publicacao/engine.wsp?tmp.area=115>> Acessado em 16 de outubro de 2016.

¹⁶⁹ “A procedência implica certos deveres porque a formação do fenômeno obrigacional raras vezes é instantâneo qual um relampejar. O que acontece antes do surgimento da obrigação na esfera jurídica do credor e do devedor influencia em seu regime. Como a obrigação consiste numa série de atos conducentes. Ao adimplemento, verdadeiro processo, esses atos produzem efeitos jurídicos que vinculam

anos (futuros lançamentos, capacidade fabril, volumes projetados para cada concessionário do país, intenção de aumentar a concorrência intramarca, p.ex.).

No instrumento preliminar (pré-nomeação), o concedente aponta o imóvel por si aceito para instalação da concessionária, previamente apresentado pelo grupo empresarial candidato, além da fixação de prazos para conclusão de obras, formalização do contrato coligado de *floor plan* e formação da equipe de colaboradores com grade mínima de treinamento.

Imperativo que a negociação entre montadora e interessado na concessão contemplasse o registro expreso de parque circulante da marca¹⁷⁰, para fins de apuração do potencial de pós-vendas, passagem de loja do concorrente intramarca (na hipótese de praça multiassistida), percentual mínimo da rentabilidade dos distribuidores sobre o preço final fixado pela montadora para oferta de produtos novos, além de critérios objetivos e transparência na glosa de serviços e produtos custeados pelos concessionários em garantia perante o público consumidor.

A ausência de informações no instrumento de pré-nomeação colabora para o senso de desinformação judicial sobre as questões mercadológicas e negociais do setor automotivo.

A autonomia privada não se vê prestigiada no íterim de relações jurídicas assimétricas, cujo ponto de partida é a insuficiência de informações disponibilizadas à parte de inferior porte econômico na oportunidade da contratação: “The basic requirements for a non-cooperative game is that there should be no pre-play communication among the players.”¹⁷¹

as partes.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com Encargo e Causa Contratual*. Campinas, SP: Millennium. 2004. p. 65)

¹⁷⁰ O parque circulante é definido pelo número de veículos circulantes em uma região, não importando seu estado de conservação, nem as suas condições de uso. Conhecendo a frota circulante nacional, regional e a frota por faixa de idade a montadora aplica sobre esses números um valor médio de consumo de peças por unidade e sobre esses índices atribui um plano de ação de peças em volume de vendas e não em estoque. (PAPA, Valdner. RIQUEÑA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011. p. 26/27)

¹⁷¹ NASH, Jonh. *Non Cooperative Games*. p. 26. <http://rbcs.princeton.edu/sites/default/files/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf> acessado em 20/01/2017. Tradução: “Os requisitos básicos para um jogo não-cooperativo é que não deve haver nenhuma comunicação pré-jogo entre os jogadores.”

A insuficiência de informações, a assimetria, nata ou no contexto de relações de dependência, permite à firma dominante a busca pela maior lucratividade, independente da postura assumir viés predatório em detrimento às demais envolvidas na distribuição dos produtos e serviços:

As objecções a formular, dizem respeito à avaliação dos comportamentos dos indivíduos como racionais, comportamentos esses que visam a maximização das suas necessidades. Isto é conseguido através de uma unidade de medida estática, que é o padrão monetário, porque há muitos meios de chegar a uma posição óptima das necessidades.¹⁷²

A fase pré-contratual, no âmbito do mercado automotivo, destarte, resume-se a uma oferta de montadoras estrangeiras para que grupos empresariais predominantemente brasileiros invistam na marca sem ciência prévia das condições do contrato principal e acessório de *floor plan* a serem firmados, nem tampouco da viabilidade econômico-financeira da operação sugerida.

Visto que os números ventilados pela montadora para oferta de novas concessões não são consignados no bojo do contrato de concessão, surgem óbices à responsabilização da concedente ou solidariedade com o concessionário sobre futuro insucesso da empreitada empresarial.

Após a conclusão das obras do ponto comercial, ao final do que se poderia identificar como fase pré-contratual, o grupo nacional encontra-se compelido a aceitar a minuta de contrato a si ofertada, visto já ter investido em edificação com especificações peculiares impostas pelo concedente, com difícil adaptação a outro ramo mercadológico (inclusive para alteração de marca, visto as especificações dispares das montadoras).

A fase de pré-nomeação também abarca relevantes investimentos do grupo nacional selecionado em treinamento de funcionários, através de cursos ministrados pelas montadoras; inclusive, para algumas marcas, exige-se formação fora do território nacional.

A omissão de informações em desfavor dos grupos empresariais interessados em nomeações abre espaço à provocada intromissão judicial, no afã de restabelecer o equilíbrio entre as partes: “É por esse motivo, entre outros, que a justiça como equidade

¹⁷²ABRANTES, Maria Luísa. *A teoria dos Jogos e os Oligopólios*. 2004. <<http://www.each.usp.br/rvicente/TeoriaDosJogos.pdf>>. p. 104) Acessado em 23/01/2017.

exige que se demonstre que determinados modos de conduta interferem nas liberdades básicas de outros, ou transgridem alguma obrigação ou dever natural, antes que se possa restringi-los.”¹⁷³

O déficit de informações, elemento configurador de descumprimento contratual remete à teoria do adimplemento substancial. A mácula inerente à omissão de informações pode comprometer a essência do vínculo (hipótese de resolução) ou, nas hipóteses de menor dimensão, admitir medidas tendentes ao restabelecimento do equilíbrio contratual.

A IV Jornada de Direito Civil firmara o enunciado 361: “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratantes, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”

Por derradeiro, no afã de bem compreender a fenomenologia contratual do setor automotivo nacional, consigne-se que os grupos pré-nomeados são compelidos a adquirir elementos de identificação visual, moveis e equipamentos das marcas homologadas pelas montadoras, cujos preços são, em algumas situações, deslocados da realidade mercadológica de produtos similares.

2.4.3. Abertura de Novas Operações

A Lei Ferrari (art. 6º) fora alterada pela lei federal n.º 8.132/1990 para consignar regra aplicável aos fabricantes, restringindo a celebração de novas concessões “se o mercado de veículos automotores novos da marca, na área delimitada, apresentar as condições justificadoras da contratação que tenham sido ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.”

Malgrado a *ratio essendi* da alteração legal busque evitar que a concorrência intramarca redunde na diminuição das margens de lucro com comprometimento à viabilidade do negócio, inexistem mecanismos que forneçam concretude à proteção prevista em favor das operações já instaladas no território nacional.

¹⁷³RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 411.

Prévio parecer da Fenabrave (Federação Nacional de Distribuição de Veículos Automotores) ou da rede de concessionários da respectiva marca, sem prejuízo de auditoria externa, devidamente normatizados em convenção firmada pela montadora e rede de distribuidores, seriam mecanismos razoáveis ao elevado patamar de investimentos verificados no ramo automotivo.

O Estado da Flórida – Estados Unidos da América coloca em consulta aos demais concessionários a intenção da abertura de novo ponto de distribuição¹⁷⁴.

¹⁷⁴ H. SPECIAL LICENSING REQUIREMENTS - FRANCHISED MOTOR VEHICLE DEALER APPLICANTS Section 15C-7.004, F.A.C. [...] c. Upon publication, the Department will notify, in writing, all licensed dealers of the sameline-make in the county and all contiguous counties of their right to protest the establishment of a new point dealership. The notice, along with a copy of the publication, will be sent to those dealers who have a standing to protest. The notice will contain a general explanation of the grounds upon which a dealer may protest the new point and will provide instruction on how to file a protest. Licensed dealers receiving such notice must protest within thirty days (including weekends and holidays) following publication of the notice of intention in the Florida Administrative Register. e. If any existing dealer with the authority to protest a new point location files a protest, the Department will forward the case to the Division of Administrative Hearings, who will schedule a hearing in which all parties have the opportunity to be heard on the matter. Following the hearing, the Department will issue a final order either granting or denying a new point location. If the Department denies a new point location, the matter is closed and the preliminary application will be rejected. If the new point location is granted, the applicant then has twelve months from the date of the final order to begin construction of the building to house the dealership. Such construction must be completed within twenty-four (24) months of the date of the final order and, the applicant must, within that time period, finalize the application and be issued a license as a franchised motor vehicle dealer. This period may be extended by the Department for good cause. The request stating the cause for an extension on the final order must be received by the Department before the expiration of the final order. It should be noted, that the awarding of an additional point location does not guarantee that the applicant will meet all qualifications of the licensing statute. Those qualifications are separate from the additional point issue. Tradução: H. REQUISITOS ESPECIAIS DE LICENCIAMENTO - CONCESSIONÁRIOS DE VEÍCULOS DE MOTORES FRANQUICOS REQUERENTES Seção 15C-7.004, F.A.C. [...] c. Após a publicação, o Departamento notificará, por escrito, todos os concessionários licenciados da marca de compensação no condado e em todos os condados contíguos de seu direito de protestar pela criação de uma nova concessionária de pontos. O aviso, junto com uma cópia da publicação, será enviado para os negociantes que têm uma posição para protestar. A notificação conterá uma explicação geral dos motivos pelos quais um revendedor pode protestar contra o novo ponto e fornecerá instruções sobre como apresentar um protesto. Os negociantes licenciados que recebem tal notificação devem protestar dentro de trinta dias (incluindo fins de semana e feriados) após a publicação do aviso de intenção no Registro Administrativo da Flórida. e. Se algum negociante existente com a autoridade para protestar contra um novo local de ponto arquiva um protesto, o Departamento encaminhará o caso à Divisão de Audiências Administrativas, que levará a cabo uma audiência na qual todas as partes têm a oportunidade de ser ouvidas sobre o assunto. Após a audiência, o Departamento emitirá uma ordem final, concedendo ou negando um novo local de ponto. Se o Departamento nega um novo local de ponto, o assunto é encerrado eo pedido preliminar será rejeitado. Se o local novo ponto é concedido, o candidato tem então doze meses a partir da data da ordem final para começar a construção do edifício para abrigar a concessionária. Tal construção deve ser concluída no prazo de vinte e quatro (24) meses a contar da data da ordem final e, o requerente deve, dentro desse prazo, finalizar o pedido e ser emitido uma licença como concessionário de veículos automóveis franqueados. Este prazo pode ser prorrogado pelo Departamento para justa causa. O pedido que indique a causa de uma extensão na ordem final deve ser recebido pelo Departamento antes do término da ordem final. Note-se que a atribuição de um local adicional não garante que o requerente satisfaça todas as qualificações do estatuto de licenciamento. Essas qualificações estão separadas do ponto adicional

A oitiva da rede interna de distribuidores da marca, com inspiração nessa experiência, sem prejuízo de isento estudo técnico sobre a viabilidade de nova concessão, evitaria a prática atual de algumas montadoras em diligenciar a abertura sem lastro mercadológico de novas concessionárias para suprir baixo investimento em propaganda, visando ganhos financeiros através do contrato coligado de *floor plan*, além de manter margem de lucro alheio à aceitação dos produtos no mercado varejista.

As atuais nomeações de mercados multiassistidos garantem praças de exclusividade com parcas dimensões, geralmente gravitando no raio de dois a três quilômetros. O alcance da boa fé objetiva na fase pós-contratual, contudo, impede que as montadoras façam nomeações deletérias à viabilidade das operações anteriormente instaladas:

As inúmeras crises que atingiram o setor demonstraram que novas nomeações de revendas não podem inviabilizar economicamente a rede já existente. Sempre há um volume mínimo por ponto que garante a sobrevivência do negócio. O excesso de concessionários prejudica a marca, a rede de distribuição e afeta a participação de mercado do fabricante.¹⁷⁵

A insuficiente regulamentação da Lei Renato Ferrari sobre a temática de nomeações tem o condão de inibir os concessionários na impugnação de ofertas a novas praças ou divisão de mercados já assistidos pela rede de distribuidores.

O funcionamento do negócio baseado em decisões unilaterais da firma dominante tende a obstar questionamentos da parte com menor envergadura empresarial, visando evitar futuras represálias, especialmente o faturamento de veículos sem aceitação mercadológica além da sonegação de remessa dos produtos com melhor potencial para margem de lucro:

o que se refere ao regime das leis contratuais, o argumento é que cada modo de governança genérico tem suporte em um regime diferente de lei contratual. Em particular, a lei contratual implícita da organização interna (hierarquia) é a do refreamento. Portanto, enquanto a justiça rotineiramente atua nas disputas entre firmas a respeito de preços, danos causados por atrasos, falhas de qualidade, entre outros, ela não lida costumeiramente com disputas entre duas divisões em uma corporação sobre os mesmos temas. Não tendo acesso à justiça para resolver disputas internas, a hierarquia é a sua própria instância de apelação, e, enquanto as firmas têm acesso ao poder

¹⁷⁵ PAPA, Valdner. RIQUEÑA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011. p. 19.

arbitrário interno, relações contratuais entre firmas não podem recorrer a ele.
176

Há precedentes do Poder Judiciário que obstaram a intenção de montadoras tendente à nomeação de mais um grupo distribuidor quando destacado o potencial gravoso à viabilidade das operações previamente instaladas na área a ser atendida.¹⁷⁷

Ponto de relevo, uma vez analisada a fase com a alcunha de pré-nomeação, refere-se ao acerto do termo *a quo* do contrato de concessão, visto tal interregno no mercado automotivo superar tratativas preliminares, assumindo interregno de significativos investimentos do distribuidor na edificação do estabelecimento empresarial, contratação e formação de colaboradores.

O presente enfrentamento altera a perspectiva de compromisso da montadora, à qual já incumbe, concomitante aos primeiros investimentos na marca, informar o distribuidor acerca das condições do contrato de concessão, dando segurança jurídica ao acordo vertical e comprometendo-se com projeto detalhadamente expresso de retorno do capital aportado em prazo razoável, mesmo que dissociado do interregno quinquenal de proteção legal, na exata forma do artigo 473, parágrafo único do Código Civil brasileiro¹⁷⁸.

¹⁷⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*: Elsevier, Rio de Janeiro. 2005 p. 41.

¹⁷⁷ Ementa: AÇÃO INIBITÓRIA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE VENDAS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. Lei 6.729/79. Pleito para impedir a fabricante de contratar ou permitir a instalação de nova concessionária na área operacional de atuação da autora, bem como para não recusar o fornecimento de veículos. Desistência da nova concessionária nomeada que não esvazia o objeto da demanda, cujo pedido é mais amplo. Interesse processual caracterizado. Art. 6º, I, do referido Diploma, que assegura ao concedente a contratação de nova concessão se o mercado de veículos automotores novos da marca, na área delimitada, apresentar as condições justificadoras da contratação. Prova pericial que se mostra necessária para averiguar se há viabilidade de mercado para a instalação de nova concessionária na área de atuação de apelada. Prova oral que deverá ser oportunamente analisada a necessidade de sua realização. Não caracterização da litigância de má-fé das partes, ante a não configuração das situações elencadas no art. 80 do CPC/2015. Recurso provido, com anulação da sentença. (TJSP. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator Dimas Rubens Fonseca. Apelação n.º 0169745.86.2011. Data do Julgamento 07/09/2017)

¹⁷⁸ “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

2.5. CONTRATO COLIGADO DE *FLOOR PLAN*

2.5.1. Noções

O contrato coligado de crédito rotativo *floor plan* apresenta-se complementar à existência do principal, concessão de veículos automotores, assumindo viés garantidor e ditando a logística do faturamento de mercadorias novas em prol dos distribuidores indiretos.

A avença de *floor plan* carece de motivação para celebração autônoma, caracterizada a “coligação por identidade de referência objetiva”¹⁷⁹, apresentando-se condicionado à existência e validade do contrato principal de concessão automotiva¹⁸⁰.

A grade de negócios envolvida na concessão de veículos exige a adoção de um “contrato-quadro”, “guarda-chuva”, que confere os parâmetros gerais da relação jurídica das partes envolvidas, grupo empresarial da fabricante e distribuidor, direcionando as futuras avenças coligadas (contratos de aplicação)¹⁸¹.

O dinamismo das atividades empresariais exercidas no contexto da concessão automotiva não se coaduna com o esgotamento dos termos de regência em exclusivo instrumento contratual; daí a necessidade de um pilar ao negócio jurídico relacional, assecuratório de segurança jurídica; norte dos contratos de aplicação.

A figura do contrato de *floor plan* tivera gênese no mercado norte-americano, visando facilitar a logística da distribuição indireta de veículos. O distribuidor celebra

¹⁷⁹ “Coligação por identidade de referência objetiva: quando uma pluralidade de relações tem como ponto de referência um mesmo objeto, a disciplina de cada relação deve ser harmonizada para individuar quais poderes (de fruição, de disposição, de utilização, de controle) terão os titulares das situações subjetivas.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 744.

¹⁸⁰ “A importância da distinção está na regra *accessorium sequitur naturam sui principis*. Daí que a invalidade da obrigação principal acarreta a das obrigações acessórias, conforme se lê do art. 184 do Código Civil (art. 153 do Código anterior).” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 85)

¹⁸¹ “As partes optem pela celebração de contrato mais abrangente, designado contrato-quadro ou acordo guarda-chuva [‘umbrella agreement’], na tradição anglo-saxã, ‘framework agreement’, na civil law], destinado a formatar o negócio em linhas gerais, contendo a previsão da celebração, futura ou concomitante, de vários outros contratos com objetos mais específicos [contratos satélite].” (FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 54)

contrato de *floor plan* com uma instituição financeira mediante a apresentação de garantias, objetivando o faturamento de veículos novos, peças e, em algumas situações, veículos usados (neste caso, adiantamento de recursos referentes a unidades seminovas recebidas pelos concessionários como parte de pagamento dada por consumidores).

O modelo de negócio através da concessão de crédito rotativo *floor plan*, na experiência norte americana, realidade mercadológica com taxas de juros próximas a zero, imputa à intervenção do banco da montadora a logística do negócio da venda de veículos e peças, mediante remuneração que passa ao largo de comprometer as operações dos distribuidores,

Por seu turno, na realidade brasileira, verifica-se, para algumas marcas, estratégia empresarial do conglomerado banco da montadora/montadora de auferir ganhos financeiros em detrimento do distribuidor, inclusive, frequentemente, há exercícios fiscais em que os bancos da montadora ostentam resultados financeiros superiores à própria fábrica.

Buscando o entendimento da dinâmica de execução do contrato de *floor plan*, segue explanação do fluxo financeiro, iniciando-se com o faturamento de veículos novos da montadora ao concessionário.

Diligenciado o pedido pelo concessionário ou lançado no sistema ao alvedrio da própria montadora, ultima-se o faturamento dos produtos em nome do distribuidor e a montadora é paga imediatamente pelo respectivo banco.

Ato contínuo, o banco da montadora emite uma cédula de crédito que passa a compor o saldo devedor do distribuidor.

Cada montadora possui uma modalidade de acordo com o respectivo banco, dando diferentes prazos para que o concessionário quite os automóveis da sua linha de *floor plan*.

Em relação aos veículos vendidos pelos concessionários a consumidores dentro do prazo de *floor plan*, os concessionários dispõem de 24 a 48 horas para quitar o valor nominal acrescido de juros.

Tratando-se de automóveis não vendidos no prazo do *floor plan*, aos concessionários compete efetuar a quitação dos preços nominais, com a incidência de juros, mantendo-os no estoque.

O contrato de abertura de crédito rotativo *floor plan* direciona, portanto, a relação financeira da concedente com o distribuidor, inserindo o banco indicado pela montadora neste vínculo continuado. Em que pese esta modalidade de contrato coligado apresentar forte influência no prisma financeiro da operação, a Lei Renato Ferrari é omissa na respectiva regulamentação.

2.5.2. Assimetrias do contrato coligado de *floor plan*

Na oportunidade da pré-nomeação de um grupo empresarial brasileiro, pouco usual que seja contemplado o acertamento dos meandros do contrato de *floor plan*. Em momento posterior, concluída a edificação do imóvel aceito pela montadora, com a aquisição das identidades visuais comercializadas pelos fornecedores indicados pela montadora, a celebração do contrato de *floor plan* se apresenta como pré-requisito à nomeação definitiva.

Afastando-se da experiência de outros países¹⁸², os distribuidores brasileiros são compelidos a firmar contratos de *floor plan* com a instituição financeira do grupo econômico da montadora, como se observa com a FCA – Fiat Chrysler Automóveis Brasil / Banco Fiat e Volkswagen do Brasil / Banco Volkswagen.

Saliente-se que parcela diminuta de fabricantes não dispõe de instituição financeira integrante de seu conglomerado instalada no Brasil. Nestes casos, opera-se a indicação de única instituição financeira por si homologada.

Como consequência do cenário de exclusividade compulsória, as taxas de juros aplicadas no contexto dos contratos coligados de *floor plan* adotam patamares superiores aos paradigmas da usual oferta de crédito empresarial no mercado brasileiro.

¹⁸² Exemplo de contrato de *floor plan* firmado por concessionário norte americano com instituição financeira de pequeno porte, não integrante do grupo empresarial da montadora: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/764858/000119312508203225/dex1013.htm>> Acessado em 01/02/2017.

A figura do contrato necessário, coativo¹⁸³, compulsório, ou seja, prescindindo da voluntariedade de uma das partes, por força de acerto vertical, redundando em mitigação de pilar edificador do equilíbrio contratual na dogmática jurídica obrigacional.

Inspirando-se na interpretação atual dos Estados Unidos da América do artigo 1^a do Sherman Act, de 1890¹⁸⁴, lei federal antitruste, linha condutora da licitude dos acordos firmados por agentes econômicos¹⁸⁵, a ausência de externalidades positivas relevantes ao mercado consumidor torna “infração *per se*” a falta de possibilidade para concorrência no contrato acessório de *floor plan*.

Neste particular, o direito comparado ilustra que arranjos contratuais entre grupos empresários plasmados por lógica de restrição vertical merecem reprovação pelo regramento jurídico quando imposições da firma dominante prejudicam o grupo empresarial anuente da avença, além de ser inapto para ensejar benefícios ao público consumidor.

Severa crítica ao modelo de operacionalização desta modalidade de contrato coligado no Brasil refere-se ao faturamento de veículo, com emissão de cédula de crédito com incidência de juros para pagamento a favor do banco da montadora, em detrimento do distribuidor, durante o trânsito do produto entre a fábrica e o distribuidor.

Daí, o distribuidor suporta a incidência de juros que recaem sobre o “preço fábrica” em relação a produto que sequer chegou às suas instalações para ser ofertado ao mercado consumidor.

No mais a mais, a existência de produtos no final do ciclo de vida, época de deterioração das margens de lucratividade¹⁸⁶, redundando na piora de índices dos balanços financeiros dos distribuidores.

¹⁸³ “A expressão *contrato coativo* contém o máximo do dirigismo contratual. Não há como defender a autonomia da vontade se o contrato é imposto.” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 385)

¹⁸⁴ “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.” Tradução: “Todo contrato, combinação sob a forma de truste ou de outra forma, ou conspiração, em restrição de comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal.”

¹⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 102.

¹⁸⁶ “Mas não é apenas o perfil do cliente que regerá o pedido à fábrica, o concessionário tem que conhecer a *curva de vida do produto*: todo produto nasce, cresce, matura, declina e morre. Em cada fase da vida o comportamento da margem de lucro é diferente. No nascimento e no crescimento as margens são sempre

Por consequência, os bancos que regulam os contratos coligados de *floor plan*, percebem maiores riscos operacionais; daí, diligenciam o aumento das taxas de juros, além de cobrarem exasperação das garantias, com redução das linhas de *floor plan*.

Em resumo, o cenário de veículos no final de ciclo de vida redundava em gravame à liquidez dos distribuidores, mormente seja mantida a rentabilidade do grupo empresarial montadora/instituição financeira, especialmente o patamar de repasses à matriz internacional.

Aponta-se, destarte, como nuance de urgente regulação estatal, a garantia aos distribuidores de se valerem de contratos de *floor plan* ofertados por quaisquer instituições financeiras atuantes no mercado, sempre em busca de taxas de juros menos prejudiciais à viabilidade da operação.

A liberdade para celebração de contrato coligado com qualquer instituição financeira atuante no território nacional harmoniza-se com o valor constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CF/88).¹⁸⁷

A modernização do dirigismo contratual afeto às concessões automotivas conduz à criação de mecanismos tendentes à diminuição dos custos de estocagem de produtos. Atualmente, este item assume o papel de principal óbice à viabilidade das operações empresariais de concessionários no território nacional.¹⁸⁸

Malgrado os artigos 7º e 9º da Lei Renato Ferrari disponham sobre as quotas de veículos automotores a serem faturados aos distribuidores, sugerindo critérios objetivos

positivas, na manutenção são estreitas, no declínio são muito pequenas e no ponto de morte são negativas. (PAPA, Valdner. RIQUENA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011. p. 42)

¹⁸⁷ “Da conjugação dessas duas normas constitucionais o interprete deve concluir pela existência de possibilidade de intervenção estatal na economia, seguindo-se os parâmetros de legalidade, quando houver necessidade de defesa do interesse público, inclusive para combater o abuso do poder econômico e assegurar o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica.” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1994)

¹⁸⁸ “Outro fator que reduz significativamente a taxa de lucros das concessionárias é o custo financeiro com a estocagem de veículos novos, veículos usados, peças e acessórios. O sistema utilizado para financiamento dos estoques de veículos novos pelas montadoras (GM, Fiat, Volkswagen, Renault, Ford) é bem parecido. Consiste no faturamento de unidades para as concessionárias, garantidas com penhor mercantil e financiadas pelos bancos das montadoras. Os bancos utilizam o sistema *floor plan* para facilitar as operações entre montadoras e concessionárias, cobrando taxas que variam entre 1,5% e 2,0% do valor do veículo. (...) As taxas cobradas pelos bancos das montadoras correspondem, em média, ao CDI + 0,50 a/m.” (PIMENTA, Luiz José. *Concorrência e Lucro no Mercado Automotivo*. Salvador: UFB, 2012. p. 162)

e prestígio ao consenso, a rotina do ramo automotivo evidencia que parcela das montadoras instaladas em território nacional define com viés unilateral e subjetivamente a quota a ser distribuída a cada concessionário.

Em seguida, a montadora envia ao seu correlato banco a fatura de venda à vista, desde já, recebendo o valor dos produtos, com imediato lançamento de débito na conta corrente de crédito rotativo do concessionário. Assim, independente de aceitação mercadológica ou análise do dispêndio de tempo para comercialização dos veículos, a montadora recebe o valor das faturas.

A dinâmica relacional ora descrita configura aparente acinte à lei federal n.º 4.595/64, a qual consigna no artigo 34 ser “vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos”, com pessoas físicas ou jurídicas da qual participem do capital com mais de dez por cento (incisos III e IV), salvo com autorização do Banco Central do Brasil.

A *mens legis* se orienta para evitar a figura da “maquiagem” financeira, triangulação de ativos entre empresas de um grupo econômico, independente da entrada de recursos do consumidor final, destinatário do produto posto no mercado.

Visto que o distribuidor não pode ser considerado como destinatário final dos produtos e serviços, eventual recebimento de recursos pela montadora somente poderia ser ultimado após a intromissão do agente de varejo (elo final da cadeia de produção), consumidor/comprador, na relação jurídica.

Razoável solução legal para as distorções do contrato de *floor plan* no segmento automotivo seria regulamentar que os automóveis e peças produzidos ficassem no estoque do distribuidor, através de comodato, somente lançando-se o faturamento, com cobrança, após formalização do pedido por indicação do consumidor final ou a pedido expresso do concessionário.

A relevância do estudo pormenorizado do contrato coligado de *floor plan* fica corroborada já que, recentemente (novembro/2017), os canais de comunicação brasileiros especializados em economia informaram que a associação formada pela rede interna de concessionários da marca Fiat ingressou com cinco demandas em desfavor do

grupo empresarial da montadora FCA Group – Fiat Chrysler Automóveis Brasil Ltda. (incluindo a respectiva instituição financeira)¹⁸⁹.

Sendo que, nos termos constantes dos periódicos especializados, uma dessas demandas versa exatamente sobre a alegada imposição da estocagem de veículos com prazos superiores à regra legalmente estipulada (art. 10 da Lei Renato Ferrari), infringindo inclusive convenção de marca, ocasionando perda de capitais pelos distribuidores mediante o pagamento de encargos financeiros previstos no contrato coligado de *floor plan*.

2.5.3. Análise de casos concretos pelo Poder Judiciário

A falta de conhecimento pleno de parcela dos órgãos do Poder Judiciário sobre o conjunto de negócios conglobados pela relação jurídica multifacetária da concessão de veículos automotores¹⁹⁰ traduz em significativa gama de decisórios judiciais que se limitam a apreciar a legalidade dos encargos financeiros, isoladamente, distanciando-se da imprescindível análise no contexto do contrato principal de concessão.¹⁹¹

¹⁸⁹<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2017/11/07/concessionarios-da-fiat-abrem-acao-para-cobrar-bilhoes-de-montadora.htm> Acessado em 07/11/2017.

¹⁹⁰ “Embora a doutrina brasileira deduza que no contrato de distribuição há frequentemente uma forte sujeição de uma parte à outra, essa dependência não foi estudada entre nós de forma sistemática.” (FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26)

¹⁹¹ Exemplo de acordão com análise do contrato de floor plan dissociado do contrato principal de concessão: Ementa: “CONTRATO DE FINANCIAMENTO ROTATIVO PARA COMPRA DE VEÍCULOS COM GARANTIA REAL NA MODALIDADE FLOOR PLAN Capitalização de juros Inocorrência, ante o apontado pelo laudo pericial no período apurado - Comissão de permanência, embora contratada, não incluída nos cálculos apresentados na ocasião do oferecimento do pedido reconventional - Multa e juros de mora mantidos, por não haver cumulatividade com a comissão de permanência Recurso não provido. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ROTATIVO PARA COMPRA DE VEÍCULOS COM GARANTIA REAL NA MODALIDADE FLOOR PLAN. Quociente de Conversão Inexistência de ilegalidade em seu emprego, uma vez que foi livremente pactuado pelas partes como parte da remuneração para a concessão do crédito Recurso não provido. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ROTATIVO PARA COMPRA DE VEÍCULOS COM GARANTIA REAL NA MODALIDADE FLOOR PLAN. Revisão do período contratual liquidado e não apurado pelo perito Descabimento Pagamento integral de forma voluntária e sem ressalva, tal como ajustado entre as partes. Contratante que se presume conhecedora das regras de financiamento atinentes à espécie e possuía condição técnica de examinar eventual abusividade Recurso não provido. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ROTATIVO PARA COMPRA DE VEÍCULOS COM GARANTIA REAL NA MODALIDADE FLOOR PLAN. Honorários de advogado - Ação revisional e reconvenção Possibilidade de fixação da verba honorária individualmente em cada medida, por serem ações autônomas - Inteligência do disposto no art. 34 do CPC – Honorários advocatícios fixados na ação revisional, que atendem os parâmetros do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil Recurso não provido.” (STJ. Ministro Raul Araújo. Data da Publicação 03/08/2015. AREsp 382090)

Os contratos de concessão e o coligado *floor plan* apresentam motivação única, idêntica finalidade econômica: a regulação da distribuição indireta de veículos automotores. Surge, na hipótese, a figura de “contratos autônomos recíprocos”¹⁹²

Diverso tratamento jurídico seria recomendável caso fosse facultado ao concessionário a afetação do crédito rotativo aberto através do contrato de *floor plan* a negócios alheios à distribuição indireta de veículos..

Nesta linha, a lição de Ricardo Luis Lorenzetti:

En cambio, es importante establecer si hay una o vanas causas o finalidades económico-sociales ya que es el elemento determinante para constatar la pluralidad de contratos. Hay que distinguir aquellos casos en que hay una "conexión funcional de las prestaciones", puesto que en ellos hay un solo contrato: cláusulas principales o accesorias pertenecientes a distintos tipos. En cambio, puede haber dos o más contratos distintos, típicos o atípicos, que normalmente responden a una finalidad económico-social diferente, pero que en el caso están vinculados entre sí.¹⁹³

Parcela minoritária de acórdãos mostra-se hábil para contextualizar com o contrato principal de concessão automotiva a relação do concessionário perante a instituição financeira indicada pela montadora.¹⁹⁴

¹⁹² “Entre las mismas partes se celebran dos contratos en relación de dependencia mutua, de modo tal que la ejecución o validez de uno queda subordinada a la ejecución o validez del otro; cada contrato es la causa del otro. Este fenómeno no tiene ninguna relación con la atipicidad, puesto que hay una vinculación económica que no afecta la fisonomía jurídica de los contratos.”¹⁹² (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 36) Tradução: “Entre as mesmas partes, dois contratos são celebrados em relação a dependência mútua, tal que a execução ou validade de um está subordinado à execução ou validade do outro; cada contrato é a causa do outro. Esse fenômeno não tem nada a ver com o atipicidad, uma vez que existe uma ligação econômica que não afeta a aparência legal dos contratos”

¹⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 35. Tradução: “Por outro lado, é importante estabelecer se há uma ou várias causas ou finalidades econômico-sociais, pois é o elemento determinante para verificar a pluralidade de contratos. Devemos distinguir os casos em que há uma "conexão funcional de benefícios", pois há apenas um contrato neles: cláusulas principais ou acessórias pertencentes a diferentes tipos. Por outro lado, pode haver dois ou mais contratos diferentes, típicos ou atípicos, que geralmente respondem a um objetivo econômico-social diferente, mas que, no caso, estão ligados um ao outro.”

¹⁹⁴ Ementa: Ação de cobrança Ilegitimidade passiva não reconhecida Corréu que figurou no *contrato* como devedor solidário em conjunto com cônjuge Aval eficaz Ato que traduz solidariedade como garante Exegese do artigo 112 do Código Civil - *Contrato* de financiamento Crédito concedido para aquisição de veículos destinados à revenda *Concessão* por instituição financeira pertencente ao grupo da fabricante *Contrato* na modalidade Floor Plan Ingerência do credor no destino do numerário Uso vinculado a formação de estoque e revenda Vendas que devem ser comunicadas e relacionadas, tudo para controle do credor Inicial desacompanhada de qualquer documento que venha a demonstrar a existência do débito *Contrato* tratado como mútuo normal Condições específicas que não podem ser desconsideradas, sobretudo diante da prova de que o débito foi quitado pela compensação de indenização devida a concessionária Indenização que é devida por disposição legal *Lei Ferrari* Inexistência de elementos a justificar o débito - Ação improcedente Agravo retido improvido Apelação provida para julgar

Ilustre-se com hipótese rotineira no mercado automotivo brasileiro, verificada nas derradeiras semanas dos anos.

Visando o atingimento das metas de *market share* (participação no mercado) buscadas pela montadora (por vezes, correlacionadas a bônus de executivos), esta realiza o faturamento de significativa gama de veículos para a sua rede de concessionários, sem que tenha havido pedido para tanto ou superado estudo das condições mercadológicas de absorção do excedente de produtos ao patamar vendido nos últimos meses.

Desta feita, a montadora logra êxito em atingir a pretendida participação do mercado para o ano. Contudo, os distribuidores ficam estocados de produtos, com prejuízo ao respectivo fluxo de caixa e, caso este esteja comprometido, some-se à imposição de ônus financeiros; juros, correção monetária e multa pelos valores em aberto na conta corrente aberta através do contrato coligado de *floor plano*.

O enfrentamento da licitude dos encargos financeiros advindos nesta hipótese ilustra o desacerto da dissociação do *floor plan* com a fisiologia da relação jurídica de distribuição indireta firmada entre montadora/banco da montadora e concessionário.

2.5.4. Responsabilização pessoal dos sócios da empresa de distribuição indireta pelo insucesso da atividade

A criação legal e tutela da personalidade jurídica (ou moral), diversa das pessoas naturais, apresentam-se como importantes dínamos fomentadores de atividades econômicas, já que os cidadãos com aptidão para a circulação de riquezas podem prever os riscos a serem envolvidos numa empreitada empresarial.

O manejo da pessoa jurídica como escudo para práticas ao arpejo do melhor direito¹⁹⁵ ensejou a criação no direito norte americano da teoria da *disregard of legal entity*. Assim, a assunção de postura abusiva na gestão da pessoa jurídica faculta a

improcedente a ação. (TJSP. 16ª Câmara de Direito Privado. Relator Miguel Petroni Neto. Apelação n.º 0117223.29.2004. Data do Julgamento 28/08/2012)

¹⁹⁵ “Distinguindo a responsabilidade do ente moral relativamente aos seus integrantes – *societas distat a singulis* -, acobertavam-se eles (e muito particularmente os sus administradores) de todas as

terceiros prejudicados provocar o Estado-Juiz para, episodicamente, desconsiderar a unidade da pessoa jurídica e atingir o patrimônio dos respectivos sócios.

O legislador pátrio encampou a teoria estadunidense no Código Civil (art. 50), Código de Defesa do Consumidor (art. 28), Código Tributário Nacional (art. 135, III) e Lei dos Crimes Ambientais (art. 4º). O legislador civilista condicionou a desconsideração da personalidade jurídica à conduta abusiva de “desvio de finalidade” ou “confusão patrimonial”.

O insucesso de uma atividade empresarial não justifica *per si* o atingimento do patrimônio dos sócios por credores com créditos emitidos em razão da operação¹⁹⁶, sob pena de configuração do mau uso de uma regra excepcional, cujo alargamento, desvirtuamento, implica no tolhimento do pleno desenvolvimento econômico do mercado nacional. Seguindo este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça prestigia a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.¹⁹⁷

No modelo contratual pátrio aplicado às concessões automotivas, contudo, os sócios da empresa concessionária submetem-se à apresentação de garantias pessoais e reais, em favor do banco do grupo empresarial da montadora visando à abertura do

consequências, salvo nos casos de individualmente incorrerem em falta.” (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 209)

¹⁹⁶ “Ao lado da constituição, modificação ou extinção devem ser analisados os possíveis efeitos relacionados à concreta *fattispecie* no seu particular regulamento de interesses, de maneira a valorar o ato não somente estruturalmente, mas teleologicamente (vale dizer, de um ponto de vista do ‘para que serve’).” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 97)

¹⁹⁷ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DIREITO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DO CC/2002. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE OU DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A mera inexistência de bens penhoráveis ou eventual encerramento irregular das atividades não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. 3. Manutenção da decisão monocrática que, ante a ausência dos requisitos previstos no art. 50 do CC/2002, afastou a desconsideração da personalidade jurídica. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. AgInt no AREsp 120965 / SP. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2011/0286639-2. 4ª Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Data do Julgamento 28/05/2017)

crédito rotativo *floor plan*. Sendo que, as exigências de garantia amiúde superam o dobro do patamar de crédito ofertado.

Recentemente, difundira-se no mercado a exigência em desfavor dos sócios de empresas distribuidoras de veículos da alienação fiduciária de imóveis, dados em garantia para os bancos indicados pelas montadoras, apesar do artigo 1º da lei federal n.º 9.514/1997 evidencie a *mens legis* de afetação do instituto ao Sistema de Financiamento Imobiliário.

Ademais, a alienação fiduciária de imóveis torna o grupo empresarial das montadoras alheio aos efeitos de eventual recuperação judicial concedida em favor do conglomerado empresarial de distribuidores indiretos.¹⁹⁸

Nesta toada, o risco da atividade, como corolário do abuso de dependência econômica, fica atribuído exclusivamente em desfavor dos sócios da empresa distribuidora.

Afasta-se do norte de atingimento de função social, portanto, o contrato de concessão automotiva cujos ganhos financeiros são partilhados entre distribuidor e montadora, mediante patamares discricionariamente fixados pela montadora. Ainda, havendo fluxo deficitário de capitais, a montadora mantém a respectiva lucratividade com a liquidação das garantias concedidas pelos sócios dos grupos concessionários no contexto do contrato coligado de *floor plan*.

Esmiuçado o prisma financeiro da assimétrica relação contratual de concessão automotiva, marcada pela dependência: valiosa a lembrança à lição de Bergel:

Assim é que dos abusos do liberalismo nasceu o dirigismo e que os excessos permitidos pela liberdade geraram a proteção da vida privada, a proteção do consumidor, a dos direitos das vítimas, o direito ao emprego, o direito ao habitat que foram progressivamente erigidos em direitos gerais. Paralelamente, a autonomia da vontade amorteceu-se em nome do desenvolvimento tentacular da ordem pública: o consensualismo foi atenuado por um renascimento do formalismo.¹⁹⁹

¹⁹⁸ “O credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005)” (Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Ministro Raul Araújo. AgRg no CC 128658 / MG. Data do Julgamento 27/08/2014)

¹⁹⁹ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão: São Paulo, Martins Fontes, 2006. p. 124.

2.6. MARGEM DE LUCRO

O contrato de concessão automotiva, tendo como tecido normativo a Lei Renato Ferrari e o Código Civil brasileiro, instrumentaliza a relação intersubjetiva de duas empresas com finalidades lucrativas; daí se tratar de vínculo com natureza empresarial, distanciando-se da modalidade existencial, consoante célebre lição do Professor Antônio Junqueira de Azevedo:

os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, também podemos incluir nesse tipo de contrato as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são 'descartáveis' e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc., de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem estes bens possam ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser 'expulsas', descartadas do mercado ou da vida profissional. No caso destes contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio do *pacta sunt servanda* tem que ter aí maior força.²⁰⁰

As montadoras dominam a relação econômica subjacente ao contrato de concessão automotiva através do controle sobre o preço de venda às concessionárias de produtos e serviços, além do direcionamento da política de remuneração por bônus.

Cabe aos distribuidores de veículos a expectativa de lucratividade nas seguintes vertentes; a diferença entre o preço de venda ao consumidor final em relação ao de compra de veículos novos e peças (junto à montadora) ou veículos usados (amiúde dados como parte de pagamento por clientes), margem aplicada aos serviços ofertados de pós-vendas, bem como a comercialização de F&I (seguros e financiamento).

O acirramento da concorrência entre marcas, oriundo da instalação de várias novas montadoras no território nacional na última década, a diminuição da área de exclusividade dos distribuidores, a tendência da elevação de preços praticados pelos fabricantes (independente do respaldo mercadológico) e a relevante dependência da viabilidade da operação concessionária aos bônus unilateralmente ditados pelos fabricantes; estes elementos configuradores de base objetiva negocial problemática

²⁰⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina; entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.34, abr./jun. 2008. p.304.

diminuíram no passado recente, de forma significativa, a margem de lucro dos distribuidores na comercialização de veículos novos.

O mercado nacional apresenta como rotineira a venda de automóveis novos ao consumidor mediante preço igual ou inferior ao praticado pela montadora, quando do faturamento aos distribuidores.

Justifica-se esta dinâmica organizacional no propósito do distribuidor em atingir as metas de desempenho fixadas pela montadora, para o fito de fazer jus à percepção de bônus. Trata-se do ponto de maior destaque da assimetria da relação contratual em comento a ensejar a rediscussão do dirigismo no segmento automotivo.

Dever ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela ou natureza ou ditadas pela razão (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.²⁰¹

Deletério à econômica nacional que o mais importante vetor de lucratividade das operações concessionárias apresente-se dependente da postura puramente potestativa da firma dominante, no contexto do acerto vertical do contrato de concessões automotivas.

Neste cenário, as montadoras vêm empurrando os distribuidores para as bordas da cadeia de produção/distribuição; alijando sua relevância na gestão dos fatores de direção da rentabilidade.²⁰²

A fisiologia relacional ora esmiuçada evidencia déficit de segurança jurídica do concessionário quanto aos critérios regentes dos comunicados internos que dispõem sobre os bônus a serem adimplidos pelas montadoras, especialmente porque inexistente a

²⁰¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra. Biblioteca Nacional de Portugal: Almedina. 1947. p. 22.

²⁰² “Na medida em que apenas o abuso da dependência econômica é reprimido (e não a existência da situação de sujeição em si) o operador do direito deve identificar as situações em que o ato da empresa preponderante vai além da normal prática do mercado, propiciando-lhe vantagem excessiva ou injustificada.” (FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 230)

respectiva previsão no bojo dos contratos de concessão²⁰³, além da ausência de tratativas prévias com a rede de concessionários sobre os respectivos termos.

A percepção dos bônus submete-se a obrigações acessórias, como o treinamento de colaboradores em cursos ministrados e cobrados pela própria montadora, melhoramento em instalações físicas, investimento em propaganda, manutenção de organização funcional de colaboradores na forma pré-fixada pela montadora, lucro operacional e ‘índice de absorção do pós-vendas’ (porcentual da despesa fixa do estabelecimento empresarial custeado com o setor de pós-vendas), além de metas a serem atingidas em satisfação dos clientes e quantitativo total de automóveis comercializados no exercício apurado.

A ausência de acerto prévio da montadora com a rede de concessionários, a falta de publicidade sobre os critérios adotados para fixação de metas a cada uma das concessionárias instaladas nas mais variadas regiões do território nacional, além da carência, repita-se, de balizas nos contratos de concessão; este compêndio de fatores obsta impugnações no âmbito administrativo, além de servir como desestímulo à busca pelo crivo arbitral ou jurisdicional.

A rentabilidade dos distribuidores indiretos também fica sujeito ao juízo de liberalidade das montadoras em relação aos serviços prestados em garantia ao público consumidor. As montadoras fixam unilateralmente o quantitativo de horas para cada modalidade de serviço de mecânica, além do respectivo valor.

Majoritariamente, os serviços demandam horas trabalhadas superiores ao quanto previsto pelas montadoras, além dos valores fixados se apresentarem inferiores ao preço da mão de obra praticado no mercado.

²⁰³ “Se, por exemplo, eu estiver participando de um jogo, é possível que tivesse concordado com qualquer número das regras básicas se me tivessem consultado antes do início do jogo. Daí, não se segue que tais regras possam ser aplicadas contra mim se eu não tiver, de fato, concordado com elas. Sem dúvidas, deve haver razões pelas quais eu teria concordado se me tivessem consultado de antemão, e estas talvez sejam as razões pelas quais seria justo aplicar essas regras contra mim mesmo que eu não tivesse concordado com elas. Mas minha concordância hipotética não vale como uma razão, independentemente dessas outras razões, para se aplicar as regras contra mim, como minha concordância real valeria.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2016. p. 236.237)

Factível afirmar-se, destarte, que as montadoras de veículos no Brasil, ante a deficiência do tecido normativo, posicionam-se numa situação de vantagem a lhe garantir, no curso da relação jurídica com os distribuidores, mediante o manejo abusivo dos comunicados internos, “potestade-sujeição” (poder e submissão):

A situação jurídica não se altera por atividade da parte que está em sujeição, pois mesmo que pratique todos os atos que lhe são imputados normativamente, não pode se livrar do potestade da outra parte, que poderá continuar imputando outros comportamentos devidos, além daqueles que são de ordem permanente.²⁰⁴

Ademais, dissemina-se no mercado a prática da imposição, também via comunicado unilateral de algumas montadoras, acerca da obrigação de que os distribuidores invistam um por cento do faturamento em planos de mídia, sob pena de autuação na ordem de um por cento de todos os veículos faturados no exercício de apuração.

A inexistência de previsão no contrato de concessão, em cotejo com a celeuma sobre a obrigação natural (exclusiva ou solidária) da própria montadora em levar a efeito a propaganda institucional²⁰⁵ torna esta rotina de autuações pelo não atingimento de metas em planos de mídia insustentável à luz do valor-norma ditado pelo artigo 422 do Código Civil brasileiro.

O setor automotivo nacional adota, como regra, a junção dos sistemas “Push” e “Pull”, portanto, os distribuidores observam o faturamento para si, pelas montadoras, de uma gama de veículos, conglobando os já encomendados por consumidores e solicitados pelos concessionários, além dos escolhidos por liberalidade exclusiva das montadoras.

²⁰⁴ LOTUFO, Renan *Curso Avançado de Direito Civil*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

²⁰⁵ “El límite a estas conductas está dado por una desviación de la finalidad. Si la causa sistemática es el mantenimiento de la red o la disminución de los costos, todas las conductas del concedente pueden examinarse conforme a ese estándar. Si el poder de dirección se usa para una finalidad desviada, como por ejemplo para trasladar costos o riesgos a los concesionarios, es un supuesto de uso abusivo.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004) Tradução: “O limite para esses comportamentos é dado por um desvio do propósito. Se a causa sistemática é a manutenção da rede ou a redução de custos, todo o comportamento da concessionária pode ser examinado de acordo com esse padrão. Se o poder de direção for usado para um propósito desviado, como por exemplo, para transferir custos ou riscos para as concessionárias, é uma suposição de uso abusivo.”

A problemática do sistema “Push” se refere à imposição em detrimento dos distribuidores de veículos com características (modelos, cores, acessórios e ano de fabricação) alheias à favorável aceitação do mercado consumidor.

Segundo a fisiologia do contrato coligado de *floor plan*, independente da concretização da venda ao consumidor, a montadora pode emitir cédula de crédito em desfavor do distribuidor em referência ao preço-fábrica dos veículos novos e peças; impondo tempo de estoque com repercussões financeiras desfavoráveis aos concessionários.

A atual farta disseminação da tecnologia da informação revela a ausência de motivos razoáveis à não implantação plena do sistema “Pull”, cujo faturamento ao distribuidor depende da prévia solicitação do consumidor final.

Tal modelo de negócios seria cotejado com a obrigação, contratualmente expressa, da aquisição de um ou mais veículos (quantidade a ser identificada segundo a passagem de loja) *test drive* para cada modelo componente da gama de produtos ofertados ao público consumidor.

O faturamento de veículos pelas montadoras independente da solicitação municia a firma dominante de instrumento de coerção para aceitação das decisões verticais, além de interferir no retorno de capitais dos grupos empresários dedicados ao setor automotivo.

Com o fortalecimento das plataformas digitais no processo de prospecção de interesse no mercado consumidor para a aquisição de automóveis, várias montadoras escolheram empresa única para criação e gestão das páginas da internet da respectiva rede de distribuidores.

Entretanto, esta questão vem provocando significativo atrito no setor, já que as empresas escolhidas pelas montadoras, em algumas hipóteses, cobram valores mensais em detrimento dos distribuidores acima da rotina do setor; exemplificando mais uma interferência vertical na rentabilidade das operações instaladas no território nacional.

Os desequilíbrios do mercado automotivo ora apresentados, assimetrias oriundas da falta de equilíbrio formal no âmbito dos contratos de concessão, reclamam a intervenção estatal através do “positivismo ético”, cujo ponto nodal seria a

obrigatoriedade de anuência da associação da rede de concessionários para a adoção de medidas que tenham o condão de exasperar o custo operacional das empresas distribuidoras:

Também a versão moderada do positivismo ético afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independente de seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista) seja sempre por si mesma justa (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar um certo valor, o da *ordem* (e a lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem).²⁰⁶

2.6.1. Pagamento de “retorno”

Retorno se refere ao pagamento pelas instituições financeiras em favor de concessionários de veículos de um percentual do valor do contrato coligado de financiamento, firmado por consumidores junto à instituição financeira, para obtenção de recursos tendentes à aquisição de veículos.

Durante vários anos, especialmente na década de 1990, o pagamento de “retorno” compôs com relevância os recebíveis das operações concessionárias de veículos instaladas no território nacional.

Neste período, observaram-se registros do lançamento desta rubrica sob o elevado e injustificado patamar de vinte por cento do capital objeto de empréstimo. Daí, a forte judicialização da matéria.

Inclusive, nessa década, as varas cíveis instaladas no âmbito da justiça estadual ostentavam como demanda mais recorrente do movimento judiciário ações revisionais de contratos bancários, ajuizadas por consumidores de avenças coligadas à aquisição de veículos.

Os pleitos que questionaram judicialmente a prática do retorno apresentavam-se motivadas predominantemente pela alegada ilicitude da aplicação de taxas de juros anuais superiores a doze por cento ao ano, autoaplicabilidade da redação original do art. 192 da CF/88 (revogada pela EC n.º 40/2003), além do pretendido caráter reprovável da periodicidade da capitalização de juros inferior ao período anual.

Visto a intensa competitividade do mercado automotivo nacional, a remuneração atualmente paga por algumas instituições financeiras (significativo número de instituições não mais repassam valores aos distribuidores) mostra-se consumida por

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995. p. 230.

custos financeiros tendentes a ofertar “taxa zero” ou com baixo patamar ao consumidor final.

Nesta trilha, aludida rubrica (“retorno”) não mais integra de forma considerável os recebíveis das operações nacionais de distribuição indireta de veículos automotores.

2.6.2. Correspondente bancário

A resolução n.º 3.954/2011 do Conselho Monetário Nacional (eficácia com termo *a quo* em 24/02/2012) limitou os patamares de lançamento e remuneração através da rubrica “retorno”, além de criar a figura do “correspondente bancário”.

A figura do “correspondente bancário” ensejou a assunção pelos distribuidores indiretos da obrigação da manutenção nos respectivos estabelecimentos empresários de um funcionário de finanças e seguros (F&I – *Finance and Insurance*), o qual operacionaliza as informações do consumidor (preenche formulários), repassando-as à instituição financeira.

Os contratos formulários confeccionados pelas instituições bancárias, especialmente as inseridas nos conglomerados empresariais das montadoras, hodiernamente vêm ditando solidariedade do distribuidor na hipótese de inadimplemento do consumidor, malgrado caiba à própria instituição financeira o papel de analisar os riscos na oferta de crédito aos pretensos mutuários.

À luz da teoria do risco proveito, verifica-se o caráter insustentável da imposição de corresponsabilidade ao distribuidor, agente sem atribuição para analisar o risco da operação, além de ficar alheio à parcela relevante dos lucros pertinentes aos juros lançados:

El agente normalmente no se obliga por el incumplimiento de los clientes ni garantiza su solvencia frente al concedente de la agencia: ésta es la regla en los vínculos en los que alguien obra por cuenta ajena. Por esta razón, una convención contraria es un pacto, ya que modifica los elementos naturales del contrato.²⁰⁷

²⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 630. Tradução: “O agente normalmente não se obriga pelo inadimplemento dos clientes nem garante a solvência destes frente o concedente: está é a regra dos vínculos em que alguém representa outrem. Por esta razão, uma convenção contrária é um pacto, já que modifica os elementos naturais do contrato”

O intento lucrativo é uma constante dos contratos empresariais, porém, “isto não significa necessariamente a adoção de comportamentos predatórios pela empresa, pois questões como a preservação da relação comercial e a construção de boa imagem influenciam a luta pelo proveito econômico.”²⁰⁸

Considerada a dinâmica do setor que assistiu à exclusão da rubrica “retorno” como item significativo na rentabilidade das operações de distribuição indireta, cumulada com a ausência de ingerência do concessionário na análise de risco da operação, imperativa a vedação legal à prática dos contratos formulários de previsão da solidariedade, na hipótese de inadimplemento das parcelas mensais de financiamento, de agente da cadeia diverso do consumidor final:

“The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur within certain limits. The essence of the contract is that it should only state the limits to the powers of the entrepreneur; Within these limits, he can therefore direct the other factors of production.”²⁰⁹

2.6.3. Hold Back

As margens de lucro insatisfatórias obtidas pelos distribuidores na venda de automóveis novos ao público consumidor ensejaram a adoção de um modelo de operação financeira denominada *hold back*.

A figura do *hold back* mostra-se usual em fusões e incorporações societárias, justificando-se a retenção pelo “comprador” de parte do preço para assegurar que a parte que está alienando ativos cumpra a totalidade de obrigações assumidas, além de conferir lastro garantidor à veracidade das informações prestadas na fase das tratativas preliminares, objeto de posterior auditoria.

Segue explicação sobre o instituto:

“*Holdback*: The simplest way for the buyer to obtain protection is to agree on a holdback. This means that the buyer on closing only pays part of the purchase price and retains additional installment(s) for a certain period of time. If a warranty claims arises, he does not need to go to court, but can

²⁰⁸ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 109.

²⁰⁹ Tradução: “O contrato é aquele pelo qual o fator, para uma certa remuneração (que pode ser fixa ou fluante), concorda em obedecer às condutas de um empreendedor dentro de certos limites. A essência do contrato é que ele deve apenas indicar os limites aos poderes do empresário; Dentro desses limites, ele pode, portanto, dirigir os outros fatores de produção.” (R. H. Coase. 1937. p. 4)

simply offset any claims against the holdback. It is obvious that sellers find it difficult to agree to this mechanism. A holdback agreement is often used in conjunction with purchase price adjustment clauses. Frequently, the parties value the target based on certain assumption regarding the target's assets. In order to verify those, an audit is carried out following closing.”²¹⁰

No mercado automotivo nacional, trata-se da prática de acrescentar valor fictício ao preço da nota fiscal de veículos e peças quando da aquisição do produto pela concessionária junto à montadora, cujo excedente é recolhido a um “Fundão”.

O concessionário somente poderá dispor do numerário que lhe compete em hipóteses *numerus clausus*, previa e unilateralmente definidas pelas montadoras ou consignadas em convenções de marca; primordialmente para o fito de viabilizar investimento na estrutura física do ponto de distribuição ou em razão do encerramento da operação.

Durante o período em que o valor recolhido sob a rubrica *hold back* fica depositado com as montadoras, inexistente correção monetária ou incidência de juros. Ademais, o valor bruto pago pelo concessionário percebe o desconto dos impostos que a montadora recolhe em razão do excedente lançado na nota fiscal.

Considerando que o excedente lançado na nota fiscal não encontra lastro negocial, o setor se habituou a lançar estes montantes sob a rubrica contábil de redução de custo ou recuperação de despesas, na forma do item 11 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis n.º 16²¹¹, especialmente para evitar encargos alusivos à incidência de PIS/COFINS.

²¹⁰ Tradução: “A maneira mais simples para o comprador obter proteção é concordar com uma retenção. Isso significa que o comprador no fechamento paga apenas parte do preço de compra e retém parcelas adicionais por um determinado período de tempo. Se surgirem pedidos de garantia, ele não precisa ir ao tribunal, mas pode simplesmente compensar qualquer reclamação contra a retenção. É óbvio que os vendedores acham difícil concordar com este mecanismo. O contrato de retenção é frequentemente usado em conjunto com as cláusulas de ajuste do preço de compra. Muitas vezes, as partes valorizam o alvo com base em uma determinada hipótese sobre os ativos do alvo. Para verificar essas, uma auditoria é realizada após o fechamento.” (MARTINIUSSE, Philip. M&A: Protecting the Purchaser. editora Kluwer Law International, 2005. p. 40) <<https://books.google.com.br/books?id=3nYnJlJNm6kC&pg=PA40&lpg=PA40&dq=martinius+philip.+holdback&source=bl&ots=SeKR47EUfm&sig=NguR5UZqJojlNm28F2zHSiT-00Q&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjY1f3nlNbaAhUFj5AKHQpZA5sQ6AEILzAB#v=onepage&q=martinius%20philip.%20holdback&f=false>> Acessado em 25/04/2018.

²¹¹ “O custo de aquisição dos estoques compreende o preço de compra, os impostos de importação e outros tributos (exceto os recuperáveis junto ao fisco), bem como os custos de transporte, seguro, manuseio e outros diretamente atribuíveis à aquisição de produtos acabados, materiais e serviços. Descontos comerciais, abatimentos e outros itens semelhantes devem ser deduzidos na determinação do

O gravame à obrigação tributária acessória do prestar informações fidedignas, em cotejo com a interpretação das autoridades fazendárias de que o valor lançado como abatimento de custo na verdade seria ganho de capital, vem criando passivo tributário oponível aos grupos concessionários nacionais, tornando frequente o advento de autuações dos órgãos fazendários.²¹²

O valor agregado, fictício, ao efetivamente negociado pelo distribuidor com a montadora gera dificuldades contábeis que se mostram prejudiciais ao controle financeiro da operação concessionária. Tal panorama se soma à complexidade da operação e a lógica contábil nacional voltada primordialmente à função de arrecadação fiscal, para redundar na extrema dificuldade dos grupos concessionários instalados no Brasil em aferirem se obtiveram lucros ou prejuízos operacionais em determinado exercício.

Razoável perquirir-se a subsunção do manejo pelas montadoras nacionais do *hold back* como infração à ordem econômica nas modalidades atípicas declinadas pelo art. 36, III, da lei federal n.º 12.259/2011²¹³.

Tem-se o exercício de “posição dominante” para gerar ganhos de capital, através da gestão compulsória de recursos de terceiros, sem as amarras próprias da atividade, editadas pelo Banco Central do Brasil. Ademais, há prejuízo generalizado da rede interna de distribuidores e déficit de arrecadação de tributos pelos órgãos fazendários. .

Carece de reciprocidade razoável, perdendo o caráter sinalagmático, a relação vertical de imposição aos distribuidores da adoção do modelo financeiro de *hold back*. Esta sistemática de agregação fictícia de valores contábeis passa ao largo, destarte, de atender à função social dos contratos.

custo de aquisição.” (Nova Redação dada pela Revisão CPC n.º 1, de 8/01/2010). <[http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/243_CPC_16_R1_rev%2003%20\(2\).pdf](http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/243_CPC_16_R1_rev%2003%20(2).pdf)> Acessado em 08/11/2017.

²¹²Por exemplo: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/03/receita-federal-promove-operacao-carro-zero-em-sp>.

²¹³ Art. 36. “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: III - aumentar arbitrariamente os lucros; e”

A figura do *holk back* não vem sendo apta à preservação das margens de lucro na venda de veículos novos, já que o acréscimo fictício à “nota fiscal fática” é consumido por ônus tributários suplementares, falta de correção monetária e incidência de juros de *floor plan*. A expressa menção na nota fiscal oriunda da fábrica, em referência ao *holk back*, vem sendo utilizada como item na negociação direta com os consumidores; alijando supostos benefícios desta manobra contábil.

A regra de autorregulamentação dos mercados mostra-se vastamente disseminada no atual estágio de desenvolvimento econômico nacional como norte a ser seguido: “*O pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência da norma, tenha as propriedades do ótimo de Pareto. O impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo*”.²¹⁴

Como conclusão, mesmo considerados os “custo de intervenção” estatal nas relações privadas, as externalidades negativas relevantes ora apresentadas reclamam, em relação à prática do *holk back*, dirigismo através da edição de norma expressa proibitiva.

2.7. CONCORRÊNCIA INTRAMARCA

O legislador infraconstitucional registrou como “inerente à concessão” (art. 5º da Lei Renato Ferrari) área operacional de reponsabilidade do concessionário e distância mínima entre estabelecimentos distribuidores. O artigo 20 da Lei Renato Ferrari corrobora que o contrato de concessão automotiva deve abarcar “área demarcada” e “distância mínima” entre distribuidores.

A competição intramarca apresenta a resultante benéfica da busca pela meritocracia empresarial, militando pela otimização no atendimento ao público consumidor. Próprio da coisa que a falta de concorrência desestimula o melhoramento das instalações físicas, inibe investimentos em treinamento e tolhe o aperfeiçoamento das práticas do grupo empresário distribuidor.

Com efeito, as limitações estatais à autonomia privada no contexto das concessões automotivas devem ter como norte o atingimento da função social do

contrato; fomento ao desenvolvimento econômico nacional e melhoria no atendimento ao público consumidor, passando ao largo da busca pela proteção *per se* de grupos empresariais que voluntariamente anuem com o contrato de concessão automotiva.

A exclusividade sobre área delimitada consubstancia garantia do distribuidor da disposição de mercado consumidor com potencialidade de tornar viável a operação subjacente ao contrato de concessão automotiva.

A experiência contratual brasileira fora marcada pela diminuição da área de exclusividade dos distribuidores, outrora abrangendo grandes mercados, atualmente girando em torno de dois a três quilômetros.

A alteração da área de exclusividade fora ditada por aditivos contratuais, nas hipóteses de vínculos relacionais mais antigos, cuja ausência do distribuidor fora cooptada pelo receio de represálias no faturamento de veículos dotados de inferior aceitação mercadológica e na gestão potestativa dos bônus pagos pelo atingimento de metas, mormente destacada a ausência de contrapartida ofertada aos distribuidores que tiveram diminuídas suas áreas de exclusividade.

Leciona Serpa Lopes: “nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uma (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)”²¹⁵.

O fenômeno da diminuição da área de exclusividade, mediante acerto vertical levado a efeito pela firma dominante, durante a execução do contrato relacional, sem contrapartida em favor dos concessionários, sugere descumprimento aos deveres anexos de colaboração; artigo 422 do Código Civil brasileiro, cuja perene vigilância se mostra de especial relevância nos contratos de execução diferida.

Atento à “teoria das condições subtendidas” (sustentáculo da obrigatoriedade contratual a partir da investigação sobre a vontade das partes), o fluxo de investimentos

²¹⁴ Zylbersztajn, Decio. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 70.

²¹⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – fontes das obrigações: contratos*. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1996. p. 31.

dos distribuidores fora harmônico com a justa expectativa e interesse na manutenção da área de exclusividade.

Nesta toada, a diminuição unilateral do mercado consumidor a ser trabalhado redundou em base objetiva²¹⁶ problemática do negócio jurídico, apresentando repercussões deletérias, de forma abrupta, em desfavor da rentabilidade planejada da operação de distribuição de veículos, peças e serviços.²¹⁷

A alteração do plano fático no qual se insere a operação subjacente, com o passar do tempo, apresenta oportunidades a comportamentos egoísticos da firma dominante; daí a relevância da análise dos deveres colaborativos na manutenção da justiça contratual. Segue lição do Ministro Cesar Peluso:

Note-se que a boa fé sempre será concretizada em consonância com os dados fáticos que se revelarem na situação jurídica. A eficácia da boa fé deverá variar conforme a maior ou menor igualdade das partes no contexto espacial e temporal, enfim, a intensidade da aplicação do princípio será aferida nas circunstâncias, conforme a ‘ética da situação’.²¹⁸

A Lei Renato Ferrari preconiza que o distribuidor não poderá comercializar produtos ou prestar serviços fora de sua área de concessão (art. 5º, §2º), contudo, o consumidor poderá “à sua livre escolha” adquirir bens e serviços de qualquer concessionário.

Daí, a infração contratual exige conduta comissiva, como mídia em rádio ou jornais de circulação local, do concessionário que comercializar produtos ou serviços para consumidores domiciliados na área de abrangência de outro grupo empresarial.²¹⁹

²¹⁶ “como la base “objetiva” del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de non ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”.” (LORENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Albolote (Granada): Comares, 2002. p. 34) Tradução: “como base “objetiva” de contrato (como um complexo de significado inteligível), isto é, como um conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe adequadamente o contrato - sejam ou não as partes contratantes -, desde que, se não, o fim do contrato não seria alcançado, o propósito das partes contratantes e de subsistência do contrato não teria “significado, finalidade ou objeto””

²¹⁷ BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

²¹⁸ PELUSO, Cesar. *Código Civil Comentado*. 1ª ed. Barueri: Manole. 2007. p. 315.

²¹⁹ Ementa: CONCESSÃO COMERCIAL (Lei Ferrari) – Pretensão de cobrança julgada improcedente – Empresas que desempenham atividades derivadas da concessão comercial dos produtos da marca “Honda” (motocicletas) – Venda de veículos a consumidores domiciliados na área de outra concessionária Ausência de prova da postura ativa da vendedora – Invasão de área – Não configuração Sentença mantida

Descabe falar-se em ilicitude na realização de diligências para prospecção de negócios nas áreas que consistam em *open point*, ou seja, não estejam abarcadas territorialmente por contrato de concessão firmado com grupo concorrente intramarca.

O distribuidor que negligenciar o bom atendimento ao público consumidor não disporá de garantias legais contra a tendência de que os residentes em sua área de exclusividade dirijam-se para adquirir bens e serviços de outros concessionários. Ademais, a liberdade do preço final aplicado pelos distribuidores (art. 13 da Lei Renato Ferrari) abre ensejo para que os consumidores pesquisem em múltiplas concessionárias as melhores condições para negociação.

Frequente no mercado automotivo a prática da venda de veículos das concessionárias para revendas multimarcas instaladas ou não em sua área de exclusividade.

A alienação na própria área de atuação se justifica para atingimento de metas, com conseqüente recompensa financeira através de bônus fixados pelas montadoras mediante comunicados internos. A venda para revendas multimarcas localizadas em outras áreas de exclusividade, contudo, representa concorrência intramarca ao arripio do pilar territorial da distribuição indireta.

A Lei Renato Ferrari vedou (art. 12), como regra, a venda de automóveis novos para revendedores.

Registre-se que algumas montadoras ignoram denúncias de outros grupos concessionários sobre a venda de concorrentes para revendedores multimarcas, com vistas a melhorar, no curto prazo, a respectiva participação no mercado (*market share*). Esta prática, contudo, redundará em desorganização do mercado, com gravame às margens obtidas na comercialização de veículos novos.

Existe uma tendência de parte das montadoras instaladas no território nacional em diligenciar o aumento da rede de concessionários, com a exasperação da concorrência intramarca, visando o aumento da margem de lucros e mitigar déficit de investimentos em propaganda institucional.

Segue a análise deste fenômeno por Paula Forgioni:

Havendo ampliação do escoamento global da rede (mesmo que não compensador das perdas dos distribuidores já estabelecidos), o interesse da fornecedora será aumentar os pontos de venda para três, independentemente dos prejuízos eventualmente sofridos pelos antigos distribuidores.

Ora, em circunstâncias como essas mesmo que o grau de eficiência da distribuição como um todo seja incrementado, o fornecedor pode aumentar seus lucros – ainda que causando dano para o distribuidor (observe-se, com cuidado: aumento de lucro, não de preço). E esse prejuízo há de ser entendido como arbitrário na exata medida em que será impingido ao agente em situação de dependência econômica sem o respectivo ganho de eficiência na distribuição.²²⁰

2.8. CONVENÇÕES DE CATEGORIA E MARCA

O diferimento no tempo da execução contratual, com alteração do cenário fático de inserção da operação econômica subjacente, além da complexidade negocial inerente à distribuição indireta de veículos automotores, inspirou a Lei Renato Ferrari a prever a figura da “convenção” (art. 17), plasmada de caráter vinculativo (“com força de lei”), cujo início de tratativas pode ser provocado pelas montadoras ou respectiva rede de concessionários; esta representada por associação de âmbito nacional. Optou-se por divisão entre convenção de categoria e convenção de marca.

A convenção de categoria se presta para a identificação da associação que representará a rede de concessionários, consignando, ainda, normas e princípios gerais do vínculo relacional (vide Capítulo XXII, arts. 1º e 2º, da 1ª Convenção de Categoria dos Produtores e Distribuidores²²¹).

Alvissareira, ademais, a inclusão de solução extrajudicial na forma de arbitragem.²²² Ausente, contudo, ressonância da previsão legal sobre arbitragem na experiência contratual brasileira.

0116822.54.2009.8.26.0100. Data do Julgamento 01/09/2014)

²²⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 265.

²²¹ http://www3.fenabreve.org.br:8082/uploads/listas/plusfiles/Primeira_Convencao_de_Marca.pdf

Acessado em 25/04/2018.

²²² “A nova realidade trazida pela pós-modernidade, com a multiplicação de demandas as mais variadas e a maior complexidade das relações de interesses do direito, tornou insuficientes os mecanismos antigos de solução de lacunas, de forma que deixar a decisão acerca de determinadas questões nas mãos do juiz se tornou ultima ratio. Tanto é assim que se começou a fazer uso da arbitragem e determinadas entidades e órgãos passaram a ter suas próprias estruturas decisórias e normas. É a mudança de paradigma jurídico, que agora passa a centrar-se no caso, e não na pessoa do juiz como aplicador da lei e solucionador de

A primeira convenção da categoria econômica dos produtores (ANFAVEA – Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores) e da categoria econômica dos distribuidores (ABRAVE – Associação Brasileira dos Distribuidores de Veículos Automotores) fora firmada em 16 de dezembro de 1983²²³, visando conferir detalhamento a então novel legislação advinda pela lei federal n.º 6.729/1979.

Aludida convenção trouxe importantes disposições no arranjo do mercado, dentre outras: a responsabilidade exclusiva dos fabricantes para suportar os ônus do fornecimento de peças e prestação de serviços pertinentes à garantia dos produtos da respectiva marca (art. 3º).

Preconizou, ademais, “Comissão de Assistência Técnica” (art. 14 a 19) para analisar e orientar a prestação dos serviços de garantia. A ausência de ressonância desta disposição no contexto do mercado automotiva nacional abre espaço a fortes atritos, já que os concessionários suportam os ônus de peças e serviços de automóveis em garantia, a favor dos consumidores, e parte dos pleitos de ressarcimento são negados (glosados) pelas montadoras, independente de haver motivação hábil para tanto.

Previu, ainda, o direito de preferência aos distribuidores indiretos já operantes na marca quando da contratação de novas concessões (Capítulo VIII, art. 3º), além de prestigiar “comum acordo” entre fabricante e concessionários na fixação das quotas de veículos.

No Capítulo XXIII regulamentou a figura das penalidades gradativas, partindo da advertência, em seguida multa, por fim, extinção da concessão (ressalvada a possibilidade de que convenção de marca disponha sobre suplementares penalidades).

A convenção de marca (art. 19 da Lei Renato Ferrari), por seu turno, versa sobre “normas e procedimentos” com maior carga de detalhamento na rotina relacional entre montadora e distribuidores.

dúvidas sobre qual lei aplicar.” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. Instituições de direito civil. v. 1. Tomo 1: teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 362)
²²³ http://www3.fenabreve.org.br:8082/uploads/listas/plusfiles/Primeira_Convencao_de_Marca.pdf

Os incisos VIII e X, especialmente, sugerem *mens legis* tendente à celebração de uma convenção de marca com periodicidade anual para regular os volumes no fornecimento de produtos, assim como o estoque a ser mantido pelos distribuidores.

O inciso XVIII (“outras materiais”, “as partes julgarem de interesse comum”) mostra-se como um convite a tratativas frequentes da montadora com a rede de concessionários para a gestão futura do vínculo relacional.

A primeira convenção de marca do Brasil fora celebrada pela montadora Ford com a respectiva rede de concessionários, em 10 de abril de 1985²²⁴.

A segunda convenção já fora marcada por impasse que demandara vários anos para o desfecho; cuja estagnação girara em torno da discussão sobre o registro expresso da margem de lucro mínimo em favor dos distribuidores na venda de veículos novos e peças²²⁵. A delonga de anos para a solução desta questão pontual reforça a parca penetração da arbitragem na colmatação de interesses divergentes, quando analisado o setor automotivo nacional.

Posteriormente, sobrevieram diversas convenções cujo caráter genérico, inclusive repetindo disposições da Lei Renato Ferrari, resultou em baixa relevância na regulação do setor.

Atualmente, parcela majoritária das montadoras instaladas no Brasil nega-se a negociar convenções de marca, especialmente ante a ausência de instrumentos legais tendentes a obrigar a busca por consenso com a rede de concessionários.

Salutar, destarte, a edificação de mecanismos cogentes da celebração de convenções, relegando os pontos de discordância a serem dirimidos através dos mecanismos extrajudiciais da mediação e arbitragem.

2.9. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

²²⁴ PIMENTA, Luiz José. *Concorrência e lucro no mercado automotivo*. Originalmente apresentado como tese do autor/ doutorado. Universidade Federal da Bahia: 2012. p. 101.

²²⁵ PIMENTA, Luiz José. *Concorrência e lucro no mercado automotivo*. Originalmente apresentado como tese do autor/ doutorado. Universidade Federal da Bahia: 2012. P. 102.

A Lei Renato Ferrari dispõe que o contrato de distribuição indireta poderá ser inicialmente “ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos”. (art. 21, parágrafo único). Daí, a resolução do contrato (art. 22, II) pode se ultimar pela expiração do prazo determinado.

Regulamentado, ainda, que a avença assume “automaticamente” prazo de execução indeterminado caso não seja denunciada por qualquer das partes e ultrapasse o interregno de cinco anos.

O legislador previu (art. 22) a resolução do contrato de concessão por acordo entre as partes ou força maior (inciso I).

O Brasil já assistiu ao desinvestimento de algumas montadoras, com cessação das respectivas operações em território nacional; cenário inviabilizador da manutenção do vínculo de concessão. As montadoras deixaram de operar no Brasil por estratégia empresarial somada a expectativas frustradas de resultados.

Esses episódios do mercado nacional não se caracterizam como “inexecução por impossibilidade”, já que decorreram da vontade das montadoras e não de impossibilidade (jurídica ou natural) que impedisse a manutenção da concessão. Tem-se, em tese, dever indenizatório em favor dos grupos concessionários que dispusessem de contratos de concessão em vigência. ²²⁶

Por derradeiro, dá-se a resolução do contrato de concessão (art. 22, III), “por iniciativa da parte inocente” quando configurada infração legal, das convenções ou do próprio contrato de concessão.

A resolução do contrato de distribuição indireta obedece a sistema de penalidades gradativas (na forma do artigo 22, §1º), independente de regulamentação em convenção das categorias econômicas (art. 18 da Lei Ferrari) ou convenção de marca (art. 19 da Lei Ferrari).

²²⁶ “Nesta ordem de ideias, passou-se a considerar fortuito todo inadimplemento não imputável ao devedor, exprimindo-se o pensamento como a assertiva de que o fortuito começa onde cessa a culpa. Tal, em essência, a teoria subjetiva. O conceito de caso fortuito resulta, assim, de determinação negativa. Caso, segundo Barassi, é conceito antiético de culpa. Todo fato alheio à vontade do devedor, que o impossibilite de cumprir a obrigação, considera-se caso fortuito, para o efeito de exonerar-lo de responsabilidade. Tanto faz que seja um evento natural, externo, como que diga respeito a própria pessoa do devedor.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 149)

Malgrado o teor da legislação de rigor, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se divide entre a adoção²²⁷ ou não²²⁸ do caráter obrigatório da graduação de penalidades previamente à resolução da avença.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, valendo-se de interpretação literal da legislação de regência, pacificou o reconhecimento da eficácia imediata, autoaplicável, da graduação de penalidades.²²⁹

A graduação como regra se harmoniza com o patamar de investimentos demandados à estruturação de uma operação concessionária. Ainda, o desinvestimento, encerramento da operação, redundando em despesas de grande monta, conglobando rescisões trabalhistas, desocupação de imóvel (muitas vezes objeto de contrato de locação), tributos, dentre outros.

²²⁷ Ementa: Concessão de veículos automotivos. Rescisão irregular. Descumprimento dos artigos 21 e 22 da lei 6.729/79, que constituem normas cogentes, de observação obrigatória pelas partes. Concessionária que não foi formalmente penalizada pela concedente, de forma gradativa, nem se lhe concedeu o prazo de 120 dias previsto em lei para o encerramento das atividades. Concessão restabelecida. Danos morais ocorridos, bem fixada a indenização no valor de R\$ 100.000,00. Apelo improvido. (TJSP. 34ª Câmara de Direito Privado. Relator Soares Levada. Apelação n.º 0063833.80.2010. Data do Julgamento 06/07/2016)

²²⁸ Ementa: Contrato de concessão comercial da marca Ford. Ação declaratória de nulidade de notificação extrajudicial c.c. indenização por danos materiais e morais e ação cautelar preparatória. Reconvenção. R. sentença de improcedência da ação e da cautelar e de parcial procedência do pedido reconvenicional, com recursos de ambas as partes, contra-arrazoados. Validade da notificação extrajudicial enviada pela montadora (Companhia). Questão superada diante do interesse demonstrado pelo concessionário (Revendedor) em também rescindir o contrato. Culpa da autora/reconvinda pela resolução do pacto comprovada. Existência de diversas infrações contratuais praticadas ao longo dos anos. Desnecessidade de aplicação de sanções gradativas. Multa do art. 26, da Lei nº 6.729/79 (Lei Ferrari) devida. Restituição de aporte feito pela montadora em fundo de capitalização. Cabimento. Débitos em conta corrente já restituídos, segundo constou na perícia, não se olvidando ainda da "Distribuição Dinâmica da Carga Probatória", já que tinha a Ford o dever de apresentar os documentos requisitados pelo expert, para maior aproveitamento no trabalho pericial, o que não fez. Sucumbência. Autora/reconvinda que decaiu de maior parte do pedido, devendo arcar com as custas e despesas processuais e com os honorários advocatícios da parte adversa. Negou-se provimento ao recurso da acionante/reconvinda, com acolhimento em parte do apelo da ré/reconvinte. Embargos declaratórios opostos pela autora/reconvinda. Inocorrência de omissão, obscuridade e/ou contradição. Decisão colegiada clara e objetiva. Os declaratórios devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não como meio hábil ao reexame da causa, apenas porque o decisum refletiu entendimento contrário ao defendido pela embargante. Embargos de declaração rejeitados. (TJSP. 27ª Câmara de Direito Privado. Relator Campos Petroni. Embargos de Declaração em Apelação n.º 0031159.74.2007. Data do Julgamento 17/10/2017)

²²⁹ "Condiçãoamento da resolução do contrato por infração contratual à prévia aplicação de penalidades gradativas (art. 22, § 1º, da Lei 6.729/79). 5. Invalidez da cláusula contratual que prevê a resolução direta do contrato, sem prévia aplicação gradativa de penalidades. 6. Eficácia imediata da lei, mediante colmatação judicial da lacuna normativa. Doutrina sobre o tema. 7. Possibilidade de o magistrado emitir juízo sobre a gravidade da infração, ou conjunto de infrações, imputadas ao culpado, na hipótese de ausência de pactuação de penalidades gradativas, podendo, ainda, desconstituir a resolução do contrato." (STJ. 3ª Turma. Data do Julgamento 02/09/2014. REsp 1338292 / SP)

Há ocorrências que se amoldariam à imediata rescisão contratual levada a efeito pela montadora. Cite-se a condenação criminal definitiva do empresário nomeado distribuidor que tenha o condão de severamente macular a imagem da marca de alto renome internacional da montadora; ilustre-se com a hipótese de condenação criminal definitiva por delitos de redução à condição analogia à de escravo (art. 149 do CPB) ou tráfico de drogas (art. 33, da lei federal n.º 11.343/2006).

A dispensa da gradação de penalidades, contudo, exige alteração legislativa, cuja boa técnica, no afã de prestigiar a segurança jurídica, milita pela previsão de rol *numerus clausus* dos quadrantes autorizadores da aplicação de penalidade única na forma de rescisão contratual.

Passível de anulação judicial a aplicação de penalidade cujo fato gerador se mostre alheio à má gestão do distribuidor, assumindo o propósito da dissimular a intenção deliberada de denunciar o contrato de concessão.

Ainda, factível intromissão judicial consistente em apreciação dos aspectos formais, visando assegurar o pleno direito de defesa.

A jurisprudência pátria apresenta significativo número de decisórios que permitem a denúncia da avença antes do encerramento do prazo contratual inicial de cinco anos, levadas a efeito por montadoras, independente de terem sido ofertadas condições para consolidação de retorno dos capitais investidos pelos grupos concessionários.²³⁰

Urge que seja destacado, entretanto, o texto do art. 473, parágrafo único, do Código Civil brasileiro: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

²³⁰ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INSTRUMENTO DE CONCESSÃO COMERCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. EXTINÇÃO UNILATERAL. INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS AO NEGÓCIO PACTUADO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. TESES DISCUTIDAS PELA CORTE LOCAL COM BASE NO ELEMENTOS DE PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO”. (STJ. 4ª Turma. Ministro Luís Felipe Salomão. Data do Julgamento 01/03/2016. AgRg no REsp 1300473 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0308285-6)

Este dispositivo ²³¹ se amolda exatamente à figura dos contratos de concessão automotiva, forte nos significativos investimentos demandados à estruturação da operação concessionária.

Imperativo o cotejo do artigo 21 da Lei Renato Ferrari, cujo parágrafo único faz menção a prazo “não inferior a cinco anos”, com a regra do *Códex Civil* de “prazo razoável”.

Nesta toada, eventual denúncia da montadora, evitando que o contrato de concessão adquira o status de prazo indeterminado, pode ser objeto de apreciação judicial ou solução arbitral²³², com elementos objetivos a serem obtidos através de perícia técnica, visando averiguar se o interregno de duração da avença fora hábil a permitir que o distribuidor observasse o retorno dos capitais investidos²³³.

O reprovável comportamento de algumas montadoras ao estimular grupos empresários nacionais a ultimar investimentos de relevante monta em operações concessionárias e, decorrido prazo insuficiente ao retorno de capitais, denunciar os vínculos contratuais, já fora objeto de apreciação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²³⁴

²³¹ “O paragrafo único do art. 473 suspende a eficácia da resilição unilateral nas hipóteses em que uma das partes tenha efetuado investimentos consideráveis por acreditar na estabilidade da relação contratual. Aqui, há uma perceptível aplicação da teoria do abuso do direito, limitando o exercício ilegítimo de direito potestativo (art. 187 do CC). Uma das funções do princípio da boa fé objetiva é frear o exercício de condutas formalmente lícitas, mas materialmente antijurídicas, quando ultrapassem os limites éticos do sistema.” (PELUSO, Cesar. *Código Civil Comentado*. 1ª ed. Barueri: Manole. 2007. p. 366)

²³² “Nos contratos relacionais, a primeira alternativa diante da superveniência é a da renegociação; frustrada, cabe a revisão das cláusulas pelo juiz ou pelo árbitro.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.p. 99)

²³³ “Por vezes descreve-se esta genes de situações individuais, a partir das regras, como uma subjetivação de regras jurídicas. A regra é objetiva, mas com a verificação de situações reais correspondentes a sua fatispécie subjetiva-se. As situações jurídicas reconduzem-se ainda à regra jurídica, seria ela que estaria na essência dessas situações, por aplicação da estatuição correspondente. (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Teoria Geral. Vol. 03. relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 03)

²³⁴ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÁUSULA CONTRATUAL. RESILIÇÃO UNILATERAL. DENÚNCIA IMOTIVADA. VULTOSOS INVESTIMENTOS PARA REALIZAÇÃO A DA ATIVIDADE. DANO INJUSTO. BOA-FÉ OBJETIVA. FINS SOCIAL E ECONÔMICO. OFENSA AOS BONS COSTUMES. ART. 473, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC/2002. PERDAS E DANOS DEVIDOS. LUCROS CESSANTES AFASTADOS. 1. É das mais importantes tendências da responsabilidade civil o deslocamento do fato ilícito, como ponto central, para cada vez mais se aproximar da reparação do dano injusto. Ainda que determinado ato tenha sido praticado no exercício de um direito reconhecido, haverá ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes. 2. Tendo uma das partes agido em flagrante comportamento contraditório, ao exigir, por um lado, investimentos necessários

Na esteira da atributividade²³⁵, pilar das relações sinalagmáticas, a denúncia vazia ao contrato de concessão automotiva, da lavra de montadora, deve respeitar análise objetiva sobre a efetiva garantia de oportunidade para que, realizado trabalho de gestão razoavelmente eficiente pelo distribuidor, fosse possível o retorno dos capitais investidos. Neste ponto, compete ao intérprete perquirir pela “duração justa”²³⁶.

Uma vez lesada a expectativa temporal frente o patamar de investimentos realizados, cabe ao Poder Judiciário, caso provocado, determinar a prorrogação do contrato até que seja possível resultado operacional favorável e proporcional aos investimentos, ou, a pedido da parte lesada, conversão em perdas e danos.

à prestação dos serviços, condizentes com a envergadura da empresa que a outra parte representaria, e, por outro, após apenas 11 (onze) meses, sem qualquer justificativa juridicamente relevante, a rescisão unilateral do contrato, configura-se abalada a boa-fé objetiva, a reclamar a proteção do dano causado injustamente. 3. Se, na análise do caso concreto, percebe-se a inexistência de qualquer conduta desabonadora de uma das partes, seja na conclusão ou na execução do contrato, somada à legítima impressão de que a avença perduraria por tempo razoável, a rescisão unilateral imotivada deve ser considerada comportamento contraditório e antijurídico, que se agrava pela recusa na concessão de prazo razoável para a reestruturação econômica da contratada. 4. A existência de cláusula contratual que prevê a possibilidade de rescisão desmotivada por qualquer dos contratantes não é capaz, por si só, de afastar e justificar o ilícito de se rescindir unilateralmente e imotivadamente um contrato que esteja sendo cumprido a contento, com resultados acima dos esperados, alcançados pela contratada, principalmente quando a parte que não deseja a rescisão realizou consideráveis investimentos para executar suas obrigações contratuais. 5. Efetivamente, a possibilidade de denúncia por qualquer das partes" gera uma falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para se verificar a equidade derivada da cláusula, na verdade, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato, e, assim, descortina-se a falácia de se afirmar que a rescisão unilateral era garantia recíproca na avença. 6. O mandamento constante no parágrafo único do art. 473 do diploma material civil brasileiro se legitima e se justifica no princípio do equilíbrio econômico. Com efeito, deve-se considerar que, muito embora a celebração de um contrato seja, em regra, livre, o contrato é um ônus, que pode, por vezes, configurar abuso de direito. 7. Estando claro, nos autos, que o comportamento das recorridas, consistente na exigência de investimentos certos e determinados como condição para a realização da avença, somado ao excelente desempenho das obrigações pelas recorrentes, gerou legítima expectativa de que a cláusula contratual que permitia a qualquer dos contratantes a rescisão imotivada do contrato, mediante denúncia, não seria acionada naquele momento, configurado está o abuso do direito e a necessidade de recomposição de perdas e danos, calculadas por perito habilitado para tanto. Lucros cessantes não devidos. 8. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. 4ª Turma. Ministro Luis Felipe Salomão. REsp 1555202 / SP. Data do Julgamento 13/12/2016)

²³⁵ “Sendo a relação jurídica uma relação distributiva ou atributiva, compreende-se e legitima-se moralmente a sua exigibilidade. Em se tratando de aplicar uma regra que se destina a reger atos de pelo menos duas pessoas integradas na ‘unidade da relação’, quando uma delas falta ao devido (voluntariamente ou não, pouco importa) a parte lesada se confere o poder de exigir o que lhe compete: o direito atribuído é um direito subjetivo, ao qual corresponde uma ação que o assegura, inclusive pelas vias da coação.” (REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 272)

²³⁶ “La "duración" también debe ser justa, en el sentido de justicia conmutativa, aplicable a los contratos. La equidad, el equilibrio, deben estar presentes en toda la etapa temporal desde las tratativas hasta el cumplimiento.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 128) Tradução: “A duração também deve ser justa, no sentido da justiça comutativa, aplicável aos contratos. Equidade, equilíbrio, deve estar presente durante todos o período de tempo desde as negociações até o cumprimento.”

Elide-se a caracterização do abuso de direito da denúncia vazia, alheia a conduta infracional do concessionário, levada a efeito pela montadora, quando há uma circunstância fática que o fundamente; por exemplo, a dinâmica mercadológica direcionar a diminuição da rede interna de distribuidores.

Por seu turno, configura má fé e deve ser reprovada pelo Poder Judiciário, a manobra de denúncia vazia da concessão firmada com um grupo empresarial e imediata substituição por outro, atento à justa expectativa de estabilidade da relação de distribuição indireta:

No es posible sostener que el ejercicio de la cláusula de receso unilateral se base en la sola facultad discrecional de una de las partes, sin ningún control. Ello es así puesto que aun cuando se admita que la fiénte convencional por sí sola legitima la presencia de la cláusula, todo derecho es sometido al control interno de la razonabilidad de su ejercicio, conforme a la buena fe y el abuso del derecho como lo ha señalado la Corte Suprema en la causa ya citada. Este control puede basarse en que, si no hay una causa justificada, es ilegítimo.²³⁷

A análise do contrato de concessão na condição de um feixe complexo de relações jurídicas, com imperativa intromissão na paridade de forças dos contratantes, já é uma realidade do Direito Argentino, na forma deliberada pela Câmara Nacional de Apelaciones no contexto da demanda “Dillon S.A. c/ Ford Motor Argentina S.A.”.²³⁸

Valioso o precedente argentino por valer-se do cotejo entre a figura do abuso de direito e o princípio da boa fé objetiva nas relações contratuais para deliberar que, mormente inexistente proibição legal expressa, contrária ao melhor direito a arbitrária

²³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 561. Tradução: “Não é possível sustentar que o exercício da cláusula de rescisão unilateral baseia-se no exclusivo critério de uma das partes, sem qualquer controle. Isto é assim mesmo que admitida como legítima a presença da cláusula, todos os direitos estão sujeitos ao controle interno da razoabilidade de seu exercício, de acordo com a boa-fé e abuso do direito, como indicou o Supremo Tribunal no caso já citado. Este controle pode baseado no fato de que, se não há justa causa, é ilegítimo.”

²³⁸ “El uso por la fábrica de automóviles de la cláusula del reglamento (...) que autoriza la cancelación, no puede ser discrecional ni arbitraria, debiendo encontrarse condicionado su ejercicio a los principios de buena fe, equidad, lealtad y razonabilidad. (...) Si bien el reglamento para concesiones para la venta de automotores otorgaba al fabricante la facultad de rescindir la concesión, sin lugar a duda esta rescisión no podía efectuarse en forma arbitraria y causándole a su cocontratante un perjuicio innecesario, pues admitir este tipo de rescisión sería avalar el abuso del derecho que fuera repudiado por la jurisprudencia de nuestros tribunales y actualmente sancionado por el art. 1071 del Cód. Civil reformado. (...) Dado que el ejercicio abusivo de los derechos no está permitido por la modificación del art. 1071 del Cód. Civil, la conducta de quien los ejercita es ilícita. Se producirán por tanto todos los efectos propios del acto ilícito. (...) La rescisión de la concesión para la venta de automotores en forma arbitraria, intempestiva e incausada por parte del fabricante, haciendo ejercicio abusivo de su derecho y provocando a la concesionaria un daño patrimonial con su actitud, no se ajusta a los principios de buena fe que deben regir en la relación contractual, no solamente en la normalización del contrato, sino también en su ejercicio y aún en el caso de disolución” (CNCom, Sala A, 11/9/73, LL, 152-250)

rescisão contratual levada a efeito pela firma dominante (montadora); especialmente por ter estimulado relevantes investimentos a serem suportados pelo grupo empresário de distribuição indireta de veículos automotores.

2.10. OBRIGAÇÕES PÓS CONTRATUAIS

O contrato de concessão se apresenta com período de duração indeterminado (Lei Renato Ferrari, art. 21), “inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos” (Lei Ferrari, art. 21, parágrafo único).

Concretizada a resolução contratual, independente de se tratar de prazo determinado ou indeterminado, as partes contarão (direito subjetivo²³⁹) com o prazo “nunca inferior” a cento e vinte dias (art. 22, §2º, da Lei Renato Ferrari) para o encerramento da operação de distribuição indireta.

Andara bem o legislador ao contemplar período razoável para que as montadoras pudessem fazer novo processo de seleção, afastando solução de continuidade no atendimento ao público consumidor residente na área assistida pelo concessionário retirante da rede.

Saliente-se que este prazo de cento e vinte dias não é absorvido pelo interregno de que trata o artigo 473, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.

O prazo suficiente para o retorno de capitais investidos pelos distribuidores apresenta *ratio essendi* diverso do *iter* necessário à readaptação do imóvel a outra atividade (ou devolução ao proprietário), desligamento de colaboradores, baixa da empresa, enfim, a assunção das diligências compatíveis com a extinção da operação concessionária.

A interpretação jurídica voltada à promoção da intenção do legislador é a lição de Bergel:

²³⁹ “Contrapõe-se, tradicionalmente, duas definições de direito subjetivo: direito subjetivo como poder da vontade e direito subjetivo como interesse protegido. (...) A definição corrente salda os dois aspectos: o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 120)

Mesmo admitindo o princípio de certa liberdade do juiz que nem sempre pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos, devemos acima de tudo concentrar-nos nos textos e remontar à intenção que lhes guiou a redação. A meta perseguida pelo legislador conta mais do que a letra da lei. Mas o juiz também deve inspirar-se, para além do espírito da lei, no espírito do direito tal como se expressa em outros textos.²⁴⁰

O interregno não inferior a cento e vinte dias para o encerramento da distribuição indireta pode ser objeto de renúncia por qualquer das partes, porém, a discordância motivada da outra parte induz à obrigação indenizatória ou “execução coativa”²⁴¹ a ser suportada pela recalcitrante.

O encerramento com inobservância deste prazo legal tem o potencial de deixar a montadora sem representação numa praça, com déficit à imagem da marca; daí ser factível ventilar-se de execução forçada, além de gravames materiais (especialmente na forma de lucros cessantes) e danos morais (súmula n.º 227 do STJ²⁴²).

Tratando-se de praça multiassistida, descabe falar-se em abalo à imagem de solidez da montadora; posto que a área em apreço mantém-se servida por grupo empresário localmente instalado.

Da mesma forma, havendo descumprimento legal desta garantia legal em desfavor de grupo concessionário, assistem-lhe dois caminhos; pleitear judicialmente a “execução coativa”, na forma de manutenção do vínculo contratual, ou conversão em perdas e danos.

Impõe-se ao Poder Judiciário, caso a via da execução forçada seja manejada, fiscalizar e, se o caso, valer-se de instrumentos de coerção (especialmente *astreintes*) para o fito de inibir postura abusiva das montadoras (p.ex. sonegação de produtos com melhor aceitação mercadológica) ou dos distribuidores indiretos (má gestão com repercussões negativas aferíveis nas pesquisas da satisfação de clientes e vendas insatisfatórias).

²⁴⁰ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão: São Paulo, Martins Fontes, 2006. p. 331.

²⁴¹ “Se o devedor não cumpre espontaneamente a obrigação, pode o credor obter a satisfação do crédito através de medidas coativas que a seu requerimento, são aplicadas pelo Estado no exercício do poder jurisdicional. A consecução da prestação por esse modo configura a execução coativa ou forçada.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 177)

²⁴² “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

O fabricante que provocar a resolução da concessão fica obrigado (art. 23 da Lei Renato Ferrari) a readquirir o estoque de peças e veículos, além de adquirir junto ao concessionário o ferramental, máquinas e instalações afetos à concessão.

A aquisição das “instalações” deve ser interpretada como ressarcimento pelos elementos visuais da marca adquiridos para funcionamento da operação e reparação dos valores empregados em benfeitorias determinadas pelas montadoras para a outorga da concessão e recebimento de bônus.

O parágrafo único deste dispositivo dispensa o concessionário de responsabilidade indenizatória caso delibere pela não prorrogação da avença.

O artigo 24, III, da Lei Renato Ferrari traz regra de conversão em perdas e danos, caso a montadora dê causa à rescisão do contrato de concessão por prazo indeterminado.²⁴³

O paradigma legal pertinente aos dois últimos anos de faturamento para o cálculo das perdas e danos pode não se mostrar o mais acertado, porque, usualmente, a resolução do vínculo é precedida por período de atrito entre montadora e concessionário, com repercussões negativas à rentabilidade da operação, por conseguinte, diminuição da participação da marca no mercado regional.

O melhoramento do tecido normativo orienta que o distribuidor indireto inocente na eclosão da resolução contratual possa optar pela regra atual da Lei Renato Ferrari ou cálculo de perdas e danos tendo como parâmetro o *market share* nacional (participação da marca no mercado) em cotejo com a população da área abrangida pela concessão.

Há celeuma sobre a possibilidade de que a indenização em favor do concessionário, quando o concedente der causa à rescisão da concessão por prazo indeterminado, supere a monta aferida através da regra ditada pelo artigo 24, III, da Lei Renato Ferrari.

²⁴³ “pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;”

O artigo 188, II, do Código Civil alija o caráter ilícito dos atos praticados no exercício regular de um direito. A denúncia vazia do contrato de concessão é prevista na Lei Renato Ferrari, ressalvadas as perdas e danos nos patamares retro declinados.

Darcy Bessone leciona o “direito potestativo de desvincular-se”²⁴⁴ nos contratos por prazo indeterminado como postura, via de regra, inapta à criação de obrigação indenizatória. Na mesma trilha, orientam os ensinamentos de Rosa Nery, ao mencionar a “ineficiência dos vínculos perpétuos” como corolário da “liberdade contratual”.²⁴⁵

A relação jurídica contratual da concessão automotiva, porém, merece tratamento diverso. A base acadêmica para tal posição é a investigação aprofundada da “responsabilidade individual e coletiva”²⁴⁶ em cotejo com o “direito à estabilidade”²⁴⁷.

O vínculo de distribuição indireta, instrumentalizado por contrato de concessão celebrado mediante a técnica da adesão²⁴⁸, pressupõe fortes investimentos na estruturação das instalações da operação, contratação de extensa lista de colaboradores, investimento em cursos ministrados e cobrados pela montadora. Em resumo,

²⁴⁴ BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 250.

²⁴⁵ NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 406.

²⁴⁶ “É necessário reencontrar as razões profundas da responsabilidade individual e coletiva, empenhar-se no plano da cultura política, de forma a contribuir para a realização de uma democracia econômica centrada sobre a pessoa e principalmente sobre as capacidades empresariais, evitando que os detentores, anônimos ou não, das grandes empresas sejam também os possesores do governo.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 511)

²⁴⁷ Las redes tienen como característica su duración y de ello se sigue una vocación de estabilidad en la relación. Este elemento tipifica no sólo los aspectos extintivos, sino también el momento funcional. Este derecho tiene su contracara en un deber de obrar de buena fe que se concreta en dos momentos: - Em la etapa de cumplimiento: (...) – En la extinción: la necesidad de preavisar la extinción y no obrar de manera intempestiva, de modo de desbaratar los derechos de la otra parte.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 84) Tradução: “As redes são caracterizadas por sua duração e uma vocação de estabilidade no relacionamento é seguida. Este elemento tipifica não apenas os aspectos de extinção, mas também o momento funcional. Este direito tem como contrapartida o dever de agir de boa fé, especificado em dois momentos: - Na fase de cumprimento: (...) - Na extinção: a necessidade de prevenir a extinção e de não atuar de maneira prematura, a fim de perturbar os direitos da outra parte ”.

²⁴⁸ “No es legítima porque no proviene de una estipulación concertada en términos suficientes de libertad negocial, porque desvirtúa la causa fin global del contrato, y porque denota una arbitrariedad que atenta contra la moral, violenta la buena fe y comporta abuso. La descalificación de la cláusula importa impedir su uso y justificar la extinción sólo cuando hay causa grave.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004. p. 553) Tradução: “Não é legítimo porque não vem de uma estipulação consensual em termos suficientes de barganha de liberdade, porque distorce o objetivo geral do contrato e porque denota uma arbitrariedade que mina a moralidade, viola a boa fé e envolve abuso. A desqualificação da cláusula significa impedir seu uso e justificar a extinção somente quando houver uma causa grave. ”

investimentos orientados pelas montadoras a serem suportados pelos distribuidores na justa expectativa de vínculo com duração diferida no tempo, somente sendo esperada a resolução mediante a configuração de alguma das hipóteses de infrações às obrigações legal e contratualmente assumidas.

Nesta linha, os concessionários continuam a investir no melhoramento da operação, inclusive para fazerem jus aos bônus cuja estruturação advém de atos unilaterais das montadoras. A denúncia vazia com obrigação indenizatória limitada aos patamares ditados pela lei Renato Ferrari seria um prestígio ao elemento surpresa, segunda a lógica da “sombra do futuro”.²⁴⁹, fomentando prejuízos aos distribuidores e, numa visão sistemática, inibindo investimentos no setor.²⁵⁰

Considerando a razoável perspectiva da manutenção do contrato de concessão, havendo a denúncia vazia a vínculo com prazo indeterminado, levada a efeito pelo concedente, o grupo concessionário fará jus à indenização mediante o patamar mínimo de que trata o artigo 24, III, da Lei Renato Ferrari²⁵¹.

A aclamação ao princípio da reparação total demanda que a indenização devida em favor do distribuidor indireto compreenda, também, o ressarcimento dos custos de adaptação do imóvel às exigências da montadora, eventual multa antevista em contrato de locação, ônus para desligamento de colaboradores, integralidade dos custos para baixa de empresa criada com propósito específico, compensação por danos morais e lucros cessantes: “La extensión de este resarcimiento estará en función de las

²⁴⁹ “Outra situação em que o oportunismo costuma ser abrandado relaciona-se a ‘sombra do futuro’. Nos contratos de longa duração, as partes estão cientes de que o comportamento oportunista pode quebrar a confiança entre elas, e, assim, gerar perdas futuras.” (FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54)

²⁵⁰ “É antes de crer que o legislador haja querido examinar o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135)

²⁵¹ “Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so-called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it--and nothing else.” (OLIVER WENDELL HOLMES, Jr. *The path of the law*. < <http://www.gutenberg.org/ebooks/2373>> Acessado em 20/04/2017 .Tradução: Em nenhum outro lugar se manifesta a confusão entre as idéias legais e morais do que na lei do contrato. Entre outras coisas, aqui novamente o chamado direitos e deveres primários são investidos com um significado místico além do que pode ser atribuído e explicado. O dever de manter um contrato em lei comum significa uma previsão de que você deve pagar danos se você não mantê-lo - e nada mais. Se você comete um delito, você é responsável uma soma compensatória.

expectativas creadas por el distribuidor o, más correctamente, en las creencias que tenía razonablemente el concesionario.”²⁵²

Atento à dicção dos artigos 944, *caput*²⁵³, e 402²⁵⁴, ambos do Código Civil brasileiro, a liquidação dos lucros cessantes dá-se mediante a aferição do lucro operacional proporcional com o montante de investimentos realizados pelo distribuidor indireto em referência ao interregno faltante para completar o senso de “duração justa”.

Os lucros cessantes se tratam, portanto, dos valores sonegados à parte inocente (lucros operacionais em perspectiva) por força do ato contrário ao melhor direito de denúncia imotivada de contrato de concessão automotiva por prazo indeterminado.

A expressão “duração justa” deve ser interpretada pela equação do tempo de contrato razoável ao retorno dos valores investidos para o início de atividades da operação de distribuição, cumulados com as injeções de capitais exigíveis para atingimento das metas fixadas unilateralmente pelas montadoras.

2.11. FORO DE ELEIÇÃO

Os contratos de concessão automotiva celebrados no Brasil padronizam a imposição do foro de eleição na comarca da capital do Estado de São Paulo, sede da maioria dos escritórios administrativos de montadoras instaladas em território nacional.

Há, inclusive, convenções de marcas que preveem a comarca de São Paulo como foro de eleição para a integralidade dos contratos de concessão firmados junto à rede interna de concessionários.

Anote-se que vem sendo observado o respaldo na jurisprudência pátria a esta convenção genérica, abarcando também os concessionários que optaram pela não

²⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004.p. 579. Tradução: “A extensão dessa compensação será baseada nas expectativas criadas pelo distribuidor ou, mais corretamente, nas crenças que o comerciante tinha razoavelmente”

²⁵³ “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

²⁵⁴ “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

inclusão na respectiva associação de âmbito nacional (vide precedente do TJSP²⁵⁵ e STJ²⁵⁶).

Saliente-se, contudo, a existência de significativo número de empresários distribuídos por cidades distantes dos grandes centros metropolitanos, por vezes gestores de única operação automotiva, com área de atuação marcada pela baixa densidade populacional.

Nesta perspectiva, há empresários de pequeno porte, distribuidores indiretos de veículos, cujo ônus de patrocinar uma demanda na capital do Estado de São Paulo representa encargo sobremaneira oneroso, podendo consubstanciar obstáculo ao constitucional pleno acesso ao Poder Judiciário.

Compete ao Poder Judiciário declarar a ilicitude das cláusulas que prevejam foro de eleição, inseridas em contratos celebrados mediante a técnica da adesão, nas hipóteses em que a desigualdade econômica sobrepõe-se à liberdade contratual²⁵⁷.

O afastamento da cláusula de foro de eleição também se impõe frente à necessidade da realização de provas periciais e colheita de provas testemunhais que

²⁵⁵ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. ELEIÇÃO DE FORO. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE INCOMPATÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 17, INCISO II, DA LEI Nº 6.729/79 (LEI RENATO FERRARI). PREVALECIMENTO DA CLÁUSULA CONTRATUAL, DEVENDO A AGRAVANTE SE SUBMETER AOS TERMOS DA CONVENÇÃO DA MARCA HONDA, INDEPENDENTEMENTE DE TER ADERIDO OU NÃO À ASSOCIAÇÃO. PREVALECIMENTO DO FORO DA CAPITAL, PREVISTO NA CLÁUSULA 24 DA CITADA CONVENÇÃO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. Agravo de instrumento improvido. (TJSP. 34ª Câmara de Direito Privado. Relatora Cristina Zucchi. Agravo de Instrumento n.º 2158426.57.2015. Data do Julgamento 26/08/2015)

²⁵⁶ Ementa. Recurso Especial. Processo Civil. Cláusula de eleição de foro. Validade Distribuidores de veículos automotores. Convenção da marca. Obrigatoriedade. Art. 17, II, da Lei n.º 6.729/1979. 1. A cláusula de eleição de foro inserida em convenção da marca, celebrada com fundamento no art. 17, II, da Lei n.º 6.279/1979, obriga as concessionárias que integram a rede de distribuição, independentemente de terem ou não anuído a seus termos. 2. Recurso especial não provido. (STJ. 3ª Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. REsp 1584466 / SP. Data do Julgamento 22/08/2017)

²⁵⁷ Neste sentido: Ementa. Foro de eleição. Artigo 111 do CPC. Contrato de Adesão. O art. 111 do CPC aplica-se contratos em que as partes contratantes tem plena liberdade para estabelecer cláusulas disciplinadores dos seus direitos e obrigações, o que acontece quando elas são economicamente iguais. Está, portanto, fora do seu alcance contrato de adesão que não proporciona à parte aderente a oportunidade para decidir sobre a eleição do foro. (Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Relator Ministro Antônio Torreão Braz. REsp 41634 / RS. Data do Julgamento 01/03/1994)

recomendem maior integração do juízo com o sítio de instalação da operação econômica subjacente, na exata forma do artigo 53, III, IV, do Código de Processo Civil.²⁵⁸

Inquestionável a melhor condição do juízo próximo à operação de distribuição indireta para analisar perícia técnica tendente a verificar, por exemplo, a capacidade do mercado local para receber nova nomeação, promovendo ou exasperando a concorrência intramarca.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, majoritariamente, vem esposando posição de validação do foro de eleição na comarca de São Paulo para a totalidade dos contratos de concessão automotiva, independente da localidade de instalação da operação indireta²⁵⁹ e respectiva envergadura econômico-empresarial.

A identificação do foro de eleição em São Paulo normalmente é negligenciada na fase pré-contratual, redundando em obstáculo ao pleno acesso ao Poder Judiciário por grupos empresários de menor capacidade financeira, além de burlar a regra processual que afeta a melhor prestação jurisdicional ao juízo próximo da eclosão dos fatos a serem avaliados²⁶⁰.

Nesta particular, ante a capacidade organizacional superior das montadoras, em detrimento dos distribuidores, em cotejo com a recomendável competência a ser exercida pelo juízo que convive próximo às peculiaridades do caso concreto, seria

²⁵⁸ “A debilidade da eleição do foro como fator de prorrogação da competência manifesta-se também mediante sua extrema vulnerabilidade à ação dos demais fatores. Sempre que algum deles se põe em confronto, prevalece o outro e a eleição de foro se reduz à ineficácia. Ela é o fator de prorrogação menos vigorosa dentre todos os que existem no sistema brasileiro de processo civil.” (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 606)

²⁵⁹ PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. VALIDADE DE CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTABELECIDADA ENTRE CONCESSIONÁRIA E MONTADORA DE VEÍCULOS. PRECEDENTES DA 2ª SEÇÃO. 1. Consoante orientação pacificada na Segunda Seção desta Casa, “a cláusula do foro de eleição, constante de contrato de adesão, de consignação mercantil, firmado entre empresa montadora de veículos e sua concessionária (distribuidora/vendedora), é eficaz e válida e apenas deve ser afastada quando, segundo entendimento pretoriano, seja reconhecida a sua abusividade, resultando, de outro lado, a inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário”. (Resp n.º 827318/RS). 2. No caso, o elevado porte dos negócios realizados entre as partes e o “conteúdo econômico da demanda” não autorizam presumir a falta de conhecimento técnico e informativo da cláusula de eleição do foro, ou mesmo a dificuldade de acesso ao Judiciário. 3. Recurso conhecido e provido. (STJ. REsp 300340 / RN. 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento 18/09/2008)

²⁶⁰ “A jurisdição civil tem como *causa finalis* a composição justa do litígio, movido pela qual aplica as normas do direito objetivo, reguladoras das relações intersubjetivas, que estão na substância do conflito de interesses. Para isso, o juiz se substitui às partes em conflito, e, como órgão de aplicação do Direito, dá

positiva alteração da Lei Renato Ferrari que identificasse como foro competente para apreciar questões pertinentes ao contrato de concessão o local da sede do estabelecimento sob litígio e, havendo multiplicidade de operações, o estabelecimento de maior porte.

CONCLUSÃO

A autonomia privada compõe a potência de integração social do homem, numa visão tomista, daí estar relacionada à expressão dos direitos de humanidade.

O registro de operações econômicas atende ao propósito de lhe conferir coercibilidade. Mormente seja exequível um contrato verbal, a modalidade escrita facilita a comprovação, além de permite maior grau de detalhamento.

A liberdade de contratação consiste em consectário da garantia constitucional à propriedade privada em cotejo com a livre atividade econômica. Atualmente, verifica-se a autonomia privada cingida a limites por normas cogentes, animadas pelo prestígio à boa fé objetiva. O exercício da liberdade contratual deve se pautar, portanto, pela inexistência de conflito com interesse público.

A razoável calibração da intervenção estatal fomenta segurança jurídica e evita a assunção de condutas oportunistas por contratantes em posição jurídica de vantagem.

A história do homem se revela na adoção de modelos estruturais que gravitam por extremos de liberdade e controle estatal. Atualmente, a experiência contratual brasileira baseia-se na autonomia cingida à preocupação social.

Tem-se, destarte, a inspiração constitucional das relações contratuais com preocupação humanística, atraindo valores éticos à órbita das relações jurídicas privadas.

A publicização das relações contratuais é um caminho virtuoso, tornando imperativo o respeito a valores éticos no âmbito do Direito Privado. Tais benefícios, contudo, exigem calibração para não inibir a meritocracia negocial.

A comunidade jurídica questiona, com acerto, a aptidão do dirigismo contratual para corrigir assimetrias de mercado, especialmente os mercados por controle de oligopólios.

A intromissão estatal brasileira na esfera contratual vem sendo apontada frequentemente como empecilho ao pleno desenvolvimento econômico, visto o ritmo enérgico da edição de novas leis, porém, sem o efeito esperado na promoção da justiça formal no âmbito contratual, especialmente nos segmentos marcados por baixa concorrência.

Assiste-se à judicialização marcante das relações contratuais, ante a facilitação constitucional do acesso ao Poder Judiciário (sistema de “portas abertas”), em cotejo com a insatisfatória atuação dos legitimados para tutela de interesses difusos e individuais homogêneos.

O ingresso maciço de demandas individuais dificulta a operacionalização do Poder Judiciário, carecendo de eficácia para otimizar as relações contratuais. Nesta toada, há justa expectativa no Brasil por modernização do tecido normativo que rege as relações contratuais.

Pontualmente analisado o mercado automotivo, aferível uma gama de assimetrias na relação firmada por fabricantes e distribuidores.

As desigualdades formais da relação jurídica dos contratos de concessão são profícuas na eclosão de externalidades negativas relevantes, abarcando a injustificada perda de ativos nacionais em favor de conglomerados internacionais, empobrecimento de grupos empresários brasileiros, déficit de atendimento ao público consumidor (consequência de rede de distribuidores com prejuízos operacionais reiterados); inibindo-se, nesta toada, o pleno desenvolvimento da economia brasileira.

O presente trabalho não labora a defesa dos interesses de distribuidores indiretos, inclusive porque rechaça modificações na intervenção estatal, em favor desse elo da cadeia de produção, que redunde incremento dos custos de produção deletério ao mercado consumidor.

Trata-se de replicar as reflexões quanto ao imperativo de tutela estatal que inspiraram a edição da lei Renato Ferrari, com a atualização das nuances da assimétrica relação contratual entre fabricante e distribuidor, dando ensejo a persistentes falhas de mercado.

O enfrentamento dessas assimetrias não se coaduna com a revogação da lei Renato Ferrari, desprovida da respectiva substituição por outros instrumentos legais, já que a inaptidão do tecido normativo vigente passa ao largo de sugerir a extinção das poucas tutelas atualmente em vigor.

A inexistência de legislação específica fomentaria o aumento da desinformação sobre o multifacetário vínculo de distribuição indireta. No mais a mais, presumível que o acerto vertical próprio do setor redundaria em instrumentos contratuais de adesão mais benéficos à parte contratante (concedente) em posição de vantagem.

O repensar da relação jurídica do contrato de concessão automotiva conduz à necessidade do afastamento de custos para estocagem de veículos pelos concessionários.

Ademais, o fomento ao equilíbrio contratual milita pela redução da importância para a viabilidade das operações concessionárias do teor dos comunicados internos unilaterais, editados pelas montadoras, que preconizam bônus a serem pagos caso haja o atingimento de metas.

Como conclusão do presente trabalho, quinze alterações legislativas cruciais para a modernização da legislação de regência dos contratos de concessão automotiva são apresentadas:

I – Instrumento de pré-nomeação deverá registrar a integralidade das informações disponíveis às partes sobre o futuro contrato de concessão e do coligado contrato de *floor plan*;

II – Pré-nomeação com registro obrigatório das bases negociais que tenham direta repercussão na rentabilidade da operação econômica subjacente;

III - Critérios objetivos, com prévia consulta à rede de concessionários, além da previsão de auditoria externa, para o incremento de concorrência intramarca (abertura de novas operações em praça já assistida);

IV – Promoção da arbitragem, já inserida na Lei Renato Ferrari, para solução extrajudicial de interesses conflitantes entre montadoras/bancos de montadoras e concessionários. Para tanto, devem ser manejados mecanismos de inibição de represálias pela firma dominante em detrimento dos distribuidores indiretos;

V – Faturamento de veículos novos ou peças exclusivamente mediante solicitação dos distribuidores indiretos ou pedido feito pelo consumidor;

VI – Regras objetivas, com previsão de auditoria externa, visando conferir transparência à glosa pelas montadoras dos custos suportados pelos concessionários na prestação de serviços e oferta de produtos em garantia aos consumidores da marca;

VII – Consenso da rede interna de distribuidores e montadoras para fixação de horas de trabalho e remuneração unitária dos mecânicos, tendente à realização de serviços em garantia;

VIII – Assegurar a prerrogativa de que os concessionários possam firmar contratos coligados de *floor plan* com quaisquer instituições financeiras atuantes no mercado. A saudável concorrência no segmento bancário milita pela adoção de menores taxas de juros, com diminuição dos preços finais ao mercado consumidor;

IX – Proibição da exigência de garantias pessoais a serem prestadas pelos sócios dos grupos distribuidores para liberação da linha de crédito rotativo de *floor plan*, restringindo-se a instituição financeira a certificar a completa integralização do capital social da pessoa jurídica;

X – Competência absoluta do foro de situação da operação de distribuição indireta na hipótese de litígio judicial envolvendo concessionário e grupo empresarial da montadora;

XI – Proibição expressa da figura do “hold back” e programas assemelhados, com lançamento de valores fictícios à nota fiscal, estranhos à negociação com o consumidor;

XII – Exigência de negociação prévia da montadora com a respectiva rede de concessionários para a imposição de obrigações (ex: custeio de novo portal de internet ou modificação da fachada dos distribuidores) que repercutam no custo operacional do estabelecimento de distribuição;

XIII – Proibição expressa da inserção do concessionário como correspondente bancário nas hipóteses de contratos de financiamento coligados à aquisição de veículos, especialmente porque a análise de risco do crédito concedido compete à instituição financeira;

XIV – Opção ao distribuidor indireto do cálculo da indenização mínima devida pelas montadoras na hipótese de denúncia vazia, na forma do artigo 24, III, da Lei Renato Ferrari tendo como paradigma a participação nacional da marca e não os últimos resultados da operação;

XV – A indenização por rescisão unilateral imotivada de contrato de concessão por prazo indeterminado deve contemplar aferição da “duração razoável”, perseguindo-se a reparação total, especialmente os capitais investidos em benfeitorias e sinais de identificação da marca, danos morais e lucros cessantes.

Destaca-se como primordial, para fins de afastar as assimetrias do mercado automotivo, a adoção do varejo misto (instalações físicas e plataforma *on line – clicks and bricks*); modelo que traria sinergia da produção fabril à efetiva aceitação mercadológica dos produtos e serviços.

Nesta sistemática, os distribuidores seriam obrigados a manter veículos *test drives* em quantidade proporcional à respectiva passagem de loja.

O faturamento de veículos novos, contudo, não mais poderia ser feito por deliberação injustificada das montadoras, limitando-se aos pedidos dos consumidores ou solicitação dos distribuidores.

O endosso deste mecanismo à experiência brasileira dos contratos de concessão tornaria a operação subjacente menos sujeita a instrumento de pressão das montadoras.

Esmiuçadas as assimetrias do vínculo jurídico firmado entre o grupo empresarial das montadoras e concessionários, espera-se que a intervenção estatal aplicável ao

contrato de concessão automotiva assimile as pontuais modernizações ora propostas, visando assegurar a promoção de externalidades positivas: geração de riquezas ao Brasil, parceria profícua e duradoura entre grupos de montadoras e concessionários, sem prejuízo de melhor atendimento ao público consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, Maria Luísa. *A teoria dos Jogos e os Oligopólios*. 2004. <<http://www.each.usp.br/rvicente/TeoriaDosJogos.pdf>>. p. 104) Acessado em 23/01/2017.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.
- ALVIM NETTO, J. M. A. *Cláusulas abusivas e seu controle no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais *on line*. Revista de Direito do Consumidor. v. 20. out. 1996.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Teoria Geral. Vol. 03. relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina; entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.9, n.º 34, abr./jun. 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*: tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão: São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- BESSONE, Darcy. *Do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Direitos das Obrigações*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003.
- _____. *A influencia dos direitos fundamentais para o direito privado na Alemanha*. In: Sarlet, Ingo, Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. v. 1. 14. ed.. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. *Curso de Direito Civil*. v. 3. 5ª ed. Contratos. São Paulo: Saraiva. 2012.

COSTA, Judith Martins. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. v. 1. n. 1. maio 2005.

DE CICCIO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora. 1961.

DESCARTES, Rene. *Meditações Metafísicas*. <https://docs.google.com/file/d/0B8GIZ-fiFkhdMDc4N2E5ZDMtM2FkMS00NDRkLThiMjYtNzExMzVjYjc0MTFm/edit?hl=en_US>. Acessado em 24/04/2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. 3º v. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el Contrato*. Lima: Grijley, 2004.

FIÚZA, César. *Novo Direito Civil*. Belo Horizonte. Del Rey. 2003.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato – Os Novos Princípios*

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos &C.a – Editores, 1963.

KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire*. 1926. <<https://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>> Acessado em 27/06/2017.

LEAL, Fernando. *Seis objeções ao Direito Civil Constitucional*. in *Direito Privado em Perspectiva*. São Paulo: Malheiros, 2016.

LORENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Albolote (Granada): Comares, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires. Rubinzal – Culzoni: 2004.

LOTUFO, Renan *Curso Avançado de Direito Civil*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINIUSSE, Philip. *M&A: Protecting the Purchaser*. editora Kluwer Law International, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro. Renovar: 2009.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2007.

MOACYR PORTO, Mário. *O ocaso da culpa como fundamento da responsabilidade civil*. Revista da Ajuris. n.º 39. Março/1987. p. 199-205.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. *As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano*. In. NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NASH, Jonh. *Non Cooperative Games*. p. 26. <http://rbsc.princeton.edu/sites/default/files/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf> acessado em 20/01/2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JURNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, tomo I. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVER WENDELL HOLMES, Jr. *The path of the law*. <<http://www.gutenberg.org/ebooks/2373>> Acessado em 20/04/2017.

PAPA, Valdner. RIQUENA, Carlos Alberto. *Gestão de concessionária de veículos*. 1ª edição. São Paulo: Alaúde. 2011.

PELUSO, Cesar. *Código Civil Comentado*. 1ª ed. Barueri: Manole. 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com Encargo e Causa Contratual*. Campinas, SP: Millennium. 2004.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual – Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Luiz José. *Concorrência e Lucro no Mercado Automotivo*. Salvador: UFB, 2012.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição concretizada: constituindo pontes como o público e o privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

POSNER, Richard. *Theories of economic regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2. (Autumn, 1974), pp.335-358. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.588.4193&rep=rep1&type=pdf> *Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Estrutura Normativa da Lei n.º 6.729 sobre Concessões Comerciais entre Produtores e Distribuidores de Veículos Automotivos Terrestres*. v. 91: Revista USP. 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 3. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – fontes das obrigações: contratos*. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Teoria Geral dos contratos e contratos em espécie*. 9ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices; controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

THOMAS HOBBS de Malmesbury. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. cap. XXI.
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf
Acessado em 11/05/2017

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Werner, J. G. V. *Adesão, Abusividade e Vulnerabilidade: Uma Vinculação Necessária. In Direito Privado em Perspectiva*. LEAL, Fernando. (Coordenador) São Paulo: Malheiros, 2016.

ZYLBERSTAJN, Décio. *Direito e Economia*. Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXO 1

CARTA DE INTENÇÃO

São Paulo, _____ de Abril de _____

Carta de Intenção à Concessão Comercial para Distribuição de Produtos

_____ e _____, doravante quando referidos em conjunto como "**Partes**" e, individual e indistintamente, como "**Parte**".

Considerando que:

- (a) As Partes têm a intenção de estabelecer medidas a serem adotadas, requisitos a serem cumpridos e investimentos a serem realizados pela _____, para que esta possa integrar a rede de concessionários autorizados _____, podendo passar a vender veículos de tal(is) marca(s), bem como prestar serviços de assistência técnica a tais veículos na cidade de _____;
- (b) As Partes resolvem celebrar, após a assinatura desta Carta e antes do início das atividades, Contrato de Concessão Comercial de Veículos _____ ("**Contrato**"); e
- (c) A Carta de Intenção e/ou o Contrato poderão ser rescindidos por justa causa na hipótese de a _____ não cumprir quaisquer das obrigações ora assumidas, nos termos e nos prazos previstos nesta Carta ("**Condição Resolutiva**").

Resolvem estabelecer as seguintes obrigações, bem como determinar as condições e os prazos para seu cumprimento.

1. CARACTERÍSTICAS DA CONCESSÃO

1.1.

Sede:

Área Operacional:

1.2.

Sede:

Área Operacional:

2. ETAPAS PRELIMINARES A SEREM CUMPRIDAS

Antes da assinatura do Contrato de Concessão, a concessionária deverá:

- i. Apresentar a prova de compra ou de locação do terreno em até **30 (trinta)** dias da assinatura da Carta de Intenção ou dentro do período aprovado pela Prefeitura por escrito, incluindo a descrição detalhada do terreno, com a sua locação, área útil, topografia ou plano altimétrico ou levantamento de edificação existente, etc.
- ii. Obter aprovação escrita da Prefeitura para o anteprojeto arquitetônico final das instalações da concessionária, após a assinatura da Carta de Intenção.
 - a. O conceito, o layout funcional e o anteprojeto arquitetônico deverão ser aprovados pela Prefeitura.
 - b. Quaisquer mudanças no design, layout ou anteprojeto arquitetônico das instalações deverão ser aprovados por escrito pela Prefeitura.
 - c. Eventuais autorizações locais (prefeitura) para a instalação da concessionária deverão ser apresentadas com o projeto de design das instalações – anteprojeto arquitetônico.
- iii. As obras nas instalações deverão ter início até o mês de _____ (“Início das Obras”). O local das instalações deverá ser na cidade de _____.
- iv. Concorde com e assinare o Cronograma com informações precisas sobre os prazos do projeto e da preparação das instalações (ex.: fundação, cobertura, identidade corporativa, mobiliários, etc.).
- v. Possuir estrutura e equipamentos necessários para o bom atendimento no pós-venda, incluindo, mas não se limitando a ferramentas universais, ferramentas especiais mandatórias, equipamento de diagnóstico (SDD), elevadores de veículos e outros equipamentos essenciais à operação.
- vi. Investir os recursos necessários para as operações (“Investimento Operacional”).
- vii. Completar a construção e layout das instalações até o mês de _____ (“Finalização das Obras”), de acordo com os requisitos da Prefeitura.
- viii. Possuir os recursos financeiros mínimos requeridos para a operacionalização da Concessão Comercial, de forma a atender as necessidades do negócio (Capital de giro e em linha de crédito). A não obtenção de Capital de Giro e/ou linha de crédito poderá acarretar na rescisão/não celebração do Contrato de Concessão, por justa causa pela Prefeitura sem ônus, conforme Cláusula 9.
- ix. Contratar uma equipe de gerência e staff qualificados, de acordo com os padrões aprovados por escrito pela Prefeitura. A estrutura mínima necessária exigida para o início das operações será apresentada e ajustada quando da discussão do Plano Anual do Concessionário.
- x. Entregar a documentação exigida pela Prefeitura (certidões, contratos, inscrições – PF e PJ), conforme checklist de abertura de novos concessionários fornecida pela montadora, no máximo 4 meses antes do início das atividades do Concessionário.

3. CRONOGRAMA

A data de abertura das instalações do Concessionário deverá acontecer até o mês de [] de [] ("Data de Abertura"). A [] deverá estabelecer áreas de showroom, serviços, peças e pátio/estacionamento nas instalações de acordo com os padrões para Concessionários [] e com a Auditoria de Cumprimento de Padrões Pré-Abertura [].

A [] irá inspecionar as instalações e se reserva o direito de monitorar os trabalhos de arquitetos/gerentes de obra no local.

4. COMPROMISSO ANUAL DE FORNECIMENTO DE VEÍCULOS

O objetivo de venda de veículos do concessionário é baseado em um Plano Estratégico, o qual é desenvolvido em consenso com a montadora, visando seu crescimento e rentabilidade. Levam-se em consideração para tal, fatores internos e externos que tenham influência sobre o mercado e o consequente desempenho de vendas.

Uma vez acordados os volumes de vendas para o ano seguinte, deverá ser assinado o "Plano Anual de Comercialização e Compromisso", bem como compromissos de outra ordem que sejam relevantes para o bom desempenho do concessionário.

O volume será reajustado conforme demanda de mercado.

5. TREINAMENTO

Ao tornar-se um Concessionário, deverá a [] participar do programa permanente de treinamento da [] em caráter obrigatório, programa este que tem por objetivo o contínuo desenvolvimento de seu pessoal, atualização técnica e profissional.

6. TROCA DE INFORMAÇÕES VIA SISTEMA

A integração do futuro Concessionário ao Sistema de Informação [] será obrigatória e automatizada. O Concessionário mandatoriamente deve implantar o sistema de gestão indicado pela montadora, desde o início de suas operações.

7. INÍCIO DAS ATIVIDADES

O início das atividades se dará mediante a assinatura do Contrato de Concessão, prevista para até 1 mês antes do início das mesmas. Fica estabelecido o prazo até o mês de [] de [] para o início das atividades do Concessionário nas novas instalações, no endereço [] na cidade de [].

8. CONFIDENCIALIDADE

As Partes concordam em manter confidencial a existência e o conteúdo desta Carta de Intenção, as discussões relacionadas à Carta de Intenção, bem como outras informações relevantes em relação à proposta de cooperação das Partes. Estas informações só poderão ser divulgadas a terceiros em casos de necessidade para o cumprimento das obrigações das Partes estipuladas nesta Carta de Intenção ou em caso de exigência legal ou, ainda, mediante ordem judicial ou requerimento de órgão governamental. No caso da divulgação das informações, a parte recipiente deverá manter as informações confidenciais e seguir estritamente as disposições desta cláusula.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos do desta Carta de Intenção e do Contrato, caso qualquer das obrigações assumidas não seja integralmente cumprida pela [redacted] nos termos e, conforme aplicável, observando-se os prazos acima previstos, a [redacted] poderá rescindir o Contrato por justa causa, tornando assim a [redacted] livre para contratar outra empresa para atuar no Território na qualidade de concessionário reconhecendo a [redacted] desde já, que nada lhe será devido pela [redacted] a qualquer título.

Esta Carta de Intenção não vincula as Partes, com exceção da Cláusula 8, acima. Para o esclarecimento de dúvidas, o objetivo desta Carta de Intenção é estabelecer a capacidade da [redacted] para ser um concessionário [redacted] e a vinculação se dará com a assinatura do Contrato de Concessão que, por sua vez, requer o cumprimento de todos os requisitos descritos nesta Carta de Intenção.

Sem mais, as Partes assinam a presente Carta de Intenção por seus representantes legais, conforme abaixo.

De acordo:

ANEXO 2

CARTA DE PRÉ-NOMEAÇÃO

São Paulo, de setembro de

A/C:

Ref.: Resposta Carta Intenção -

Prezada

por seus representantes legais, confirma pela presente o recebimento da correspondência datada de de de por meio da qual demonstra a sua intenção de abrir uma concessionária na cidade de demonstrando assim sua confiança na marca

Para que o possa constituir a concessionária na cidade de é necessário que sejam observadas e cumpridas cumulativamente as seguintes condições:

EVENTO	DATA LIMITE
O deverá entregar toda documentação financeira e jurídica para análise. As etapas abaixo só terão validade se o for aprovado jurídica e economicamente pela	
O irá apresentar a opção definitiva do terreno a ser instalado a concessionária.	
O deverá entregar para a uma cópia do Projeto Arquitetônico para que seja previamente aprovado por escrito pela e pela Prefeitura de	
O deverá entregar para a uma cópia do Cronograma de Obras, para que seja previamente aprovado por escrito pela	
Emissão do Alvará de Construção/Reforma pela prefeitura de e início das obras*	
Abertura de uma nova empresa pelo GRUPO para que seja detentora da concessão da marca	
Assinatura do Contrato de Concessão	
Apresentação da Inscrição Estadual do novo ponto	
O deverá apresentar uma cópia da Nota Fiscal de compra do mobiliário padrão	
O deverá adquirir da os Lotes Iniciais de Veículos	
O deverá adquirir da os Lotes Iniciais de Ferramental Específico e Peças.	
Fim das obras estéticas e comunicação visual	

Emissão de alvarás de bombeiros, meio ambiente e de funcionamento	
O _____ deverá iniciar regularmente as atividades na filial de _____	

Aguardamos o seu "de acordo" nas condições propostas, lembrando que o não cumprimento das condições e/ou o não cumprimento dos prazos pelo _____ desde que não autorizado pela _____ acarretará automaticamente na perda da prerrogativa de abrir uma concessionária na cidade de _____.

Sem mais para o momento, ficamos à inteira disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

DE ACORDO:

 Por _____
 Cargo _____

ANEXO 3

CONTRATO COLIGADO DE FLOOR PLAN

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO PARA FINANCIAMENTO DE AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS	N.º
---	-----

TERMO DE RE-RATIFICAÇÃO

Pelo presente instrumento particular, BANCO, com sede na _____, sob n. _____, neste ato representado por seus procuradores abaixo assinados, doravante designado simplesmente _____, neste ato devidamente representado por seu(s) representante(s) legal(is) abaixo assinado(s), doravante denominado simplesmente "Cliente" e ainda _____, com sede na _____, no Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF sob o n. _____, têm entre si, justo e contratado, alterar o **CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO PARA FINANCIAMENTO DE AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS** firmado em _____ doravante simplesmente referido como "Contrato", nos termos e condições a seguir.

As partes resolvem, de comum acordo, e atendendo a interesses recíprocos:

- Alterar o Limite de Crédito estabelecido nos termos do Contrato.**
 - Desta forma, e a partir da data de assinatura do presente Termo de re-ratificação, o valor do Limite de Crédito aberto ao Cliente passa a ser de R\$ _____ (_____ MILHÕES DE REAIS).
- O Cliente emite e entrega ao _____ uma nova Nota Promissória e uma nova Cédula de Crédito Bancário, ambas a favor do _____ com vencimento à vista e no valor do limite de crédito vigente a partir desta data, devidamente assinadas pelo(s) Avalista(s), tudo na forma do Contrato. O _____ por sua vez, cancela e devolve ao Cliente a Nota Promissória e a Cédula de Crédito Bancário até então em seu poder, representativas do limite de crédito vigente anteriormente à celebração do presente Termo de re-ratificação.
- Permanecem em pleno vigor e neste ato são expressamente ratificadas pelas partes todas as disposições do Contrato que não colidam ou conflitem com as alterações aqui acordadas.
- O Cliente arcará com os custos e despesas necessários à formalização e/ou registro do presente Termo de re-ratificação.
- O CLIENTE EXPRESSAMENTE RATIFICA A AUTORIZAÇÃO** do compartilhamento de todos e quaisquer dados financeiros relativos ao presente contrato, os quais estejam sob a posse e/ou gerenciamento do/pelo _____ com a ANUENTE, nos termos de todas as Legislações brasileiras aplicáveis (principalmente a teor da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001), a qual se compromete a manter total e irrestrito sigilo sob as referidas informações que estiverem sob sua guarda e domínio. A presente autorização tem prazo de validade indeterminado e permanecerá enquanto este contrato, seus aditamentos e anexos permanecerem ativos e em vigor.

São Paulo, _____ de agosto de _____	
<p>Credor</p> <p>Nome: _____ CPF: _____ RG: _____ Cliente</p>	<p>Credor</p> <p>Nome: _____ CPF: _____ RG: _____ Cliente</p>
<p>Nome: _____ C.P.F.: _____ R.G.: _____ Anuente</p>	<p>Nome: _____ C.P.F.: _____ R.G.: _____ Anuente</p>
<p>Nome: _____ C.P.F.: _____ R.G.: _____</p>	<p>Nome: _____ C.P.F.: _____ R.G.: _____</p>

ANEXO 4

CONTRATO DE CONCESSÃO AUTOMOTIVA

CONTRATO DE CONCESSÃO

DE VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

DA MARCA _____

entre

e



PARTES:

_____, empresa com sede na Cidade de _____, neste ato representada por seus representantes legais infra-assinados, de acordo com seu Contrato Social, doravante designadas simplesmente CONCEDENTE; e a

_____, empresa com sede na _____, neste ato representada por seus representantes legais infra-assinados, de acordo com o seu Contrato Social;

doravante designada simplesmente CONCESSIONÁRIA.

CONSIDERANDOS

Considerando que:

- I. A CONCEDENTE é, por força de contrato vigente, titulares dos direitos de comercialização, em todo território nacional, de veículos de passeio e veículos de carga leve da marca _____ doravante referidos como "os veículos", sendo que tais direitos se estendem, também, às peças de reposição, acessórios e componentes originais ou homologados da marca _____ doravante designados simplesmente por "peças e acessórios" destinados aos veículos;
- II. O atendimento de potenciais compradores de veículos, peças e acessórios, bem como a prestação de serviços de assistência técnica a tais produtos, doravante designado simplesmente "serviços", demanda a presença física de Concessionárias, em diversas localizações geograficamente dispersas pelo território nacional;
- III. A estruturação de tal rede de Concessionárias decorre da necessidade de atendimento de potenciais compradores de veículos, peças, acessórios e serviços;
- IV. O presente contrato é celebrado tendo-se a presente fabricação de veículos no Brasil, além da possibilidade legal, hoje existente, de serem tais produtos importados;
- V. Sem prejuízo de sua independência jurídica, econômica e de gestão, a CONCESSIONÁRIA, sabedora das eventuais limitações de fornecimento



decorrentes de alterações da legislação de importações, ao país, deseja integrar-se ao quadro de Concessionárias da CONCEDENTE para, com recursos e capitais próprios, adquirir e revender veículos, peças e acessórios da CONCEDENTE e prestar serviços;

VI. A CONCEDENTE não oferece à CONCESSIONÁRIA qualquer garantia ou mesmo expectativa de retorno do seu investimento, bem como de geração de lucros;

VII. A CONCESSIONÁRIA, por não ter efetuado pagamento de qualquer espécie para a obtenção dos direitos inerentes a este instrumento, reconhece que nenhum direito de propriedade ou quaisquer interesses, diretos ou indiretos, da CONCEDENTE são alienados, cedidos ou transferidos à CONCESSIONÁRIA, por intermédio deste contrato.

VIII. O presente ajuste é celebrado *intuitu personae*, tendo presente o fato da pessoa física: 1).

... os quais figuram na qualidade de ADMINISTRADORES da CONCESSIONÁRIA;

as PARTES resolvem celebrar o presente contrato, por prazo determinado, mediante as cláusulas e condições seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA - PREMISSAS

1.1 - As premissas enunciadas nos "considerandos", acima, integram o presente contrato e obrigam as PARTES, sendo determinantes desta decisão de se engajarem em um negócio jurídico.

CLÁUSULA SEGUNDA - OBJETO

2.1 - A CONCEDENTE concede à CONCESSIONÁRIA o direito de revender os veículos, peças e acessórios e de prestar os serviços, com as obrigações daí decorrentes, exclusivamente na Área de Concessão, como se delimitará na cláusula 4, adiante.



2.2 - Os modelos dos veículos que poderão ser vendidos pela CONCESSIONÁRIA, são aqueles comercializados no país, especificados no anexo 2 do presente, que poderá ser renovado e/ou modificado para haver inclusões e/ou exclusões.

2.3 - Todos os negócios e serviços resultantes deste contrato, serão realizados pela CONCESSIONÁRIA, em seu próprio nome, por sua conta e sob sua exclusiva responsabilidade, não conferindo qualquer direito, poder de representação, ou de agência, da CONCEDENTE, do Fabricante ou do Importador dos veículos, peças e acessórios.

2.4 - Em nenhuma hipótese a CONCEDENTE será responsável, solidária ou subsidiariamente, por encargos imputáveis ou contraídos pela CONCESSIONÁRIA, a qualquer título, inclusive quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários ou tributários, obrigando-se a CONCESSIONÁRIA a manter a CONCEDENTE indene e livres de tais encargos ou responsabilidades.

CLÁUSULA TERCEIRA - AQUISIÇÕES e FORNECIMENTOS

3.1 - As aquisições de veículos, peças e acessórios, pela CONCESSIONÁRIA, obedecerão aos seguintes critérios:

3.1.1 - A CONCESSIONÁRIA se obriga a adquirir os veículos, peças e acessórios direta e exclusivamente da CONCEDENTE, ou de quem estas vierem a indicar, por escrito, obedecidas as disposições deste instrumento.

3.1.2 - As políticas de fornecimento de veículos, peças e acessórios e da prestação de serviços, bem como a sua remuneração mínima e concorrencial, serão divulgadas pela CONCEDENTE, às suas Concessionárias, sendo certo que tais divulgações se incorporarão aos direitos e obrigações das PARTES, como se neste instrumento estivessem transcritas.

3.1.2.1 - A CONCEDENTE procederá a fixação do preço de venda dos veículos à Rede, conforme especificado no anexo 1.

3.1.2.2 - A CONCEDENTE poderá, também, sugerir, às suas Concessionárias, os preços de venda ao público.

3.1.3 - Até o dia 5 (cinco) de dezembro de cada ano, a CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA estabelecerão um "plano anual de vendas de veículos", objeto do anexo 2, e um "plano anual de vendas de peças, acessórios e serviços", objeto do anexo 3.

3.1.4 - A aquisição de veículos, peças e acessórios será feita pela CONCESSIONÁRIA, de acordo com pedidos mensais, aos preços da



CONCEDENTE, que poderão ser revistos, sem prévio aviso à CONCESSIONÁRIA, desde que mantida a igualdade de tratamento em relação às demais Concessionárias instalados no território nacional, observada a variação do valor do frete, seguro e outros encargos variáveis.

3.1.4.1 - Os pedidos deverão ser formulados segundo o disposto no anexo 4, que poderá ser revisto anualmente.

3.1.5 - Os pedidos da CONCESSIONÁRIA, no que se refere à quantidade e época, estarão em conformidade com os planos periódicos de vendas, antes referidos. À CONCEDENTE caberá a faculdade de confirmar os pedidos, que serão atendidos levando em conta, inclusive, a disponibilidade de veículos, peças e acessórios dos Fabricantes à CONCEDENTE, e os cronogramas de produção, embarque e importação.

3.1.5.1 - Nenhuma indenização ou compensação será devida à CONCESSIONÁRIA, em relação aos pedidos que não venham a ser atendidos pela CONCEDENTE, estando as PARTES de acordo que o atendimento dos pedidos será feito, conforme a capacidade de importação/ produção da CONCEDENTE.

3.1.6 - A CONCEDENTE poderá estabelecer outros mecanismos de fornecimento de veículos, peças e acessórios à CONCESSIONÁRIA, diretamente ou através de terceiros, desde que tais mecanismos não representem encargos adicionais para a CONCESSIONÁRIA.

3.2 - O transporte de veículos, peças e acessórios, quando não for efetuado pela CONCEDENTE, deverá ser, necessariamente, efetuado por transportadora previamente aprovada pela CONCEDENTE, as quais deverão cumprir todas as normas de segurança necessárias ao transporte efetuado, bem como as necessárias à circulação dos seus veículos nas suas instalações.

CLÁUSULA QUARTA - ÁREA DE CONCESSÃO

4.1 - A CONCESSIONÁRIA exercerá as atividades inerentes à sua concessão, dentro da "Área de Concessão", a qual também é denominada por "Área Delimitada", ou seja, aquela que está dentro de um raio de 500 (quinhentos) metros, contados a partir de seu estabelecimento situado na

4.1.1 - O anexo 5, do presente contrato, especifica o projeto do estabelecimento da CONCESSIONÁRIA e/ou a execução das obras e melhorias necessárias a sua implantação ou reforma.



4.2 - A CONCEDENTE poderá, ao seu exclusivo critério, alterar a Área de Concessão da Concessionária, desde que o mercado apresente as condições justificativas, ou se houver necessidade de prover vaga de concessão extinta.

4.3 - A atuação da CONCESSIONÁRIA poderá ser, eventualmente, ampliada para além de sua Área de Concessão, sem exclusividade e em caráter precário, por razões próprias da CONCEDENTE, conforme especificado no anexo 8.

4.3.1 - A permissão para que a CONCESSIONÁRIA, em sua atuação, compartilhe uma região ou um município, implicará em assumir, juntamente com as demais Concessionárias, enquanto durar tal permissão, as obrigações definidas neste contrato para a sua Área de Concessão.

4.4 - A CONCESSIONÁRIA não fará transações com revendedores não autorizados, bem como não prestará serviços fora de sua Área de Concessão, salvo nos casos em que a CONCESSIONÁRIA esteja, por lei, obrigada a fazê-lo.

4.4.1 - À CONCESSIONÁRIA fica vedado, igualmente, proceder a qualquer atividade de prospecção de clientes, vendas ou prestação de serviços ou outra análoga fora de sua Área de Concessão, incluindo-se nesta proibição a apresentação de propostas a terceiros, sob qualquer título, bem como através de quaisquer atividades auxiliares de vendas, tais como, mas não se limitando a, qualquer tipo de publicidade, consórcio, locação, "leasing" e crédito direto ao consumidor.

4.4.2 - Nas vendas efetuadas por intermédio do comércio eletrônico, observar-se-á o disposto no item 4.5 e Anexo 12 ao presente contrato.

4.5 - A CONCEDENTE reserva-se ao direito de vender diretamente:

- a) à União, aos Estados e aos Municípios, inclusive autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mistas;
- b) às representações diplomáticas;
- c) a indústrias congêneres;
- d) a seus empregados, ou a empregados de empresas nas quais tenha participação;
- e) a autoridades públicas;
- f) a frotas;



- g) a instituições de fins filantrópicos e/ou assistenciais ;
- h) a cooperativas, ou reembolsáveis das Forças Armadas;
- i) a organizações internacionais e seus membros;
- j) a jornalistas;
- k) a pessoas físicas, ou jurídicas, "VIP's";

4.5.1 - Em todos os casos de vendas diretas, pela CONCEDENTE, em que a CONCESSIONÁRIA intervenha no recebimento, na preparação e na entrega dos veículos e que não tenha direito à uma comissão, a CONCESSIONÁRIA fará jus a uma remuneração, referente a estas operações, a ser determinada, previamente, pelas PARTES."

CLÁUSULA QUINTA - OBRIGAÇÕES DA CONCEDENTE

5.1 - A CONCEDENTE, em virtude deste Contrato, assumem as seguintes obrigações, perante a CONCESSIONÁRIA:

a) Empenhar seus melhores esforços para assegurar à CONCESSIONÁRIA, o fornecimento:

a-1) de veículos, peças e acessórios, no âmbito dos planos periódicos de vendas, com observância, pela CONCESSIONÁRIA, das regras referentes a pedidos, encomendas e condições de pagamento, mencionadas no presente contrato; e,

a-2) das ferramentas e equipamentos necessários à prestação dos serviços, com observância, pela CONCESSIONÁRIA, das regras referentes aos pedidos, encomendas e condições de pagamento, que serão aplicáveis a estes fornecimentos.

b) Dar cursos de treinamento para as diversas funções técnicas e administrativas, ficando, todavia, ao encargo da CONCESSIONÁRIA e proporcionalmente ao número de participantes, todos os gastos do pessoal que receberá (alunos) e que administrará (orientadores/ /consultores) tais cursos;



c) Fornecer formulários, catálogos e listas de preços, com os custos ao encargo da CONCESSIONÁRIA e, ainda, a carga horária de mão de obra para cada operação "TM" (Tempo de Mão de Obra);

d) Fornecer literatura técnica atualizada, especialmente os manuais de reparação pós-venda, necessária para o desempenho da CONCESSIONÁRIA, assim como, os desenhos para confeccionar os cartazes que deverão ser colocados à frente dos estabelecimentos da CONCESSIONÁRIA, a cargo desta;

e) Dar instruções e informações técnicas em geral, relativas aos produtos, aquisição de equipamentos, ferramentas especiais e de medição e de ferramentas de construção apropriadas;

f) Restituir, à CONCESSIONÁRIA, os gastos incorridos à título de mão de obra e substituição de peças nos veículos que se encontram sob garantia, de acordo com o estabelecido no anexo 6.

5.2 - As PARTES estabelecem, de comum acordo, que a inclusão de novos modelos no Anexo 2, do Contrato de Concessão, que poderá ser periodicamente alterado pelas PARTES, somente poderá ocorrer se a CONCESSIONÁRIA tiver liquidado, até a data da respectiva alteração, toda e qualquer pendência e/ou débitos existentes, relativos à concessão.

CLÁUSULA SEXTA - OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

6.1 - A CONCESSIONÁRIA, em virtude deste Contrato, assume as seguintes obrigações, perante a CONCEDENTE:

I - Fazer constar em todos os seus impressos, ao lado de sua denominação social, a expressão "Concessionária";

II - Cumprir, em relação às suas instalações, as normas da _____ titular da marca informadas pela CONCEDENTE, relativas a localização, superfície, arquitetura, comunicação visual e decoração, apresentando o projeto de suas instalações, ou qualquer modificação, previamente, à CONCEDENTE, para aprovação;

III - A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar, à CONCEDENTE, o projeto do sistema de informática de sua livre escolha e que pretende adotar, descrevendo o "software" e o "hardware" que serão utilizados, reservando-se, à CONCEDENTE, o direito de aprovar o referido sistema.



IV - Utilizar os métodos de identificação e logotipos indicados pela CONCEDENTE, reservando locais e espaços para "displays" e cartazes de especificações técnicas e/ou de natureza promocional. A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar, à CONCEDENTE, um projeto de pré-sinalização da CONCESSIONÁRIA, na sua Área de Concessão, indicando:

- a) a localização física dos cartazes de pré-sinalização;
- b) o tratamento gráfico dos cartazes ("outdoors"), segundo os padrões das CONCEDENTE.

V - Adquirir material de assistência técnica, conforme a orientação da CONCEDENTE;

VI - Equipar, sempre seguindo prévia aprovação da CONCEDENTE, as instalações destinadas à venda, exposição, oficina e depósito de peças de reposição, e as conservar em perfeito estado de funcionamento.

VII - Ter, nas instalações da CONCESSIONÁRIA, um número de postos de trabalho e de espera adequados ao número de veículos da marca _____, já existentes e projetados para a Área de Concessão, para a prestação de serviços de assistência técnica, bem como proporcional às quotas estabelecidas pelas CONCEDENTE, para a CONCESSIONÁRIA, sempre em consonância com as instruções da CONCEDENTE.

VIII - Manter um estoque mínimo de veículos, peças e acessórios, para pronta entrega, de acordo com o estipulado nos anexos 2 e 3, que serão atualizados, periodicamente, pelas PARTES, considerando-se o potencial de vendas e as características de mercado e a não comprar, nem vender, mais peças que as fornecidas diretamente pela CONCEDENTE.

IX - Equipar as oficinas, sempre após a prévia aprovação da CONCEDENTE, com todo o ferramental adequado, bem como manter pessoal devidamente capacitado, de acordo com os padrões de formação e treinamento da CONCEDENTE e em quantidade adequada ao número de veículos da marca _____, existentes na sua Área de Concessão.

X - Seguir a orientação da CONCEDENTE, respeitando as normas de execução de trabalhos, estoque, venda de veículos novos, organização contábil, estoque de peças e acessórios, assistência técnica, propaganda, promoção de vendas e treinamento de pessoal.

XI - Adquirir:



- a) o mínimo de um veículo, de cada modelo para exposição permanente em seu salão de vendas;
- b) um mínimo de veículos de serviço e para empréstimo aos clientes, em caso de concerto e de demonstração, de acordo com o estipulado no anexo 2.

XII - Cumprir com os objetivos periódicos de vendas de veículos, peças, acessórios e serviços, comunicados pela CONCEDENTE e constantes dos "planos periódicos de venda".

XIII - Não nomear sub-revendedores, ou agentes, nem ceder a terceiros, total ou parcialmente, os direitos adquiridos por este Contrato. A abertura de filiais pela CONCESSIONÁRIA, para comercialização de quaisquer produtos fornecidos pela CONCEDENTE, deverá ser previamente aprovada pela CONCEDENTE. Uma vez aprovada a abertura da filial pela CONCEDENTE, a homologação da concessão deverá ser efetuada, necessariamente, mediante Termo de Aditamento e Rerratificação ao presente instrumento.

XIV - Determinar aos seus empregados a frequência obrigatória aos cursos, seminários de instrução e treinamento promovidos pela CONCEDENTE.

XV - Manter atendimento ao público, em todas as suas instalações, em plantão ou horários corridos, compatíveis com as necessidades dos clientes e com os horários praticados pelos concorrentes, na Área de Concessão.

XVI - Respeitar a origem básica dos produtos sendo proibido modificá-los ou contribuir para sua modificação, exceto no que tange a acessórios, tais como rádio, toca-fitas e "CD's", alarmes etc., e, desde que, homologados e aprovados pela CONCEDENTE.

XVII - Proteger as marcas, insígnias, símbolos, expressões de propaganda ou privilégios industriais da Marca utilizando-os somente com a autorização e sob orientação da CONCEDENTE, notificando qualquer destas últimas sobre toda utilização indevida de que tenha conhecimento.

XVIII - Respeitar e cumprir os requisitos e as normas gerais emanadas da CONCEDENTE, dirigidas às Concessionárias de sua rede.

XIX - Incluir, obrigatoriamente, nos contratos que comprometam a CONCESSIONÁRIA com a clientela, as condições gerais de garantia da CONCEDENTE, objeto do anexo 6.



XX - Efetuar a preparação dos veículos antes da entrega ao cliente, segundo as normas comunicadas pela CONCEDENTE.

XXI - Efetuar os serviços de revisão (mão de obra gratuita), segundo normas de Garantia mencionadas no anexo 6.

XXII - Respeitar e cumprir as exigências: **a)** do Código de Defesa do Consumidor, e da legislação posterior; **b)** da Legislação do Meio Ambiente; respondendo por todas as infrações que forem delas originadas.

XXIII - Pagar pontualmente o preço integral dos veículos, até 2 (dois) dias antes de sua saída do centro de entrega da CONCEDENTE, ou do local por ela designado, e das peças e acessórios, na data de sua entrega à CONCESSIONÁRIA, ou, em ambos os casos, nas condições que forem então avençadas, por escrito, pelas PARTES.

XXIV - A CONCESSIONÁRIA se obriga a não participar de venda, direta ou indireta, nem utilizar quaisquer produtos ou mercadorias fabricados por quaisquer terceiros, equivalentes, semelhantes e/ou concorrentes, com os veículos, peças e acessórios da CONCEDENTE, exceto veículos usados de outras marcas, recebidos em razão da venda de veículos novos.

XXV - Correrão por conta da CONCESSIONÁRIA as despesas decorrentes da identificação de seu estabelecimento, bem como todas aquelas referentes aos equipamentos, veículos destinados à assistência técnica, ferramentas e quaisquer outros elementos de suporte para prestação dos serviços de assistência técnica e assemelhados, segundo os padrões da CONCEDENTE.

XXVI - As embalagens especiais de propriedade da CONCEDENTE, deverão ser devolvidas, pela CONCESSIONÁRIA, de acordo com as instruções da CONCEDENTE.

XXVII - A CONCESSIONÁRIA se obriga a manter um capital de giro suficiente à otimização de suas operações e, sempre que necessário, proceder a adequação de seu capital social às necessidades operacionais da empresa. Para tal fim, deverá considerar:

- a) as necessidades de caixa, ou de financiamento, para atingir o objetivo periódico de compra, previsto nos anexos 2 e 3 do contrato;
- b) as necessidades de recursos financeiros, para a aquisição das ferramentas e equipamentos, destinados a manter atualizada a oficina;



- c) as necessidades de capital para a aquisição de peças e acessórios, destinados à comercialização e à prestação de assistência técnica, em veículos.
- d) a adequação do respectivo volume de vendas à sua capacidade financeira e comercial, ficando claro, porém, que essa equivalência nunca poderá ser inferior ao padrão de capital social mínimo estipulado pelas PARTES, correspondente ao valor obtido pela multiplicação de R\$ _____ (_____), pelo volume anual de "veículos novos" previstos no anexo 2, valor este que será corrigido, anualmente, pelo índice de variação do IGP-M, tomando-se "veículos novos" como mero fator de capacitação financeira da CONCESSIONÁRIA.
- e) as necessidades de recursos financeiros para a aquisição de veículos semi novos, recebidos como parte de pagamento nas vendas de veículos "zero quilômetro".

CLÁUSULA SÉTIMA - EXCLUSIVIDADE

7.1 - A CONCESSIONÁRIA se obriga a não participar, direta ou indiretamente, de qualquer atividade que possa implicar na promoção ou comércio de produtos similares, ou concorrentes aos produtos da marca _____, nem permitirá que seus empregados ou gerentes participem, direta ou indiretamente, de qualquer atividade que possa implicar na promoção ou comércio de produtos similares, ou concorrentes dos produtos da marca _____, no estabelecimento da concessão da _____.

7.2 - Qualquer exceção ao disposto no item 7.1 acima deverá ser prévia e expressamente pactuada pelas PARTES.

CLÁUSULA OITAVA - GARANTIAS e ASSISTÊNCIA TÉCNICA

8.1 - A assistência técnica compreende, entre outros, a prestação de serviços de garantia e a realização das revisões periódicas recomendadas pela _____ através da CONCEDENTE, e a prestação dos serviços contratados, diretamente, pelo comprador ou proprietário do veículo.

8.2 - Inclui-se na garantia a assistência técnica, consistente em:

- a) serviços decorrentes de defeito de projeto, material, fabricação ou montagem;



- b) serviços de revisão prévia à entrega do veículo ao comprador, ou proprietário do veículo, os quais serão efetuados pela CONCESSIONÁRIA, às suas expensas, e serão oferecidos gratuitamente;
- c) quando for o caso, os serviços de revisão gratuita do veículo prestados ao comprador, ou proprietário do veículo, serão efetuados pela CONCESSIONÁRIA que for procurada pelo cliente, às expensas da CONCESSIONÁRIA vendedora; e,
- d) outros serviços que a CONCEDENTE assegurarem ou promoverem ao comprador, ou proprietário do veículo, qualquer que seja a designação que lhes der.

8.3 - A CONCESSIONÁRIA prestará serviços sob garantia a todos os clientes que o solicitarem, gratuitamente, ainda que tenham adquirido o veículo de outra CONCESSIONÁRIA, exceto nos casos expressamente excluídos no item 8.4 abaixo.

8.4 - A assistência técnica quando for prestada pela CONCESSIONÁRIA dentro do período de vigência da garantia, conforme as condições e normas estipuladas no anexo 6, será paga pela CONCEDENTE, exceto nos casos previstos no item 8.2, alíneas "b" e "c", que serão reembolsados pela CONCESSIONÁRIA VENDEDORA. Tais pagamentos compreenderão:

- a) Mão de obra utilizada de acordo com a carga horária, para cada operação (TM), como definida pela CONCEDENTE, para todas as Concessionárias, cujo valor horário está determinado, para o primeiro ano, no anexo 6.
- b) Custo de reposição de peças defeituosas, ao preço líquido de venda, às Concessionárias.

8.5 - Ao término do período de garantia, toda assistência técnica será prestada, segundo o critério de cobrança por operação (TM), de acordo com os preços de mão de obra definidos pela CONCESSIONÁRIA, sendo certo que, tais preços, não deverão exceder a média dos preços cobrados no mercado, por Concessionárias de outras marcas e para serviços semelhantes, e, no que se refere às peças e acessórios, de acordo com os preços aos clientes, sugeridos pela CONCEDENTE.

8.6 - A assistência técnica aos veículos importados em desacordo com as especificações previstas para o território brasileiro, deverá ser objeto de consulta prévia à CONCEDENTE, ou seja, antes da prestação de qualquer serviço pela CONCESSIONÁRIA.



8.7 - No caso da CONCEDENTE determinar uma operação técnica especial (OTS) de chamada de veículos, em razão de defeito de fabricação, a CONCESSIONÁRIA executará os serviços necessários, segundo as instruções da CONCEDENTE, em caráter de urgência, de acordo com as prioridades requeridas pela CONCEDENTE. Os custos incorridos, em tais casos, serão reembolsados pela CONCEDENTE, conforme as regras recomendadas a este respeito, no anexo 6.

8.8 - A CONCESSIONÁRIA se obriga a utilizar apenas peças, componentes e acessórios originais, ou homologados, da marca _____

8.9 - A CONCESSIONÁRIA se obriga a garantir os serviços por ela executados, nos termos da legislação em vigor, quer tenham estes serviços sido pagos pelo consumidor final como assistência técnica, quer tenham sido fornecidos gratuitamente a título de garantia, segundo as normas estabelecidas pela NISSAN, de forma a bem preservar a marca que representa.

CLÁUSULA NONA - DO USO DA MARCA

9.1 - Durante a vigência do presente contrato é facultado à CONCESSIONÁRIA o uso, à título precário, da marca _____ inclusive para os serviços, expressões e sinais de propaganda, ou qualquer outro elemento de identificação dos veículos, peças ou acessórios, sempre que relacionados à consecução do objeto deste contrato e, desde que, observadas, estritamente, as orientações da CONCEDENTE à respeito.

9.2 - É vedado à CONCESSIONÁRIA fazer qualquer combinação, ou modificação, inclusive incorporação, total ou parcial, à sua denominação ou razão social, da marca _____, ou outras que possa utilizar, ou, ainda, de sinais de identificação que se constituem em propriedade exclusiva de seus titulares, nos termos da legislação em vigor.

9.3 - É obrigação da CONCESSIONÁRIA efetivar a identificação de seu(s) estabelecimento(s), segundo plano aprovado pela CONCEDENTE, sendo certo que tal obrigação se estende também às demais formas de divulgação, tais como, mas não limitadas, a: papéis, envelopes, "displays", placas, etc.

9.4 - A CONCESSIONÁRIA se obriga a notificar, prontamente, a CONCEDENTE, ao tomar conhecimento da existência de qualquer infração ao uso das marcas _____, fornecendo à CONCEDENTE todas as informações e dados disponíveis, para auxiliá-la na propositura das medidas judiciais cabíveis contra o infrator. Ficará, contudo, ao exclusivo critério da CONCEDENTE, a decisão de agir.



9.5 - Cessado o presente contrato, por qualquer razão, obriga-se a CONCESSIONÁRIA a, imediatamente, cessar qualquer utilização das marcas que lhes tenham sido autorizadas, sendo certo que a continuidade de uso, a qualquer título, constitui violação indenizável, sem prejuízo da apuração das demais responsabilidades previstas na legislação própria.

CLÁUSULA DÉCIMA - PROPAGANDA e PROMOÇÃO

10.1 - A CONCESSIONÁRIA se obriga a observar todas as recomendações da CONCEDENTE, relacionadas a propaganda e promoção, respeitando não só as características formais das marcas que utilizar, como também, os princípios de preservação ético-comerciais da imagem destas marcas.

10.2 - A CONCESSIONÁRIA promoverá a venda dos produtos, através de meios de divulgação e publicidade compatíveis com o volume de seus negócios, segundo os padrões e normas observadas pela CONCEDENTE, destinando uma verba para as ações publicitárias individuais, e, também, para as coletivas.

10.3 - A CONCESSIONÁRIA concorda em destinar, para as ações publicitárias individuais, uma verba correspondente a, no mínimo, 1,5 % (um e meio por cento) de seu faturamento bruto total, para a publicação de anúncios e propaganda próprios, em mídia impressa, televisiva ou veiculada através de "spots" radiofônicos, cujo valor deverá ser comunicado, anualmente, à CONCEDENTE.

10.4 - Independentemente das ações publicitárias individuais, a CONCESSIONÁRIA:

- a) realizará promoções, às suas expensas, conforme plano previamente aprovado pela CONCEDENTE;
- b) participará, obrigatoriamente, das ações publicitárias de natureza cooperada, cuja gestão será feita pela CONCEDENTE, conforme especificado no item 2), do anexo 9.
- c) participará, obrigatoriamente, das despesas com produção de material de apoio as vendas, consistente:
 - na Operação Portas Abertas; e
 - no lançamento de produtos, incluindo os "displays" fixos, respectivos; conforme especificado no item 3), do anexo 9.

10.5 - As ações publicitárias excepcionais promovidas pela CONCESSIONÁRIA, ou seja, aquelas além das especificadas no orçamento anual, deverão ser previamente submetidas à aprovação da CONCEDENTE.



10.6 - Não é permitido à CONCESSIONÁRIA, sem prévia autorização da CONCEDENTE, participar de exposições, feiras comerciais, concursos, competições esportivas e quaisquer outros eventos ou certames similares.

10.7 - A identificação de CONCESSIONÁRIA em impressos, propaganda e promoção, deverá destacar, em primeiro plano, a sua denominação ou razão social e, como subtítulo, em caracteres menores, a qualificação de Concessionária

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DA DURAÇÃO e DA RESCISÃO DO CONTRATO

11.1 - O presente contrato vigorará pelo prazo de 5 (cinco) anos, a partir da data de sua assinatura.

11.2 - O presente contrato será automaticamente rescindido, de pleno direito, se ocorrer:

- a) violação, pela CONCESSIONÁRIA, de qualquer obrigação referente à proteção, ou aos direitos inerentes à marca ou a qualquer marca, logomarca ou insígnia depositada, requerida ou concedida, ou às suas subsidiárias, filiais ou controladas, no Brasil ou no exterior, sem prejuízo das indenizações e sanções civis e penais cabíveis;
- b) interrupção, pelo fabricante, da exportação e comercialização dos veículos, peças e acessórios, de sua marca, para o Brasil;
- c) alterações legislativas e/ou regulamentares brasileiras ou argentinas, que a inviabilizem a exportação para o Brasil, a preços competitivos, dos veículos, peças e acessórios, se tais alterações persistirem por mais de 90 (noventa) dias;
- d) limitação, por qualquer modo, da livre utilização do estabelecimento da CONCESSIONÁRIA e seus pertences, especificados neste contrato, ou dos meios adequados para o desempenho das suas obrigações, tal como aqui ajustado, se tal limitação persistir por mais de 30 (trinta) dias;
- e) falência, insolvência, concordata ou liquidação, requerida ou decretada contra, ou pela CONCESSIONÁRIA, ou de sociedades das quais participe direta ou indiretamente, como sócia ou administradora;
- f) fusão, cisão, transformação, ou incorporação, da sociedade CONCESSIONÁRIA;



- g) mudança de gerente, diretor, administrador, ou do capital social, passando a sociedade CONCESSIONÁRIA a pertencer a pessoas naturais diversas daquelas que constam do seu contrato social como administradores, na data de assinatura do presente contrato, tal como listadas no anexo 7, sem a prévia anuência da CONCEDENTE;
- h) inexatidão ou deficiência de informações e documentos, prevista na cláusula 12.3, cuja tipicidade se dará mediante simples notificação à CONCESSIONÁRIA, pela CONCEDENTE; sendo que no caso de deficiência, após a notificação, esta deverá ser sanada no prazo de 30 (trinta) dias;
- i) não pagamento, pela CONCESSIONÁRIA, de qualquer quantia devida à CONCEDENTE, nas datas ajustadas. Este inadimplemento constituirá a CONCESSIONÁRIA em mora, de pleno direito, e a CONCEDENTE, mediante simples notificação à CONCESSIONÁRIA, poderão promover a execução de seu crédito;
- j) não cumprimento de qualquer outra obrigação decorrente do presente contrato, ou dos seus Anexos, que, após notificação à parte faltosa, pela outra parte, não tenha sido sanada ou cumprida no prazo de 30 (trinta) dias.

11.3 - Toda e qualquer indenização, eventualmente devida pela CONCEDENTE, à CONCESSIONÁRIA, consistirá, exclusivamente, na obrigação de:

- a) recomprar os veículos, peças e acessórios que tenham sido fornecidos pela CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, novos e em perfeito estado de conservação, inclusive quanto às embalagens, existentes nos estoques da CONCESSIONÁRIA, pelo preço de fornecimento da CONCEDENTE aos seus contratados, na data da rescisão; e
- b) comprar, pelo preço de mercado correspondente ao seu estado, os equipamentos, máquinas e ferramental, específicos e destinados à consecução do objeto do presente contrato, desde que adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, após prévia aprovação da CONCEDENTE;

ficando afastada, expressamente, a hipótese de qualquer indenização por danos emergentes ou lucros cessantes.

11.4- Rescindido o presente contrato, será lançado a débito da CONCESSIONÁRIA, inclusive para efeito de eventual compensação, o valor das revisões gratuitas ainda não realizadas, em veículos vendidos pela CONCESSIONÁRIA.



11.5 - Em qualquer caso de resolução ou término do presente contrato, a CONCESSIONÁRIA se obriga a comunicar à CONCEDENTE, no prazo de 10 (dez) dias da data de recepção da carta de solicitação da CONCEDENTE, a carteira dos clientes dos veículos, peças, acessórios e serviços, existentes na data da resolução ou término do contrato, inclusive aqueles no período de garantia, tudo nos termos da Lei 6.729/79.

11.6 - O encerramento das operações relacionadas à CONCESSÃO, em virtude do término ou rescisão do presente contrato, deverá ocorrer dentro de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data do término, ou da rescisão deste contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - DISPOSIÇÕES GERAIS

12.1 - O presente contrato se rege pelas leis civis e comerciais do Brasil e, em especial, pela Lei 6.729/79.

12.2 - A CONCEDENTE poderão ceder e/ou transferir os direitos e obrigações decorrentes deste contrato, desde que o façam a sociedade que seja coligada ou controlada, por qualquer delas.

12.3 - A CONCESSIONÁRIA deverá:

- a) atender, com razoável presteza, quaisquer solicitação de informações feitas pela CONCEDENTE, em relação à consecução do objeto deste contrato, fornecendo, periodicamente, a documentação pertinente, inclusive financeira, elaborada com base nos princípios contábeis geralmente aceitos;
- b) fornecer, quando solicitado pela CONCEDENTE, evidências do recolhimento tempestivo de tributos e contribuições, e relatórios periódicos sobre vendas, estoques, demonstrações financeiras, certificados, orçamentos, atos societários e outros;
- c) permitir a inspeção dos estabelecimentos, dos registros e dos livros e sistemas de informática, a qualquer tempo, observado os horários normais de funcionamento da CONCESSIONÁRIA.

12.4. Estipulam as partes que, em razão do presente contrato ser firmado *intuitu personae*, deverá ser submetido à apreciação da CONCEDENTE, os nomes das pessoas que pretenderem se tornar sócias da CONCESSIONÁRIA, em razão de modificação de seu quadro social.



12.4.1 - Acordam também as PARTES que, independentemente da necessidade do fornecimento de justificativa, não será admitido na sociedade qualquer sócio que, anteriormente, tenha rejeitada sua proposta de se tornar um concessionário

12.5 - As PARTES reconhecem que, qualquer omissão ou tolerância em relação a condutas que impliquem em infringência às disposições deste contrato, não poderão ser invocadas à título de novação, nem se constituirão em renúncia ao direito de exigir o fiel cumprimento das obrigações pactuadas.

12.6 - Todas as notificações e comunicações serão consideradas como efetuadas, desde que encaminhadas por correspondência dirigida ao endereço, ou ao "fax" das PARTES, mencionados no preâmbulo do presente.

12.7 - Os anexos a seguir discriminados, rubricado pelas partes, fazem parte integrante do presente contrato para todos os fins e efeitos de direito, os quais poderão vir a ser modificados:

- a) ANEXO 1 - Preços;
- b) ANEXO 2 - Lista de Veículos e Plano Anual de Vendas;
- c) ANEXO 3 - Plano Anual de Vendas de peças, acessórios e serviços;
- d) ANEXO 4 - Normas para Pedidos e Fornecimento de veículos, peças e acessórios;
- e) ANEXO 5 - Cronograma de execução e projeto das instalações;
- f) ANEXO 6 - Garantia;
- g) ANEXO 7 - Ficha Cadastral;
- h) ANEXO 8 - Área de Concessão;
- i) ANEXO 9 - Promoção e Publicidade;
- j) ANEXO 10 - Auditoria;
- l) ANEXO 11 - Das Filiais;

12.8 - As PARTES declaram e garantem, mutuamente, que todas as informações, documentos, demonstrativos e cópias remetidas à outra Parte, ou referidas neste instrumento, são verdadeiras, bem como que não há nenhuma informação, ou



documento relevante ou significativo, quanto à capacidade ou idoneidade da CONCESSIONÁRIA, para exercer as atividades de concessionária de veículos, peças, acessórios e serviços da marca _____ que não tenha sido levada ao conhecimento da CONCEDENTE.

12.9 - O presente instrumento compreende todos os entendimentos e ajustes ocorridos até a presente data, revogando, de forma expressa, qualquer estipulação anteriormente pactuada entre as PARTES.

12.10 - As PARTES elegem o Foro Central da Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, para dirimir toda e qualquer dúvida ou controvérsia oriunda do presente contrato, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

E, por se acharem as PARTES justas e contratadas, firmam o presente instrumento, em 3 (três) vias, na presença de 02 (duas) testemunhas.

_____ de

Testemunhas

1. _____
Nome:
RG n.º:
CPF/MF:

2. _____
Nome:
R.G. n.º:
CPF/MF:

