

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

LUIZ EDUARDO VIDIGAL LOPES DA SILVA

CONTRATO TÍPICO DE CONCESSÃO COMERCIAL: SUGESTÃO DE INSERÇÃO DE
CLÁUSULA ESCALONADA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS CONVENÇÕES
DE MARCA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE CONCESSIONÁRIOS: UM
PASSO ADIANTE NAS DISPUTAS DOS DISTRIBUIDORES

SÃO PAULO

2015

LUIZ EDUARDO VIDIGAL LOPES DA SILVA

CONTRATO TÍPICO DE CONCESSÃO COMERCIAL: SUGESTÃO DE INSERÇÃO DE
CLÁUSULA ESCALONADA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS CONVENÇÕES
DE MARCA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE CONCESSIONÁRIOS: UM
PASSO ADIANTE NAS DISPUTAS DOS DISTRIBUIDORES

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado Profissional da FGV Direito SP –
Escola de Direito de São Paulo, como exigência
para obtenção do título de Mestre em Direito,
na área de concentração de Direito dos
Negócios, sob orientação do Professor Doutor
Luciano Godoy.

SÃO PAULO

2015

Lopes da Silva, Luiz Eduardo Vidigal.

Contrato típico de concessão comercial: sugestão de inserção de cláusula escalonada de mediação e arbitragem nas convenções de marca para solução de conflitos entre concessionários: um passo adiante nas disputas dos distribuidores / Luiz Eduardo Vidigal Lopes da Silva - 2015. 82 f.

Orientador: Luciano de Souza Godoy

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Veículos a motor – Brasil - Legislação. 2. Concessões comerciais. 3. Contratos de distribuição. I. Godoy, Luciano de Souza. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.74

Contrato típico de concessão comercial: sugestão de inserção de cláusula escalonada de mediação e arbitragem nas convenções de marca para solução de conflitos entre concessionários: um passo adiante nas disputas dos distribuidores

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da FGV Direito SP – Escola de Direito de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito dos Negócios, sob orientação do Professor Doutor Luciano Godoy.

Data de Aprovação:

____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Professor:

Instituição:

Professor:

Instituição:

Professor:

Instituição:

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa e dissertação do mestrado profissional foi concebido visando a conceituar e avaliar criticamente, a partir da natureza jurídica do contrato típico previsto na Lei nº 6.729/1979 que estabelece a concessão comercial de veículos automotores no Brasil, o regime jurídico das convenções parciais de marca adotadas pelos concedentes e suas respectivas redes de distribuição, notadamente no que diz respeito aos incentivos à atuação dentro das áreas operacionais estabelecidas para os concessionários. Com base nessa análise, buscou-se apresentar alternativas para solução de conflitos em decorrência de atuação dos concessionários fora de suas áreas.

Nessa linha, pretendeu-se, a partir de uma visão contemporânea do contrato, **(i)** reconstruir o marco teórico sobre qual se funda o contrato de concessão comercial no Brasil, registrando uma nota histórica sobre a criação da Lei nº 6.729/1979; **(ii)** avaliar a validade da lei estudada sob o enfoque do regime constitucional vigente; **(iii)** analisar o regime jurídico das convenções de marca previstas na lei e a utilização dessas convenções como mecanismos de incentivo de atuação dos concessionários dentro de suas respectivas áreas operacionais, conceituando-as; **(iv)** sugerir mecanismos de solução de conflitos decorrentes da atuação, pelos concessionários, fora de sua respectiva área operacional, especialmente a cláusula de mediação e arbitragem.

Palavras-chave: Contrato de distribuição. Contratos típicos. Concessão comercial. Lei Ferrari. Área operacional. Área de atuação. Área demarcada. Dirigismo contratual. Convenção de marca. Mediação na concessão comercial. Cláusula escalonada de mediação e arbitragem.

ABSTRACT

This research and essay of the professional Master's Degree was designed for conceptualizing and critically appraising, from the legal nature of the typical agreement of Law 6.729/1979 which provides for commercial concession of automotive vehicles in Brazil, the legal regime of the partial trademark conventions adopted by the grantor and their distribution networks, notably as regards the incentive of operation within the operating areas established for the concessionaires. From such analysis, the focus was on presenting alternatives for settlement of conflicts due to dealers operation out of their areas.

In such point, the aim was, from a contemporary view of the agreement, **(i)** rebuilding the theoretical landmark on which the commercial concession agreement is based in Brazil, registering a historic note on creation of the Law 6.729/79 **(ii)** appraising the validity of the Law studied from the point of view of the effective constitutional regime; **(iii)** analyzing the legal regime of the trademark conventions outlined in Law, and use of such conventions as incentive mechanisms for operation of the concessionaires within their respective operating areas, conceptualizing them; **(iv)** suggesting mechanisms for conflict settlement deriving from the operation, by the concessionaires, out of their respective operating area.

Keywords: Distribution agreement. Typical agreements. Commercial concession. Ferrari Law. Renato Ferrari Law. Operating areas. Performance area. Delimited area. Contractual statism. Trademark convention. Mediation in distribution Agreement. Mediation and arbitration clause.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ELEMENTOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO.....	9
2.1 Perspectiva histórica	9
2.2 A concessão comercial como exemplo do dirigismo contratual no Brasil.....	12
2.1.1 Uma nota sobre a criação da Lei nº 6.729/1979	13
2.3 A validade da Lei nº 6.729/1979 no sistema jurídico vigente no país.....	16
2.4 As características essenciais do contrato de concessão comercial – distinção de outros tipos contratuais afins	19
3 O ESTÍMULO DA ATUAÇÃO NAS ÁREAS OPERACIONAIS POR MEIO DAS CONVENÇÕES DE MARCA	22
3.1 Justificativa da existência da área operacional	27
3.2 Os limites jurídicos para atuação dentro e fora da área operacional	30
3.3 Os incentivos para a atuação na área operacional feitos por meio de convenções de marca	40
4 SUGESTÃO DE INSERÇÃO DE CLÁUSULA ESCALONADA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS CONVENÇÕES DE MARCA QUE TRATAREM DE ÁREA OPERACIONAL	45
4.1 Noções elementares sobre mediação e arbitragem	45
4.2 Adoção de mediação na solução de controvérsias entre concessionários.....	51
4.3 Inclusão da arbitragem como forma de solução de controvérsias, caso seja impossível chegar a um acordo por meio da mediação	53
4.4 Efeitos jurídicos da cláusula escalonada de eleição de mediação e arbitragem	54
4.5 Necessidade de adesão dos concessionários: autonomia da vontade x força de lei das convenções de marca	57
4.6 Sugestão de cláusula escalonada de mediação e arbitragem para convenção de marca sobre área operacional	61
5 CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS	65
ANEXO 1 – EXEMPLO DE CONVENÇÃO DE MARCA QUE DISPONHA SOBRE ÁREA OPERACIONAL	73
ANEXO 2 – MINUTA DE TERMO DE ADESÃO DO CONCESSIONÁRIO À CONVENÇÃO PARCIAL DE MARCA PARA TRATAR DE ÁREAS OPERACIONAIS ..	81

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa e dissertação do mestrado profissional foi concebido para descrever uma realidade jurídica concreta do mercado da concessão comercial de veículos automotores no Brasil e apresentar, a partir de uma avaliação crítica do regime jurídico das convenções parciais de marca adotadas pelo mercado para o incentivo da atuação dos distribuidores dentro de suas áreas operacionais, alternativas para solução de conflitos decorrentes da atuação pelos distribuidores, fora dessas áreas, especialmente a adoção da mediação e a arbitragem.

A escolha do tema está comprometida com o objetivo do mestrado profissional na medida em que busca trazer luzes da academia para questões que, em que pese tradicionais na prática comercial, ainda possuem arestas. Além disso, busca-se contribuir com a prática da atividade da concessão comercial no país, a partir da tentativa de organizar os conceitos jurídicos que compõem esse tipo contratual.

A opção de percorrer os caminhos da definição conceitual do tipo, apesar de consciente da amplitude potencial da discussão, está também no fato de que, como se verá, a “área operacional” é elemento essencial do contrato de concessão, de forma que a validade dessa conclusão só seria possível percorrendo e aprofundando as suas características conceituais.

O tema encontra-se inserido na esfera das relações jurídicas empresariais¹, e sua previsão legal estabelece os contornos da “[...] veste jurídico-formal da operação econômica [...]” (ROPPO, 2009, p. 11) da distribuição de veículos automotores de via terrestre no país.

A opção metodológica, portanto, foi partir da visão contratual contemporânea², que os enxerga para além do simples acordo de vontades, mas, primordialmente, como a exteriorização de uma categoria lógica da operação econômica subjacente e um instrumento de sua formalização jurídica (ROPPO, 2009, p. 15), além de admitir seu amplo papel quanto à alocação de riscos, mecanismos de incentivos de comportamentos e instrumento de cooperação.

O presente texto tratará o contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre no Brasil como uma espécie típica de

¹ Admitindo-se, portanto, a fragmentação da teoria contratual e desta forma admitir que nos contratos empresariais, a boa fé objetiva atua como norma de calibração, estabelecendo regras de conduta aos contratantes.

² O direito contratual contemporâneo reconhece ocorrida certa crise do contrato, que levou inclusive à publicação, entre muitos outros, do conhecido texto de Gilmore, cujo título é “Death of Contracts”. Os questionamentos que a doutrina apresentou quanto às mudanças dos paradigmas da interpretação clássica do contrato e a relativização de princípios como o da neutralidade quanto ao conteúdo; posição antagônica das partes; a abordagem estática e abstrata. Além disso, a admissão de novos princípios interpretativos, notadamente o da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio econômico das partes.

contrato da distribuição, que, como gênero, cuida das situações de organização e escoamento da produção.

Buscou-se, nos limites desse texto, encontrar encaminhamentos jurídicos para o tratamento das áreas operacionais, de forma que se avançasse na percepção de sua importância conceitual e, ao mesmo tempo, se buscasse uma possível forma de solucionar conflitos emergentes da sua definição, que se visou demonstrar existirem a partir de entrevistas com diretores jurídicos de associações representativas de distribuidores de determinadas marcas e de pesquisa no site do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Particularmente com relação à solução dos conflitos, dado o potencial transformador da mediação, propõe-se a adoção desse método nas disputas surgidas entre os distribuidores.

Investiu-se na tese da possibilidade de realizar a implementação do método por meio da inclusão dessa forma de solução de conflitos nas convenções de marca que tratem da área operacional, acrescida da adesão individual do concessionário superando-se eventual alegação de vício de vontade.

Vislumbrou-se também a inclusão de arbitragem para a solução da controvérsia, caso não seja possível chegar-se a um consenso adotando-se a mediação. A arbitragem goza da vantagem de ser sigilosa e técnica, possibilitando a preservação e reconhecimento de práticas comerciais específicas do setor.

Finalmente, apresentou-se uma proposta de cláusula de mediação e arbitragem, acreditando-se, assim, ter atendido o objetivo de apresentar uma proposta de aplicação profissional, prática e imediata.

2 ELEMENTOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Para que se possa discutir a pertinência da adoção de mediação e arbitragem na solução de conflitos entre os concessionários de veículos automotores, importante ter em mente quais são as principais características do tipo contratual e como ele foi conceitualmente introduzido no ordenamento jurídico nacional, uma vez que se relacionam com a solução proposta.

A partir da perspectiva ampla dos elementos e características dos contratos de concessão comercial, poder-se-á melhor compreender a adequação do meio de resolução de conflitos proposto quando ele for analisado.

2.1 Perspectiva histórica

O desafio proposto de analisar os aspectos jurídicos de uma realidade comercial cotidiana é estabelecer um elo lógico e produtivo entre o enfoque conceitual e as questões de natureza prática.

Para que esse objetivo seja alcançado, necessário delimitar previamente algumas discussões e fixar os conceitos e as premissas sobre os quais trabalharemos no desenvolver do presente texto. Não poderíamos fazer isso sem nos socorrer da prática conhecida e adotada nas pesquisas acadêmicas, que é a da classificação dos institutos jurídicos objetos de análise.

A finalidade da classificação dos contratos visa, por um lado, a delimitar logicamente a área de estudo e, por outro, a aproveitar a categorização como “[...] entidade mediadora, não somente no nível lógico-abstrato, mas também normativo [...]” (MARINO, 2006) das relações jurídicas dela advindas³.

A classificação dos contratos conforme categorias utiliza-se de variados critérios a depender da dimensão da análise, como existência ou não de tipo (típicos ou atípicos); modo de sua formação (adesão ou negociados); forma (solene ou não solene); natureza da relação (unilaterais, bilaterais e plurilaterais); polos de interesse envolvidos (pessoal, impessoal, relacional empresarial e não empresarial); tempo de execução (diferida ou imediata, periódico ou continuado); função econômica e social (empresariais e existenciais) ; fluxo financeiro (onerosos ou gratuitos); causa (causal ou abstrato).

³Sobre a longa discussão acerca do desenvolvimento da hermenêutica jurídica e os impactos desse desenvolvimento na visão e classificação dos contratos, sugere-se a leitura do capítulo IV do texto “Aspectos Jurídicos do Contrato da Concessão Automobilística”, produzido por Waldirio Bulgarelli quando do décimo aniversário da Lei nº 6.729/1979.

Apresentando longa explanação sobre o desenvolvimento do estudo da norma e da hermenêutica jurídica e seus efeitos sobre a interpretação e classificação dos contratos, Bulgarelli (1989, p. 51) definiu o contrato de concessão comercial como “empresarial, bilateral, sinalagmático, oneroso, de duração, de colaboração e de adesão⁴”.

Interessante notar que a referida classificação forjada especialmente para o contrato típico da concessão comercial é acolhida, em parte, por Paula Forgioni, que se dedicou a aprofundar na análise dos aspectos jurídicos do contrato de distribuição. Forgioni, ao propor uma definição do contrato de distribuição, o faz buscando modernizar a proposta conceitual apresentada por Champaud⁵ e introduzida no Brasil pelo sempre lembrado artigo de Rubens Requião (1972)⁶, nos seguintes termos:

[...] contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa (FORGIONI, 2008, p. 116).

A definição de Forgioni, pensada sobre a premissa da inexistência de tipo para o contrato de distribuição, é totalmente útil para a classificação do contrato de concessão comercial, feitos os devidos ajustes conceituais. Aliás, sobre esse assunto, a própria autora faz o seguinte parêntese: “Já foi mencionado anteriormente que a atipicidade legal dos contratos de distribuição foi parcialmente quebrada, em 1979, pela promulgação da Lei nº 6.729/1979, conhecida como Lei Ferrari” (FORGIONI, 2008, p. 89).

⁴ A definição do contrato de concessão comercial ser do tipo “de adesão” não é uníssona conforme demonstra Botelho (2008, p.95-106). O concessionário, ainda que não consiga negociar amplamente as cláusulas contratuais – até porque o quadro mínimo está previsto em lei – muitas vezes negocia forma de investimento, local de instalação, tipos de garantias a serem outorgadas e, dessa maneira, não se pode afirmar ausência absoluta de negociação que caracteriza os contratos de adesão. Da mesma forma, o concessionário não é premido de necessidade de contratar a concessão, como alguns autores destacam ser característica daquele tipo de contratação por adesão.

⁵ O professor Champaud, da faculdade de Direito de Rennes, definiu em seu texto *La Concession Commerciale*, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n. 24, p. 471, 1963, o contrato de concessão comercial como “uma convenção pela qual um comerciante, chamado concessionário, coloca sua empresa de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial chamado concedente, para assegurar, exclusivamente, sobre um território determinado, durante um período limitado e sob a fiscalização do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido”.

⁶ Esse artigo foi escrito anos antes da promulgação da Lei Ferrari e contempla análise riquíssima sobre o desenvolvimento conceitual da matéria em grande parte do mundo ocidental naquela ocasião. Rubens Requião propôs, terminologicamente, tratar dessa espécie contratual como “contrato de concessão de venda com exclusividade” ou, simplesmente, “contrato de concessão comercial”. O tratamento da concessão comercial como contrato de concessão de venda exclusiva foi a terminologia adotada na Itália, França e Bélgica, como demonstrou Leaes (1998).

Houve então o legislador brasileiro por tipificar, para a distribuição automotiva, o contrato de distribuição.

É pertinente dizer que o contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores é o único contrato de distribuição típico no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese não ser o único que trate da distribuição que, por ser gênero, refere-se aos contratos que, do ponto de vista da função econômica, preocupam-se com o escoamento da produção, como os de agência e representação comercial, consignação e comissão mercantil e o de franquia.

Em caráter preliminar, vale uma ressalva em relação à opção terminológica. No presente texto, trataremos como sinônimos contratos de distribuição e contratos de concessão comercial ou de venda. Da mesma forma, concedentes ou fornecedores e os distribuidores ou concessionários.

Tal afirmativa representa ainda uma tomada de posição quanto ao não reconhecimento do artigo 710 do Código Civil como tipificador do negócio da concessão comercial⁷. Ali, o código cria norma para as hipóteses de agenciamento, em que (i) o agente age por conta e ordem do agenciado, e (ii) o agente age em nome do agenciado, tendo em sua posse, e não propriedade, a mercadoria a ser transacionada.

Sem prejuízo de outros contratos de distribuição atípicos ou inominados e socialmente típicos (VASCONCELOS, 1995), o fato é que a concessão comercial de veículos prevista na Lei Ferrari⁸⁹ tem seu *status* ou natureza jurídica expressamente reconhecidos e determinados em lei no país.

⁷ O Projeto de Lei nº 1.572/2011, de autoria do deputado Vicente Candido (PT/SP) e que visa a instituir o Novo Código Comercial, traz a previsão de tipificação do contrato de distribuição e da concessão *mercantile atípica*, incluindo-os no capítulo dos contratos de colaboração, conforme previsto no Título II (Contratos Empresariais), Subtítulo 2 (Dos Contratos Empresariais em Espécie), Capítulo II (Contratos de Colaboração).

⁸ A Lei é conhecida por Lei Ferrari, uma vez que o advogado paulista Renato Ferrari foi seu principal defensor.

⁹ Miguel Reale (1996, p. 66) faz a seguinte advertência em seu texto “Estrutura normativa da Lei 6729/79 sobre concessões comerciais entre produtores e distribuidores de veículos automotivos terrestres” – “O certo é que não se compreenderá o real significado e alcance da Lei n. 6.729/79 – a que se deu o nome de ‘Lei Ferrari’ – sem o devido estudo do mencionado Anteprojeto, não somente por sua abrangência, com toda uma parte destinada à garantia dos direitos dos usuários (completamente suprimida) mas pela atenção que, na Hermenêutica Jurídica, deve ser dispensada aos precedentes históricos”.

Referida norma definiu quem será considerado produtor¹⁰ ou concedente¹¹ e quem será considerado distribuidor¹² ou concessionário, estabelecendo direitos das partes e condições mínimas para os contratos dessa natureza.

Trata-se, portanto, de exemplo clássico de hipótese de dirigismo contratual.

2.2 A concessão comercial como exemplo do dirigismo contratual no Brasil

A tipificação da concessão comercial trata-se de uma notável experiência de *dirigismo contratual* que, nas palavras de Reale (1996, p. 68),

[...] assinala uma das grandes conquistas da chamada *socialização ou humanização do Direito*, tendo como razão de ser o propósito de estabelecer prévias e obrigatórias bases equitativas ou de equilíbrio econômico entre as prestações recíprocas concluídas entre contratantes que, em virtude de múltiplas conjunturas, seriam obrigados a aceitar cláusulas leoninas se deixados entregues a si mesmos, no exercício de ilusória *autonomia da vontade*.

Explica o professor Reale que a autonomia da vontade, “[...] uma das grandes conquistas da vida jurídica, [...] chegou a se transformar em um verdadeiro mito, em um princípio considerado intocável, regendo de maneira absoluta o mundo dos contratos [...]”.

Ocorre que a

[...] suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse sua condição social, foi desacreditada na vida real. [...] A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da *liberdade de contratar* e o encolhimento da esfera de *autonomia privada*, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a *liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual* [...] (GOMES, 2001, p. 7).

Foi então como busca de reequilibrar a relação contratual que surgiu¹³ no sistema jurídico, o “[...] *dirigismo contratual*, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou

¹⁰ Lei nº 6.729/1979, art. 2º, I

¹¹ Interessante notar que a lei, produzida muito antes da abertura dos mercados, omitiu os importadores como sendo concedentes para os fins da legislação comercial. Assim, há uma omissão quanto ao tratamento jurídico que deva ser dado para o importador no caso de realizar ele a distribuição de forma indireta. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a apelação nº 9046768-31.2000.8.26.0000, analisou o tema em uma disputa entre um concessionário da marca BMW e a importadora da marca, tendo concluído que ainda que, atuando apenas como importadora, a fornecedora, que na ação defendia a inaplicabilidade da Lei Ferrari, deveria submeter-se a esse diploma legal. Veja também TJSP 9128920-29.2006.8.26.000.

¹² Lei nº 6.729/1979, art. 2º, II.

¹³ Tais como a criação de microssistemas jurídicos para proteção do polo mais fraco da relação como a legislação do direito do trabalho, a de defesa do consumidor, etc.

proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder público.” (GOMES, 2001, p. 8).

Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 24) expõe que o

[...] *dirigismo contratual*, ou *intervenção do Estado na vida do contrato*, (que) conflita com as noções tradicionais da autonomia da vontade, e defende aquela das partes que se revela contratualmente inferior contra os abusos do poderoso, que uma farisaica compreensão da norma jurídica antes cobria de toda proteção.

E arrebatada com clareza:

Este movimento intervencionista ganha corpo, na medida em que aumentam a extensão e a intensidade das normas de ordem pública e chega a inspirar em juristas apegados às noções tradicionais a crença no desprestígio ou mesmo na morte do contrato (André Toullemon, Gaston Morin, Barreyre), por não admitirem uma vontade contratual que não seja filha da plena liberdade. Há, porém, um desvio de perspectiva. Não é o fim do contrato, porém um capítulo novo de sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta a fase atual. Outras ainda hão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exacerbar-se-á mais ainda, ou se o princípio da autonomia da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando terreno perdido.

[...] Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da *regulamentação legal* do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da *ordem pública*, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele. (PEREIRA, 2009, 25-26)

É neste substrato conceitual que a lei Ferrari é concebida, ou seja, dada uma realidade social das contratações que legavam aos revendedores de veículos posição irrazoável de submissão jurídica e econômica em relação aos fabricantes, fez-se necessária a intervenção Estatal a fim de delimitar o conteúdo quadro do contrato de concessão através da lei 6.729/79.

Aliás, até pela “[...] atenção que, na Hermenêutica Jurídica, deve ser dispensada aos precedentes históricos [...]” citada por Miguel Reale (1996, p. 67), fundamental chamar a atenção para o contexto histórico em que se desenvolveu.

2.1.1 Uma nota sobre a criação da Lei nº 6.729/1979

Antes do advento da Lei Ferrari, o mercado automobilístico nacional suscitava problemas (ZANETTI, 2008, p. 182) relacionados de um lado ao desrespeito pelos

concessionários das áreas de atuação que lhes eram estipuladas e ao preço fixado pelo concedente e, de outro, dado o grande desequilíbrio econômico existente entre grupos industriais de grande pujança econômica e as empresas distribuidoras de natureza familiar, capital nacional, o que resultava em submissão as regras e vontades impostas pelo pólo mais forte do contrato.

Não por outra razão, em mensagem de encaminhamento do projeto, redigida pelo então ministro João Camilo Pena¹⁴, assim asseverava:

[...] a própria circunstância de uma grande empresa necessitar de uma rede para a comercialização e a assistência técnica de seus produtos, ao mesmo tempo em que evidencia o seu extraordinário porte econômico e tecnológico, suscita a desigualdade decorrente do estilhaçamento da relação, na medida em que confronte a grande unidade da empresa concedente com os concessionários, limitados na sua capacidade negocial em razão de seu porte e da sua multiplicidade. O concedente, como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois, 'detém, graças a sua cadeia de monopólio justapostos, um terrível poder de domínio'.

Assim é que em 1975 o deputado Salvador Julianelli apresentou o primeiro Projeto de Lei de nº 746, que visava a estabelecer garantia ao consumidor de veículos automotores e, entre outras providências, definir juridicamente a categoria econômica dos distribuidores.

No ano seguinte, em 1976, o mesmo deputado apresentou projeto substitutivo, desta feita elaborado com assessoria jurídica do professor Miguel Reale e do advogado Renato Ferrari¹⁵ e econômica do Dr. José Flavio Pécora.

O projeto original contava apenas com cinco artigos, enquanto que o substitutivo era muito mais amplo, apresentando em nove capítulos e 95 (noventa e cinco) artigos.

Referido projeto, dá conta o histórico legislativo, tramitou pelas comissões internas da casa legislativa e, ainda que tenha enfrentado resistências como se pode verificar da enunciação da tramitação¹⁶, acabou aprovado pela comissão de constituição e justiça com algumas emendas propostas pela comissão de ciência e tecnologia.

¹⁴ Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/10/1979&tipDiario=2>>. Acesso em 25.09.2015

¹⁵ Em artigo publicado em 1996, Miguel Reale reconhece que a preparação do Anteprojeto de Lei contou com a participação do advogado paulistano Renato Ferrari que, após o veto presidencial, envolveu-se pessoalmente na busca da aprovação da Lei nº 6.729/1979, que ficou conhecida como Lei Renato Ferrari, “denominação que representa justa homenagem em razão do obstinado empenho com que ele soube levar a bom termo uma não – fácil empreitada, afrontando sucessivos tropeços, e fazendo renascer das cinzas de um inesperado veto o texto, a final sancionado pelo Presidente João Figueiredo” (REALE, 1996, p. 75).

¹⁶ A Anfavea, Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores, por intermédio de seu então presidente Mario Garnero, houve por se manifestar expressamente, em missiva de 24 de março de 1977, contrária ao projeto de lei.

Após ter sido remetido ao Senado em novembro de 1977, onde recebeu o número 106/77, tramitou por aproximadamente um ano e foi encaminhado, em outubro de 1978, à presidência da república sem alterações no texto.

Após um mês, em novembro de 1978, a presidência da República, então exercida por Ernesto Geisel, enviou mensagem ao Senado Federal informando que negou a sanção ao projeto e o vetou integralmente.

Essa brevíssima digressão histórica demonstra que, não obstante o desenvolvimento da cultura jurídica¹⁷ que justificasse o dirigismo e as razões econômicas que embasassem a decisão de normatizar a relação de distribuição de automóveis, a Lei da Concessão Comercial enfrentou desafios concretos para ser admitida no ordenamento.

Exatamente um ano após o veto do presidente Geisel, em novembro de 1979, o presidente João Figueiredo houve por sancionar a Lei nº 6.729/1979, que fora enxugada dos 95 artigos do projeto original, passando a ter 33, com a exclusão de todo o capítulo que tratava das questões relativas à defesa do consumidor.

Nesses longos anos de vida, a Lei Ferrari passou apenas por uma reforma legislativa quando, em 1990, a Lei nº 8.132 a alterou para reconhecer e fortalecer direitos relativos ao consumidor e eliminar alguns dispositivos que colidiam com a nova ordem jurídica nacional inaugurada pela Constituição de 1988¹⁸.

A mudança da lei em 1990 não implicou uma alteração quanto ao espírito que a norma trouxe. Apesar de suas poucas alterações, algumas tiveram papel profundamente modificador.

Como se verá mais adiante, a reforma de 1990 alterou o artigo 5º da Lei nº 6.729/1979, redefinindo o conceito de “área demarcada” para atuação do concessionário, prevendo-se a partir de 1990 que o concessionário teria uma “área operacional”, ou seja, uma zona territorial que lhe seria atribuída para atuar e conquistar o mercado consumidor e desta forma colaborar no escoamento da produção do fornecedor. A mudança foi profunda, porque, na regra anterior a tônica era claramente de delimitação de território, ou seja, o concessionário que vendesse fora da sua “área demarcada” deveria destinar parte da sua margem de comercialização ao concessionário onde domiciliado o comprador. A partir da vigência da Lei nº 8.132/1990, a ênfase passou a repousar sobre a responsabilidade do concessionário atender e atingir o mercado estabelecido na zona territorial que lhe fora atribuída, acabou-se desta maneira com o

¹⁷ Sobre o estágio quanto às discussões teóricas que antecederam a aprovação da lei no Brasil ao redor do mundo ocidental do desenvolvimento da concessão de venda com exclusividade ou concessão comercial, sugere-se a leitura do texto de Requião (1972).

¹⁸ Sobre essa alteração legislativa, vide o texto “O conceito de área demarcada na concessão comercial de veículos” do professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães.

conceito anterior de zona reservada de mercado e seu correlato dever legal de destinar parte da margem caso desatendida, até porque o diploma determina que o consumidor é livre para adquirir o bem onde melhor lhe convier.

Além disso, extinguiu-se o direito de preferência dos concessionários estabelecidos em áreas cuja concedente decidisse expandir a rede, direito este previsto na redação original do artigo 6º e estabeleceu-se que haveria uma concorrência, na qual os concessionários já estabelecidos poderiam participar em igualdade de condições.

A reforma de 1990 alterou também a previsão do artigo 13, que determinava preço fixo de comercialização pelo concessionário, ou seja, extinguiu-se a situação em que a concedente definia o preço de comercialização ao mercado, passando a vigor a liberdade de preço de venda de bens e serviços do concessionário ao consumidor.

Finalmente e em conexão com a extinção da prática de preços fixos citadas no artigo antecedente, extinguiu-se também a garantia do artigo 14, que fora revogado integralmente onde estava prevista a margem de comercialização do concessionário. Essa margem, que era incluída no preço de venda ao consumidor determinado pela concedente, passou a ser determinada pelo mercado de consumo.

Como se vê, a reforma foi pontual, mas precisa no sentido de incentivar a competição e garantir os direitos e as liberdades do consumidor que poderiam ser ameaçados caso permanecessem as previsões da legislação originária.

Antes de tecer outros comentários acerca das características jurídicas da lei e, em especial, quando a área operacional e dado que seu conteúdo se comunica com o direito empresarial, concorrencial e do consumidor, mister testar se, à luz dessa amplitude, a lei Ferrari permanece em vigor no sistema jurídico vigente.

2.3 A validade da Lei nº 6.729/1979 no sistema jurídico vigente no país

A inauguração da ordem jurídica com o advento de uma nova Constituição acaba por privar de eficácia todos os textos legais que colidam com os princípios e as disposições inaugurados, fazendo os dispositivos contrários perderem sua eficácia. Por outro lado, os textos legais cujos conteúdos substanciais não conflitam com a nova ordem são recebidos e continuam produzindo efeitos. É o fenômeno conhecido como recepção.

Não seria lógico, na hermenêutica constitucional, concluir que todos os diplomas legais infraconstitucionais perdessem a vigência e eficácia com o advento da nova Constituição, uma

vez que isso inviabilizaria a ordem jurídica. “[...] O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição [...]” (MENDES, 2014, p. 108).

Nesse diapasão, poderia haver quem entendesse que, sendo o dirigismo contratual interferência do Estado na autonomia da vontade e, dessa forma, uma limitação à liberdade do direito de contratar, estaria ele e, por conseguinte, as normas produzidas sob esse matiz, em conflito com a Constituição da República Brasileira de 1988 face ao reconhecimento da livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado (artigo 1º da CRF) e da livre concorrência como um dos princípios norteadores da ordem econômica (art. 170 CRF).

Tanto é assim que a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Direito do Consumidor e da Ordem Econômica da Procuradoria Geral da República houve por instaurar procedimento administrativo¹⁹ de relatoria do Subprocurador Geral da República Antônio Fonseca, que deliberou por:

[...] requisitar à SEAE/MF investigar o assunto, em tempo razoável – não superior a 180 dias – especificamente as questões de concorrência via importação de veículos, exclusividade de venda de veículos novos, acesso a informações no serviço pós-venda, proibição de restrições territoriais na comercialização, acesso a desenhos industriais das peças de reposição e tudo mais que considerar importante à compreensão do problema. Deve ser considerado pela coordenação desta 3ª Câmara, também, promover estudos semelhantes no âmbito do convênio com o IPEA, com o amplo propósito de elucidar o problema, inclusive, sendo o caso, examinar a possibilidade de formular campanha de revogação da Lei 6.729/79, com o apoio dos representantes locais dos Ministérios Públicos e das entidades estaduais de defesa do consumidor, que integram o chamado SNDC, sem excluir quaisquer outros entes.

Os fundamentos de tal deliberação podem ser encontrados no voto, e chamam a atenção aqueles lançados na seguinte passagem:

[...] Como se vê, à parte o chamado custo-Brasil, barreiras à importação, carga tributária e mão-de-obra, os preços altos podem ser indício de falhas de mercado e de regulamentos obsoletos, como a chamada Lei Ferrari (L. 6.729/79).

A livre iniciativa, preceito fundamental, inibe o Estado de aventurar-se em intervenções indevidas (CF, art. 170, parágrafo único). No entanto, o regime capitalista deve conviver com a defesa do consumidor e a repressão dos entraves à concorrência (art. 173 § 4o), a fim de assegurar que os cidadãos possam tirar o melhor proveito dos seus recursos, em ambiente de livre escolha.

[...]

A Lei Ferrari pode ter tido algum papel, há 30 anos, na reestruturação dos mercados de veículos no Brasil, numa época em que vigia uma economia de controle de preços. Mas hoje existem fortes suspeitas de que essa lei é desnecessária e até prejudicial. As autoridades brasileiras — se realmente prezam pelos direitos dos cidadãos consumidores — devem ter a coragem de promover a sua revogação. Ou pelos menos

¹⁹ N° 01.16.000.002544/2011-51, que teve origem a partir de notícias enviadas anonimamente à Procuradoria da República do Distrito Federal, e instaurado com o objetivo de apurar lucro abusivo das montadoras de automóveis com veículos vendidos no Brasil em comparação aos vendidos no exterior.

a sua revisão, de modo a excluir todas as possibilidades de impacto negativo nas escolhas dos compradores de veículos.

Ainda que não explorado, o argumento da inconstitucionalidade da Lei Ferrari face ao suposto conflito com a livre iniciativa e concorrência está presente na argumentação da 3ª Câmara. Não ficou claro, entretanto, como se chegou à conclusão de agressão à livre iniciativa e à livre concorrência, assim, só se pode inferir e supor que a crítica é dirigida à imposição, pela lei, do contrato quadro²⁰ e do estabelecimento de áreas operacionais para a atuação das concessionárias. Esse tópico será revisitado mais adiante.

Por ora, focando em fechar a discussão de natureza constitucional e de ter havido ou não a recepção pelo novo ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988, o fazemos no sentido de firmar o entendimento de que não há na Lei Ferrari, dispositivos cuja substância desafia os princípios constitucionais inaugurados pela Carta de 1988.

Em artigo publicado em 1996, Miguel Reale conclui “[...] penso que a Lei, objeto de nossa análise, se concilia plenamente com as normas constitucionais supervenientes, sem ser afetada em sua vigência ou eficácia [...]” (1996, p. 101).

A convivência da Lei Ferrari com os direitos do consumidor também está amplamente adequada aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais que conformam aquele microsistema.

Isso porque incide sobre a relação de consumo subjacente à relação de concessão, todas as regras aplicáveis na defesa e proteção do direito do consumidor.

A redação original da Lei nº 6.729/1979 foi atualizada em 1990 pela Lei nº 8.132, e uma das principais mudanças foi a alteração do artigo 5º da Lei, que prevê matérias que são inerentes à concessão, às áreas operacionais e às distâncias mínimas entre as concessionárias.

Para que a previsão da existência da área operacional de atividade do concessionário não afetasse o livre direito de escolha do consumidor, o mesmo artigo 5º previu, no parágrafo 3º: “L. 6729/79 – Art. 5º – [...] § 3º O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta lei em qualquer concessionário”.

Dessa forma, ainda que estabelecida a área operacional para atuação e vedada a atuação de outro concessionário na mesma área, o consumidor, a seu livre talante, poderá escolher o local de sua preferência para adquirir os bens ou serviços que desejar.

Assim, como se verá mais adiante, toda matéria atinente à fixação de políticas comerciais relativas à forma de atuação dentro ou fora das áreas operacionais pode ser tratada,

²⁰ A lei estabelece limites para contratação.

no espírito da lei, *interna corporis*, ou seja, entre a associação de marca e a concedente, sofrendo sempre a limitação anteriormente exposta, ou seja, jamais poderá atingir o direito de livre escolha do consumidor.

2.4 As características essenciais do contrato de concessão comercial – distinção de outros tipos contratuais afins

O contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre previsto na Lei nº 6.729/1979 é o único dessa modalidade de distribuição que fora tipificado no país²¹.

Não obstante, o modelo conceitual poderia ser utilizado para distribuição de outros produtos, como destacado por Rubens Requião (1972, p. 20) em artigo escrito há 40 anos e que permanece, em grande parte, atual: “[...] aplica-se o contrato de concessão comercial para a venda das mais variadas mercadorias, que necessitam de eficiente comercialização [...]”.

Forgioni (2015, p. 193) defende que “[...] a forma de fazer negócios alterou-se; contemporaneamente, o desenrolar da atividade de cada empresa liga-se cada vez mais à sua colaboração com outras [...]”. Para Coelho (2006, p. 430), os contratos de colaboração são aqueles contratos mercantis que extrapolam a simples relação de compra e venda mercantil, para abarcarem uma série de outras obrigações intrínsecas ao seu funcionamento, como se vê da seguinte passagem:

[...] O contrato de compra e venda mercantil, assim, constitui-se no meio contratual por excelência para a exploração da atividade comercial. Não é, contudo, o único. Outras relações contratuais têm sido desenvolvidas pelo comércio com vistas ao fornecimento de bens ao mercado consumidor. São elas a comissão, a representação comercial, a concessão mercantil, a franquia e a distribuição. Proponho agrupá-los sob a denominação de ‘contratos de colaboração’.

Os contratos de colaboração empresarial definem-se por uma obrigação particular, que um dos contratantes (‘colaborador’) assume, em relação aos produtos ou serviços do outro (‘fornecedor’), a de *criação ou ampliação de mercado*. Em termos concretos, o colaborador se obriga a fazer investimentos em divulgação, propaganda, manutenção de estoques, treinamento de pessoal e outros destinados a despertar, em consumidores, o hábito de adquirir os produtos ou serviços do fornecedor. Dependendo da espécie de colaboração contratada, os investimentos na criação ou consolidação do mercado são maiores ou menores; a obrigação de realizá-los, contudo, é inerente aos contratos de colaboração empresarial [...]. (grifo do autor).

²¹ Vide nota 6 sobre a terminologia para esse tipo contratual.

Entretanto, firmou-se o entendimento da concessão comercial se tratar de espécie contratual diferente daquelas, dado que o empresário concessionário adquire para si a mercadoria que irá distribuir, agindo em seu próprio nome e risco (GOMES, 2001, p. 374) obtendo lucro ou prejuízo na operação o que, “[...] por si só afasta a possibilidade de o nosso contrato ser classificado entre os contratos de mediação ou de intermediação [...]” (REQUIÃO, 1972, p. 26).

Conceitualmente, a concessão comercial pressupõe uma empresa disposta a escoar sua produção (concedente) por meio de empresários que atuam de forma individual e independente (concessionários) em áreas previamente estabelecidas (áreas operacionais), formando, no todo, a rede de distribuição.

Há, nessa lógica contratual, a presunção de exclusividade recíproca, no sentido de que a concedente não colocará bens diretamente no mercado²² estabelecido como a área operacional do concessionário, e este não comercializará bens de outra marca (DINIZ, 2006, p. 503).

A exclusividade e seu caráter monopolista, representa vantagem aos contratantes que se ligam direta e concomitantemente à métodos comerciais modernos adaptados à produção em massa e à concentração das empresas (REQUIÃO, 1972, p. 29):

Sob o aspecto concorrencial relativo ao estabelecimento da exclusividade da Lei Ferrari mencionada anteriormente, Forgioni (2008, p. 233) endereça o tema da seguinte forma:

Em virtude da importância econômica da Lei Ferrari a doutrina nacional muito se debruçou sobre o tema da divisão territorial. Explicamos no primeiro capítulo que esse diploma estabelece uma isenção em bloco para os acordos de distribuição celebrados entre produtores de veículos automotores e seus concessionários, protegendo-os da incidência dos dispositivos da Lei 8.884, de 1994.

Vale ressaltar que, para o contrato típico da Lei Ferrari, o conceito de exclusividade é mais amplo, uma vez que se refere não somente a uma concessionária especificamente e sua respectiva área operacional, mas a toda rede de concessionários (LEÃES, 1998).

A exclusividade, entretanto, é relativa e sofre limitações **(i)** do livre direito do consumidor escolher onde quer adquirir os bens de sua preferência, **(ii)** porque na lei estão previstas as hipóteses em que a concedente pode acessar diretamente o mercado por meio de vendas diretas, ou ainda, **(iii)** porque é assegurado ao concedente contratar nova concessão na

²² O legislador cuidou de prever algumas hipóteses em que o concedente estaria autorizado a colocar os bens diretamente no mercado. São as hipóteses de “vendas diretas” previstas no artigo 15 da Lei Ferrari, complementado pelas normas do Capítulo XVII da 1ª Convenção de Categorias Econômicas.

área atribuída a um concessionário, caso o mercado apresente condições justificadoras para tanto.

Para o concessionário, a responsabilidade pela área operacional é multifacetada.

Manifesta-se em primeira dimensão na relação com a concedente, com quem tem o dever de colaborar para atingir os índices de mercado determinados pela marca, suprindo o mercado consumidor de bens e serviços. Na segunda dimensão, como concessionário integrante de uma rede de distribuição, assume o dever de não atuar ativamente fora de sua área de responsabilidade, diretamente ou por meio de prepostos. E, finalmente, na dimensão da relação com o consumidor, responsabiliza-se em garantir que o consumidor exerça livremente seu direito de escolha dos bens que pretende adquirir.

A concedente, por sua vez, também assume custos transacionais na adoção do modelo de exclusividade para seus concessionários. Isso porque as situações de venda ativa fora de área operacional acabam por gerar conflitos entre os distribuidores, que não raramente esperam do fornecedor o arbitramento da situação, ou, nas palavras de Requião (1972, p. 29), “[...] a exclusividade é a fonte de inúmeros inconvenientes para o concedente, pois deve ele zelar pela harmonia e disciplina das atividades dos concessionários que formam a rede de distribuição e revenda de seus produtos, a fim de impedir que um invada a área de exclusividade do outro [...]”.

Daí porque, no sistema implementado pela Lei Ferrari, surgem soluções de estímulo ou desestímulo para os concessionários atuarem dentro de suas áreas operacionais.

Tais soluções, implementadas mediante convenções de marca, devem respeitar as responsabilidades do concessionário supracitadas, mas, ao mesmo tempo, dar conta de situações concretas de invasão de área.

É a interação dessas realidades jurídicas que se pretende analisar no próximo capítulo.

A partir de todo o exposto, pode-se asseverar que o esquema proposto pela Lei Ferrari autoriza a concluir que o contrato tipo pretendido pela lei configura-se, essencialmente, pela presença de partes (art. 2º) que negociam os bens e serviços com exclusividade e conforme as cotas estabelecidas (arts. 3º, 4º e 7º), dentro de uma área operacional predeterminada (art. 5º), para que o concessionário venda livremente ao consumidor que espontaneamente o procurar (art. 13), sendo limitadas ao concedente as hipóteses de vendas diretas (art. 15), podendo as relações contratuais ser complementadas por convenções de categoria econômica e de marca (art. 17, 18, 19). O contrato é por prazo indeterminado, sendo possível seu primeiro interregno ser fixado em um prazo não inferior a cinco anos e, na hipótese de resolução, são devidas as indenizações previstas nos artigos 24, 25, 26.

Diante de tudo o quanto exposto, temos que o contrato de concessão comercial da Lei nº 6.729/1979 deva ser classificado como contrato empresarial, espécie de contrato de distribuição, típico, pessoal, oneroso, sinalagmático, de duração continuada e de colaboração.

3 O ESTÍMULO DA ATUAÇÃO NAS ÁREAS OPERACIONAIS POR MEIO DAS CONVENÇÕES DE MARCA

Como já visto ao longo do presente texto, a relação entre concedente e concessionário é mais ampla que simplesmente, de um lado, o dever de entregar um determinado bem e, de outro, o dever de pagar o preço correspondente.

Os contratos de concessão comercial no Brasil viabilizam relações entre concedente e concessionário e entre concedente e rede de concessionários de verdadeira cooperação para busca de resultados recíprocos.

A concedente estabelece os *standards* da marca e fixa as metas para obter percentual do *market share*, enquanto que, em conjunto com a rede de concessionários organizada em associação da marca, estabelece as políticas operacionais que viabilizarão a obtenção dos resultados pretendidos.

A forma pela qual a concedente e as associações de marca se utilizam para realizar essa integração de interesses, muitas vezes, passa pela elaboração de convenções de marca, que é o instrumento forjado pela Lei Ferrari para *estabelecer normas e procedimentos relativos* aos assuntos listados no artigo 19 da referida lei.

A lei comentada já no artigo 1º²³ reconhece a possibilidade de as partes contratantes submeterem-se complementarmente a disciplinas estabelecidas nas convenções ou contratos, desde que não contrárias à lei.

As convenções mencionadas no caput do artigo primeiro são aquelas que estão previstas no artigo 17 e que são, **(i)** “convenção de categoria econômica”, quando firmadas pelas entidades representativas da produção e da distribuição; ou, **(ii)** “convenção de marca”, quando firmada entre um produtor e sua respectiva rede de distribuição, representada por entidade civil de âmbito nacional.

²³ Lei nº 6.729/1979, art. 1º: “A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais”.

Como a inclusão do sistema de distribuição automotiva no Brasil se deu por meio da tipificação da concessão comercial, a lei estabeleceu qualificação jurídica aos segmentos da produção e da distribuição automotiva e reconheceu as respectivas entidades de classe como pessoas legitimadas a criarem regras, com força de lei²⁴, mediante as chamadas convenções.

Considerando que a própria lei estabelece limites essenciais ao contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores, remanesce às convenções disporem sobre as matérias previstas nos artigos 18 e 19 da Lei.

Até hoje apenas uma única convenção de categoria econômica foi firmada, em dezembro de 1983.

Já com relação às convenções de marcas, várias delas foram negociadas, implementadas e estão em vigor entre os mais variados produtores e suas respectivas redes. Conforme previsto no artigo 17, para valerem contra terceiros, devem ter sido registradas em cartório e publicadas no Diário Oficial da União.

As convenções de marca podem estabelecer normas de interesse comum das partes sobre todos os assuntos listados no artigo 19, sem prejuízo de outros não contrários à lei.

Muitos dos concedentes fixaram com suas respectivas redes convenção de marca para tratar do assunto previsto nos incisos V e VI do art. 19 da Lei nº 6.729/1979, com a redação dada pela Lei nº 8.132/1990, que estabelecem que:

Lei 6.729/79 de 28 de dezembro de 1979 –

Art. 19. Celebrar-se-ão convenções da marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a: [...]

V – fixação de área demarcada e distâncias mínimas, abertura de filiais e outros estabelecimentos (art. 5º, incisos I e II; § 4º);

VI – venda de componentes em área demarcada diversa (art. 5º, § 3º) [...].

Concedentes e concessionários estabelecem normas e procedimentos para regulamentar um dos pontos sensíveis e inerentes à própria concessão comercial, quais sejam os critérios para atuação dentro ou fora da “área operacional de responsabilidade do concessionário²⁵” proibindo a atuação fora da área ou estimulando por meio de premiações a performance dentro da área

²⁴ Lei nº 6.729/1979, art. 17: “As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção, [...], deverão ser celebradas com força de lei, entre: [...]”.

²⁵ Lei nº 6.729/1979, redação dada pela Lei nº 8.132/1990 ao art. 5º, I.

atribuída no contrato de concessão, conforme demonstram, exemplificativamente, as seguintes cláusulas:

CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA BMW SOBRE PROSPECÇÃO ATIVA DE CLIENTES FORA DO TERRITÓRIO DEFINIDO NO CONTRATO DE CONCESSÃO

[...]

Art. 2º Sempre observando e respeitando o quanto disposto no artigo 1º desta convenção, os Concessionários da marca BMW exercerão as atividades comerciais inerentes à sua concessão (venda de veículos automotores, peças e acessórios da marca BMW e prestação de serviços de assistência técnica), dentro do território definido nos respectivos Contratos de Concessão celebrados entre BMW do Brasil e os Concessionários da marca BMW.

Art. 3º. Os concessionários da marca BMW não poderão fora do território definido no Contrato de Concessão realizar atividade de promoção ou prospecção ativa de clientes para vendas de veículos automotores, peças e acessórios da marca BMW e prestação de serviços de assistência técnica, incluindo-se nessa proibição, mas não se limitando, a apresentação de propostas, sob qualquer título, bem como através de quaisquer atividades auxiliares de vendas, tais como quaisquer modalidades de publicidade, exposição de veículos, bem como quaisquer outras posturas comerciais ativas [...].²⁶

CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA PEUGEOT

[...]

Art.1ª De acordo com o disposto pelo Contrato de Distribuição firmado entre cada concessionário e a PEUGEOT, bem como de acordo com o determinado pela Lei nº 6.729/79, o CONCESSIONÁRIO deve limitar sua atuação à área demarcada, ficando vedada a prática de qualquer ato de captação de clientes fora dessa área, bem como a utilização de prepostos ou intermediários [...].²⁷

FIAT

CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA BÔNUS DE LOCALIZAÇÃO

[...]

IV.1 A presente convenção visa regular e ajustar a forma de constituição e de concessão de BÔNUS DE LOCALIZAÇÃO para a venda de veículos realizadas pela REDE aos clientes, de acordo com as disposições da Lei 6729/79, alterada pela Lei 8132/90, observando, para tal concessão e pagamento, tanto a área de operação da CONCESSIONÁRIA para a qual o veículo foi comercializado pela FIASA, quanto a área operacional da CONCESSIONÁRIA onde o veículo foi efetivamente emplacado.

²⁸

IVECO

CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA IVECO SOBRE VENDA DE VEÍCULOS NOVOS FORA DA ÁREA OPERACIONAL

²⁶ Registrada perante o 1º ofício de Registro de Títulos e Documentos de Brasília – DF sob o nº 869814.

²⁷ Registrada perante o 10º Cartório de Registro de Pessoa Jurídica sob o microfilme 2994.

²⁸ Registrada perante o 1º ofício de Registro de Títulos e Documentos de Brasília – DF sob o nº 550550.

[...]

Art. 1º – A Concessionária obriga-se à comercialização de veículos automotores e componentes, bem assim a prestação dos serviços inerentes aos mesmos, exclusivamente dentro de sua área operacional.

§ 1º – Excetua-se do disposto neste artigo a comercialização efetuada ao adquirente que, espontaneamente, procurar o estabelecimento da Concessionária e a venda de produtos para Concessionária da Marca sediada em outra área demarcada.

§ 2º – O disposto no parágrafo anterior não exonera a concessionária que efetuou a venda, para consumidor domiciliado fora de sua área operacional, do ressarcimento à(s) concessionária(s) titular da área invadida, conforme previsto nesta Convenção [...].²⁹

A intenção das transcrições anteriores não é a de fazer uma análise extensiva em todo o mercado sobre a validade e abrangência das disposições convencionais, mas demonstrar que se trata de uma realidade jurídica das contratações feitas mediante as convenções de marca para estabelecimento de normas e procedimentos para atuação na área demarcada. Tal realidade será analisada.

Antes, no entanto, é necessário fixar a natureza jurídica das normas emanadas pelas convenções de marca e os limites de seu alcance.

Tarefa de extrema importância, uma vez que, apesar dos quase 40 anos de vigência da lei e o uso corriqueiro das convenções de marca, muito pouco foi discutido sobre sua natureza jurídica.

E a definição não é simples. A legislação determina que as convenções serão celebradas com força de lei³⁰. Há quem trate tal força de lei atribuída pelo aludido dispositivo legal como significando “[...] simplesmente que, com força equivalente à de qualquer contrato, as obrigações convencionais alcançam também partes que não são propriamente signatárias do ato, mas que nele são representadas por sua associação de classe³¹[...]” (MAGALHÃES, 1998).

Miguel Reale (1996, p. 76), atento à pouca discussão acadêmica acerca do estudo da estrutura normativa da Lei Ferrari, asseverou: “[...] ainda não se procedeu ao estudo teórico da estrutura normativa da Lei nº 6.729, nem tampouco até agora se cuidou de determinar qual a natureza jurídica das convenções de categoria econômicas e das convenções de marcas”.

²⁹ Registrada perante o 1º ofício de Registro de Títulos e Documentos de Brasília – DF sob o nº 496948.

³⁰ Lei nº 6.729/1979, art. 17.

³¹ Carlos Francisco de Magalhães, parecer privado emitido para entidade de classe e não publicado sobre a formação de fundo de fomento de operação de uma determinada rede de concessionários, instituído por meio de convenção de marca.

Nesse mesmo texto, Reale (1996, p. 77) explora o fato de a Lei nº 6.729 ter concedido um poder decisório e de caráter normativo e vinculante para toda a categoria representada pelas entidades previstas no artigo 17 da lei, afirmando:

(E) estamos, por conseguinte, perante um caso singular de representação ‘erga omnes’ conferida por lei, de tal modo que, uma vez assinada pelos ‘representantes legais’ qualquer dos dois tipos de convenções, nenhuma empresa produtora, assim como nenhuma entidade ou empresa distribuidora, poderá se insurgir contra o que foi convenionado, salvo nas hipóteses de conflito com norma constitucional, com lei complementar ou ordinária de ordem pública (desde que aplicável à espécie) ou com dispositivo da Lei de regência.

Ao defender a natureza jurídica da representação decorrente de ordem legal, Reale apresenta a analogia aos poderes conferidos aos sindicatos representativos de categoria profissional ou econômica, cujas convenções coletivas de trabalho obrigam também os não sindicalizados (artigo 8, inciso II da CF/1988 e 611 da CLT).

Nessa linha, Fernando Andrade Ribeiro de Oliveira³² lembra que:

Convenções coletivas da natureza dessas surgiram no final do século XIX e começo do século XX, com importância crescente no campo do direito do trabalho, no qual, com acentuado relevo, a desigualdade econômica entre as partes contratantes resulta em ajustes prejudiciais àquela economicamente mais desfavorecida.

E continua:

Mas, como lembra Arnold Wald, não é tão somente nas relações entre empregados e empregadores que surgem os contratos coletivos. ‘Muitas vezes’, lembra o mestre citado, o ‘fabricante faz um contrato coletivo com os diversos revendedores, a fim de evitar a concorrência entre os mesmos, fixando modalidades gerais de trabalho e zona de atividade de cada um num documento de caráter mais estatutário do que contratual. Estabelece-se assim as quotas de cada um, a possibilidade ou não de transferi-las e o modo de operar em geral etc’.

O esquema normativo inaugurado pela Lei nº 6.729, traz, portanto, a formação de um microsistema de direito, em que a Lei, as convenções com força de lei e os contratos de concessão se integram.

Uma ressalva merece ser feita em relação ao conteúdo das convenções. Por se tratar de *atos normativos de natureza consensual corporativa dotados de imperatividade estabelecida com força de lei* (REALE, 1996, p. 78), não podem ultrapassar a lei que lhes deu vida, não

³² OLIVEIRA, Fernando Andrade Ribeiro de. Concessão Comercial de Veículos Automotores. *Revista Forense*, v. 368, separata.

podendo inová-la. Portanto, a Lei Ferrari, juntamente com as convenções de categoria econômica e as convenções de marcas, compõe uma ordem hierárquica, subordinando-se o contrato às convenções de marca, estas às convenções de categoria econômica, estas à lei Ferrari e, evidentemente, a Lei Ferrari à Constituição da República.

Não é equivocado entender que, ao definir que as convenções têm força de lei, o legislador estabeleceu de forma inovadora que seriam também elas fontes de obrigação, ou seja, as convenções, tais como os contratos e as leis, podem dar origem a vínculos obrigacionais complementares à Lei Ferrari às pessoas que a elas estiverem vinculadas, com eficácia *erga omnes*. Sobre a característica da normatividade do conteúdo das convenções, esclarece Botelho (2008, p. 157):

Ao celebrar o contrato com o concedente, o concessionário passa a integrar um sistema que já se encontra regulamentado no plano não só legal, mas também convencional. Adere ele a um sistema de normas institucionais pré-estabelecidas que lhe conferem direitos e também obrigações.

E, de fato, ocorre que não raramente as redes de distribuição e os concedentes convencionam, por meio de convenções de marcas, normas e procedimentos para incentivar a atuação dos concessionários dentro das áreas operacionais que lhes são atribuídas.

Serão estudados agora os aspectos jurídicos relacionados a essa realidade fática, a partir dos conceitos analisados até aqui.

3.1 Justificativa da existência da área operacional

A área operacional do concessionário cria uma espécie de monopólio para comercialização de bens de um determinado concedente e é elemento essencial ao contrato de concessão comercial³³. Decorre da própria função econômica do contrato de escoamento da produção e visa a organizá-la. Em uma expressão mais ligada à economia dos contratos, não deixa de ser uma exteriorização da divisão de trabalho como forma de se obter maior eficiência.

A fixação de áreas para atuação em contratos de colaboração é comum, tal como se depreende da análise das características do contrato de representação comercial, agência ou distribuição e franquias, senão vejamos.

³³ Art. 5º: “São inerentes à concessão: I – área operacional de responsabilidade do concessionário [...]”.

A Lei nº 4.886 de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, estabelece que, no contrato de representação, constará, obrigatoriamente, a indicação de zona ou zonas em que a representação será exercida (Lei nº 4.886/1965, art. 27, d).

Da mesma forma, o contrato de Agência e Distribuição, previsto nos artigos 710 e seguintes do vigente Código Civil, estabelece que, nesse tipo contratual, uma pessoa assume em caráter não eventual e sem vínculo de dependência a obrigação de promover, à conta de outra e mediante retribuição, a realização de certos negócios em zona determinada.

No que concerne à franquia, a Lei nº 8.955 de 1994 pressupõe a existência de território de atuação dos franqueados quando estabelece que, na circular de oferta de franquia, deve ser especificado (i) se é garantida a exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação; (ii) se é admitido ao franqueado atuar fora do território, inclusive praticando exportações (Lei nº 8.955/1994, art. 3º, X).

No que diz respeito ao contrato de concessão comercial, as áreas operacionais têm uma significação própria, fazendo-se necessário explorar com um pouco mais de profundidade os aspectos relacionados a elas, para, em seguida, apontar como os arranjos feitos entre fornecedores e distribuidores interagem com o assunto.

Em primeiro lugar, mister registrar que a redação original da lei previa, em relação ao tema, que os territórios seriam divididos em áreas demarcadas, sendo que os concessionários estabelecidos nas áreas de domicílio do comprador poderiam exigir parte da margem de comercialização do veículo sobre as vendas feitas por concessionário estabelecido fora do domicílio. A redação original da Lei nº 6.729, portanto, previa a obrigatoriedade de remessa de parte da margem da operação de venda fora da área demarcada para o concessionário chamado “invadido”. Essa situação também é chamada de *profit pass over*. Em 1990, a Lei nº 8.132 alterou essa lógica e passou a tratar a área demarcada como área operacional de responsabilidade do concessionário.

Ao mesmo tempo em que passou a tratar a área não mais como uma zona demarcada, deixou de determinar que o concessionário “invasor” tivesse o dever de destinar parte da margem ao “invadido” e garantiu expressamente e em total consonância com a ordem jurídica vigente que o consumidor tivesse respeitada a sua livre escolha para aquisição dos bens.

A alteração, mais do que de simples expressão, representou profundas mudanças no entendimento do conceito de zona de atuação e do direito de exclusividade³⁴ de nessa área agir.

Pela redação antiga da lei, a simples venda a consumidor domiciliado fora da área demarcada, independentemente da atuação do concessionário alienante, era suficiente para justificar o dever de destinar parte da margem. Atualmente, isso apenas ocorrerá caso o alienante atue de forma ativa para captar a venda, restando ao consumidor o amplo direito de livremente escolher onde deseja adquirir seu automóvel, ou, como expôs Leães (1998, p. 25) no célebre artigo sobre o assunto,

[...] essa liberdade de proceder à aquisição dos bens e serviços em qualquer concessionário, atribuída ao consumidor, se desnatura quando induzido a esta opção 'fora da área demarcada' em que está domiciliado, por meio de contatos diretos de outros concessionários, ou de seus prepostos, configurando-se, na espécie, ato de concorrência desleal.

Ocorre que, como já falado, o contrato de distribuição tem como uma de suas funções econômicas a organização do escoamento da produção de veículos automotores de via terrestre no Brasil e, logo, é de interesse das fornecedoras que tal escoamento ocorra de forma ordenada, possibilitando maior eficiência, planejamento e otimizando os resultados.

Tanto é assim que a própria lei reconhece (art. 5º, § 1º), e de fato acontece, que, a depender do potencial de mercado de determinada área, será permitida a existência de mais de um concessionário por área, respeitadas as distâncias mínimas a serem fixadas entre fornecedores e rede de distribuidores.

O mercado passou a denominar de áreas multiassistidas aquelas que contam com mais de um concessionário da mesma marca e monoassistidas ou simples aquelas que contam apenas com um concessionário. Como dito anteriormente, os critérios para nomeação de mais de um distribuidor da mesma marca em uma determinada área devem ser justificados pelo potencial do mercado.

Merece nota, ainda, uma observação que nos parece relevante e diz respeito à formação da clientela pelo concessionário, face ao gozo de áreas operacionais de sua exclusiva responsabilidade.

A bem da verdade essa mais-valia que se agrega ao negócio do distribuidor, que se beneficia do uso exclusivo da marca do concedente em determinada área operacional, é também uma forma de exteriorização de uma das características dos contratos de colaboração.

³⁴ O tema deve ser também aprofundado na influência da atuação de anúncio e venda *on-line*, em que um dos atributos caracterizadores é, exatamente, a ausência de territorialidade.

Além da visão de estrutura de forças da relação concedente-concessionário que justificou a criação da Lei Ferrari, referimo-nos à necessária integração de interesses entre concedente e concessionário e entre concedente e rede de concessionários.

Esse inter-relacionamento conta com contradições internas, uma vez que, se por um lado é de interesse comum do concedente e dos concessionários a maior penetração da marca no mercado consumidor, não necessariamente são uniformes os interesses do concedente para todos os distribuidores e em relação aos distribuidores entre si.

A pulverização da rede no mercado atende ao interesse dos consumidores, que podem acessar com mais facilidade os pontos de venda dos produtos de sua preferência, mas também do concedente, que pode arbitrar a força da rede limitando o poder de barganha dos seus distribuidores.

Por outro lado, entre os distribuidores, não é difícil imaginar que, em que pese ladeados no interesse comum em ver a marca ganhar mercado e se fortalecer, o que os beneficia, podem eles, e não raramente acontece, disputar a clientela de uma determinada área.

Daí porque se releva a boa-fé como elemento esperado no comportamento dos contratantes, característica que se verá em seguida.

3.2 Os limites jurídicos para atuação dentro e fora da área operacional

Os contratos de concessão comercial guardam em si, intrinsecamente, valores ligados a contratos de duração. Referimo-nos especialmente à boa-fé objetiva, que, no campo dos contratos com características de contratos tidos como relacionais³⁵, ganham especial relevância, como destaca Macedo Jr. (2007, p. 185).

Forgioni (2015, p. 256), chamando a atenção para o papel da boa-fé objetiva nos contratos empresariais, exara:

[...] a boa fé no direito comercial não desempenha apenas função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco. *A boa-fé é um catalisador da fluência das relações no mercado.* (grifo do autor).

³⁵ Aproveita-se aqui da vasta e complexa doutrina sobre contratos relacionais, notadamente as contribuições, no Brasil, de Ronaldo Porto Junior, especialmente as seguintes características encontradas nos contratos relacionais: **(i)** relações primárias, com interação integral, comunicação profunda e extensiva e relações pessoais; **(ii)** incomensurabilidade na equivalência das trocas; **(iii)** início e término da relação de difícil determinação; **(iv)** o planejamento futuro importa, tais como performance e condições de atuação; **(v)** benefícios e ônus são compartilhados de uma forma geral, formando uma relação prolongada de cooperação de natureza institucional (MACEDO JR., 2007, p. 139).

Visão que se coaduna com a opinião de Morsello (2012, p. 299):

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva, ora erigido em nosso sistema ao *status* de efetiva cláusula geral, é uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (*standarts*) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade escudada em deveres de lealdade, confiança, probidade e transparência, dando azo, outrossim, ao nascedouro dos deveres anexos ou laterais de ampla informação e esclarecimentos, com aplicação não só na fase de execução do contrato, como naquela pré e pós contratual.

No caso da concessão comercial, e como corolário da boa-fé, os deveres laterais de conduta ganham contornos próprios. Tal noção advém da teoria da relação obrigacional complexa para quem a relação excede o dever primário clássico de antagonismo entre as partes, em que, a partir do vínculo jurídico, nasce o dever de prestar e o direito de exigir, passando a considerar também presentes deveres secundários e acessórios que podem afetar o comportamento na execução da obrigação (NANNI, 2008, p. 300).

Conforme informa Nanni (2008, p. 302):

Os deveres acessórios ou laterais são sistematizados pela doutrina de maneira variada, sendo cabível citar os deveres de cooperação, de informação, de proteção, de auxílio, de sigilo, de lealdade que são baseados em uma ampla acepção do princípio da boa-fé objetiva, com esteio na confiança que decorrem da relação negocial.

E mais adiante complementa:

Contudo, a observação dos deveres laterais é mais frequente, demandando, por consequência, maior atenção, nas situações em que a relação obrigacional não se esgota em uma única prestação, mas em sucessivas e duradoras, ou também nos contratos de longa duração, coligados e nos chamados contratos relacionais, em que há um leque de vicissitudes que demandam tal proteção. (NANNI, 2008, p. 304).

Referimos, portanto, aos pressupostos da cooperação e solidariedade, esperada no caso do contrato de concessão não apenas entre os polos de interesse diretos do contrato (concedente e concessionário), mas também entre os integrantes da rede formadora da distribuição. Tal pressuposto materializa-se de forma marcante no compromisso de se absterem os concessionários de captar clientela fora da área operacional estabelecida no contrato de concessão.

O fato de os efeitos do contrato e dos deveres laterais recaírem sob terceiros foi também anotado por Nanni (2008, p. 315) da seguinte forma:

Como destaca Luis Renato Ferreira da Silva, no âmbito solidarista, a noção de cooperação entre contratantes se estende a terceiros, pois os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela ideia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do art. 421 CC/2002).

No caso da concessão comercial, tais efeitos alcançam os demais concessionários integrantes da rede e o próprio mercado que por eles são protegidos. Esse comportamento concretiza que “o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico” (MACEDO JR., 2007, p. 153).

E pelo comportamento solidário esperado, não nos referimos a simplesmente garantir a efetivação da escolha livre do consumidor, que, como já falado, é direito que não pode ser restringido. Referimo-nos à prática daquilo que a lei veda, ou como também é conhecida, da venda ativa fora da área operacional, o que é defeso, conforme expressa previsão do artigo 5º, § 2º da Lei nº 6.729/1979, com a redação dada pela Lei nº 8.132/1990.

Tem-se, portanto, que **(i)** a venda para consumidor residente fora da área demarcada é possível desde que decorra da livre e espontânea iniciativa do consumidor; **(ii)** para que o concessionário invadido tenha direito a alguma espécie de ressarcimento pela invasão da área operacional que lhe é atribuída, deve comprovar a ilicitude do ato do concessionário que ali atuou, assim considerada a atuação direta ou por meio de prepostos na área operacional atribuída a terceiros.

Isso posto, temos, de um lado, os limites advindos da boa-fé objetiva como vetores do comportamento de cooperação e proteção de recíprocos interesses (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439) e que funcionam também como a referência hermenêutica para determinar os limites do comportamento esperado do distribuidor no que se refere ao respeito à área operacional que lhe é atribuída contratualmente. De outro lado, como manifestação da intenção subjetiva da parte inadimplente, a prática ilícita da atuação direta ou por meio de prepostos em áreas operacionais atribuídas a outros concessionários que, se ocorrida, ensejará o inadimplemento do dever lateral de cooperação.

Demonstrando que tais deveres nem sempre são adimplidos pelos concessionários de veículos, a pesquisa dos termos “área e demarcada e contrato e concessão”, no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁶, responde com 192 resultados.

Um dos pontos em comum nas decisões pesquisadas³⁷ é a origem da demanda entre concessionários. Surgiram elas em decorrência de processos administrativos ocorridos no seio das associações de marca³⁸, que, signatária de convenções de marca junto à concedente para regular a venda fora da área *demarcada*, estabeleceram procedimentos administrativos e tribunais de ética que visavam a avaliar a ocorrência de atos que ensejassem a aplicação de penalidades pecuniárias. Uma vez que os tribunais de ética julgassem procedente a demanda, ou seja, confirmassem que a venda ensejaria a aplicação de obrigação de ressarcir por parte do invasor, frustrado o pagamento, o invadido buscava no Poder Judiciário ordem cogente para satisfação do seu crédito.

E faz sentido que a origem seja esta. No passado, diversas associações, visando a regulamentar *interna corporis* as previsões estabelecidas pela Lei Ferrari, houveram por estabelecer procedimentos administrativos nos citados Tribunais de Ética para julgar por distribuidores as atividades dos pares distribuidores.

Referidos tribunais, em linhas gerais, acabaram por se concentrar em julgar as situações de invasão ativa de área, estabelecendo as penalidades previstas nas convenções de marca para o concessionário invasor. A pena consistia em alguma quantia pecuniária que os concessionários concordavam seria paga pelo invasor ou debitada pela concedente da conta corrente mantida pelo concessionário junto a ela e creditada para o invadido, ou a perda de acesso a determinadas condições operacionais favoráveis negociadas com a concedente.

A experiência mostrou que esta solução trouxe enormes dificuldades para o relacionamento dos concessionários, ocasionando então, que a manutenção dos Tribunais de Ética dentro das associações de marca mostrou-se insustentável, já que a convivência pacífica

³⁶ Pesquisa realizada no *site* <<http://esaj.tjsp.jus.br>> em 2 de março de 2015, no campo “pesquisa livre” da aba “consulta completa” em “consulta de jurisprudência”, utilizando-se as aspas na forma como escrita.

³⁷ Especialmente os acórdãos proferidos nos seguintes processos: 0116822-54.2009.8.26.0100; 0118128-38.2007.8.26.0000; 0090588-83.2005.8.26.0000; 0012453-06.2003.8.26.0363; 9195738-70.2000.8.26.0000; 1060760009; 0044483-87.2001.8.26.0000; 9046768-31.2000.8.26.0000; 9059380-69.1998.8.26.0000; 9059704-93.1997.8.26.0000 que evidenciam o nexo de causalidade entre a existência do processo administrativo e do processo judicial, reforçando o argumento apresentado no sentido de que os procedimentos administrativos não davam conta de resolver os conflitos.

³⁸ Nos acórdãos pesquisados, é bastante recorrente a presença da Acav (Associação Concessionários de Caminhões Volkswagen); Assobens (Associação Concessionários Mercedes Bens); Assohonda (Associação de Concessionários de Motocicletas Honda).

entre os integrantes da rede que atuavam também como julgadores da ética do setor era ameaçada pela existência de litígios daquela natureza.

Surgiram, então, outros arranjos, como o de premiação pela performance dentro da área operacional. Hoje, no que concerne ao controle ou incentivo de atuação do concessionário em sua área operacional, encontram-se em vigor na prática do segmento automotivo dois sistemas que convivem e são adotados a depender do que se é estabelecido em convenção de marca com a concedente.

O primeiro sistema é o da adoção de tribunais administrativos que analisam os fatos apresentados pelos concessionários e aplicam as penalidades previstas nas convenções de marcas que os criou. A seguir, alguns exemplos que demonstram essa realidade:

CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA BMW SOBRE PROSPECÇÃO ATIVA DE CLIENTES FORA DO TERRITÓRIO DEFINIDO NO CONTRATO DE CONCESSÃO

[...]

Art. 7º Fica constituída uma Comissão com a finalidade de mediar e dirimir controvérsias relacionadas às práticas de prospecção ativa de clientes fora da área definida no Contrato de Concessão incorridas pelos Concessionários da marca BMW [...]³⁹.

3ª CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA YAMAHA – DEVERES GERAIS E REGIME DE PENALIDADES

[...]

Art. 15 As infrações ao disposto no Capítulo V precedente serão apuradas pela Comissão de Ética em funcionamento na sede social da ABRACY, à qual competirá: [...]

CONVENÇÃO PARCIAL DA MARCA IVECO SOBRE VENDA DE VEÍCULOS NOVOS FORA DA ÁREA OPERACIONAL

[...]

Art. 9º – Para fins e efeitos desta Convenção, fica criada a Comissão de Ética, que funcionará na sede da ANCIVE ou em local por ela designado e será composta por 3 (três) membros efetivos e 3 (três) membros suplentes, competindo a esse órgão julgar as denúncias, aplicando, se for o caso, as penalidades previstas nesta Convenção [...]⁴⁰.

O segundo sistema é o sistema de incentivos de atuação dentro da área operacional, o qual concede premiação ao concessionário que atingirem os índices preconizados pela concedente e negociados com a associação da marca também por meio de convenção de marca, conforme exemplos já descritos no presente texto.

³⁹ Registrada perante o 1º ofício de Registro de Títulos e Documentos de Brasília – DF sob o nº 869814.

⁴⁰ Registrada perante o 1º ofício de Registro de Títulos e Documentos de Brasília – DF sob o nº 496948.

Em entrevista⁴¹ realizada com os diretores jurídicos das associações de marca representativas de aproximadamente 80% do mercado de distribuição de autos e comerciais leves, confirma-se que a origem dos conflitos entre os distribuidores é eminentemente decorrente da disputa pelas áreas, conforme o quadro a seguir:

Quadro 1 – Principais conflitos entre concessionários de veículos

Associação de Marca	Percentual da marca no volume do Mercado Autos e Comerciais Leves em 2014*	São comuns conflitos entre concessionários em função da área operacional / invasão de área?
Abracaf (Fiat)	33,91%	Sim, é o principal tema de debate e a primeira convenção de marca a ser solicitada.
Assobrav (Volkswagen)	22,69%	Sim. Pode-se considerar que área demarcada, é mera previsão legal e contratual.
Abrac (Chevrolet)	14,02%	Atualmente, estes conflitos ainda existem, mas não são comuns. Talvez essa aparente redução de “invasões” seja fruto de um esforço que teve início poucos anos atrás, para que qualquer conflito seja resolvido antes de ser formalizado.
Abradif (Ford)	4,6%	Atualmente, estes conflitos ainda existem, mas não são comuns
Abrare (Renault)	3,95%	Sim, especialmente quando implementada expansão desordenada.
Abrahy (Hyunday)	1,45%	Sim, é o principal tema.

*Fonte: Os percentuais de mercado foram obtidos da FENABRAVE, 2015⁴².

Como é possível verificar no Quadro 1, o segmento automotivo representado pelos departamentos jurídicos das associações de marca, reconhece que a litigiosidade existente entre os concessionários ocorre, principalmente, por conta da invasão das áreas operacionais. Curioso

⁴¹ Entrevista realizada pelo autor deste trabalho, por meio de *e-mail* enviado diretamente para os diretores jurídicos das Associações.

⁴² Dados disponíveis no *site*: <<http://issuu.com/fenabrave/docs/anuario2014/35?e=6659190/13481862>>. Acesso em: 13 set. 2015.

o destaque feito pela Abrac que aponta uma diminuição na litigiosidade, exatamente por conta, nas palavras do seu diretor jurídico, de “esforço que teve início poucos anos atrás, para que qualquer conflito seja resolvido antes de ser formalizado”.

Uma outra premissa de análise poderia ser definida para avaliar as causas da litigiosidade entre os distribuidores. A litigiosidade entre os distribuidores pode também decorrer daquilo que Forgioni (2008, p. 123) classificou como interesses conflitantes do contrato de distribuição em função das atividades econômicas desenvolvidas pelo fornecedor e pelos distribuidores. Isso porque “o fornecedor tem em mente a distribuição global do seu produto; o distribuidor, as vendas que ele próprio concretiza” (FORGIONI, 2008, p. 123) e, assim, pode, a depender de seu interesse empresarial, fomentar disputas mediante o incentivo da competição por meio da divisão de áreas e estímulo da concorrência dentro delas, com a redução dos lucros daqueles que já estavam estabelecidos.

Ocorre que, conforme indica o resultado da pesquisa de jurisprudência feita no Tribunal de Justiça de São Paulo, as soluções dos tribunais administrativos nem sempre dão conta de resolver o conflito que acaba, por vezes, sendo judicializado.

O acórdão proferido no processo 0012453-06.2003.8.26.0363 em 15 de fevereiro de 2011 pela 31ª Câmara de Direito Privado do TJSP, de relatoria de Adilson de Araujo, concluiu que o ressarcimento pretendido pelo invadido era indevido por falta de prova de atividade ativa do concessionário vendedor. Entretanto, ao apresentar os fundamentos do voto, tratou de forma muito lúcida temas que são relevantes para o funcionamento da distribuição.

O referido acórdão inicia a fundamentação da seguinte forma:

“[...]”

1. –

Deve ser enfatizada, de início, a não aplicação de preceitos do Código de Defesa do Consumidor na causa em julgamento. O conflito de interesses em julgamento refoge a qualquer das situações descritas no art. 2º do CDC. O comprador dos caminhões não postula pretensão e nem é demandado. Apenas se destaca a liberdade que teve, como qualquer consumidor, na escolha da concessionária para comprar veículos, independentemente da área de atuação desta (art. 5º, § 3º, da Lei nº 6.729/79, com a redação dada pela Lei nº 8.132/90).”.

E prossegue reconhecendo que há obrigações dos concessionários em decorrência do sistema no qual estão inseridos, ou seja, que a adesão ao sistema de vendas por meio da concessão comercial traz ao concessionário a responsabilidade de se subsumirem as regras convencionais, da seguinte forma:

A adesão feita pelas partes implica no reconhecimento de sua juridicidade e eficácia, que não se confunde com a liberdade de escolha de qualquer das concessionárias da marca a ser feita pelo consumidor final do produto quando escolhe o bem. Limita-se a legislação em análise, regulamentada pela convenção respectiva, regular o relacionamento comercial e ético entre as concessionárias, com estabelecimento de mecanismos internos de disciplina e resolução de conflitos que possam existir voltados ao precípua objetivo de não afetar o comércio, prestação de serviços do setor de pós venda e imagem da própria marca perante os consumidores. Não implica em restrição do direito à livre concorrência. A propósito, já decidiu esta Corte de Justiça em 1985, com relatoria do Des. Freitas de Camargo:

‘CONCESSÃO COMERCIAL – Concessionária de veículos – Área de exclusividade – Invasão – Direito do prejudicado a parte do ganho – Percentual não fixado – Irrelevância – Aplicação do estabelecido em convenção da marca em face da Lei 6.729/79. O concessionário que viola área exclusiva alheia é obrigado a destinar parte do ganho auferido ao concessionário respectivo. A regulamentação do percentual respectivo – possível de ser estabelecido em convenção de marca, ante o que dispõe o n. XIII (parte final) do art. 19 da Lei 6.729/79 – tem por finalidade facilitar sua aplicação automática, dispensando processos e arbitramentos judiciais ou mesmo extrajudiciais, mas não retira sua auto-aplicabilidade nas hipóteses em que o percentual não esteja previamente fixado (RT 600/71)’.

E adotando essa dimensão de análise que afasta o prisma do direito do consumidor e isola o direito empresarial e o sistema da Lei Ferrari para, aceitando a validade das convenções, verificar a juridicidade dos atos do caso concreto e dependendo de prova, portanto, a decisão alinha-se ao entendimento que o STJ vem adotando ao reconhecer que apenas a venda ativa fora da área é condenável pela lei, como se depreende dos julgados RESP 3836-MG; 88565-SP; 59382-SP; 37822-SP; 100752-SP.

Aliás, o RESP 3836-MG, considerado como *leading case* na definição de qual seria a prática ativa vedada pela lei, julgado em 18 de dezembro de 1990 e de relatoria do Ministro Salvo Figueiredo, contém a seguinte ementa:

Concessionária de veículos. Demarcação de área. Consumidor residente em outro domicílio. Inteligência do art. 5. da Lei 6.729/79. Hermenêutica. Revelia. Recurso conhecido mas desprovido. – A proibição contida no art. 5. da Lei n. 6.729/79, a vedar a concessionária a operar em outras áreas, pressupõe postura ativa. Diz respeito ao estabelecimento de filial, agência ou escritório de vendas fora dos limites da área demarcada, ou a manutenção, além desta, de representantes comerciais, sob qualquer forma, assim como ao envio de vendedores ao setor de outra igual, a fim de ofertar seus veículos, não constituindo vedação a simples venda da mercadoria a consumidor domiciliado além dos limites fixados que procura a concessionária em sua base de comercialização. - A interpretação das leis é obra de raciocínio mas também de sabedoria e bom senso, não podendo p julgador ater-se exclusivamente aos Vocábulos mas, sim, aplicar os princípios que informam as normas positivas.

Por outro lado e demonstrando o risco da judicialização das discussões do setor, o entendimento que atribui o poder convencional de estabelecer as regras para todo o segmento foi negado pelo acórdão proferidos nos autos do Agravo de Instrumento nº 990.10.422056-4

em julgamento de 20 de outubro de 2010 e relatoria do desembargador Pedro Baccarat concluiu que a disposição da convenção de marca que elegia o foro de eleição para dirimir conflitos advindos da disputa de áreas operacionais não era válida, uma vez que os concessionários não teriam participado da contratação.

Demonstra-se, então, ser desejável que, na busca de segurança jurídica e previsibilidade, o segmento da distribuição automotiva seja ativo na criação de alternativas capazes de contribuir para o amadurecimento e desenvolvimento das discussões relativas às áreas operacionais e a forma de solução de controvérsias advindas dessa previsão legal que as reconhece como elemento essencial do contrato de concessão.

A verificação do comportamento esperado de boa-fé na atenção ao limite de atuação contratualmente previsto e o dever lateral de cooperação nos termos como antes delineados, portanto, é crucial para o adimplemento contratual no contrato de concessão comercial, afinal, é por meio dele que se concretiza o vínculo entre “fornecedor e distribuidor, mas também entre os próprios distribuidores” (FORGIONI, 2008, p. 136).

Esta dimensão de calibração do comportamento esperado coaduna-se com a função exercida pela cooperação e espírito solidário de proteção dos recíprocos interesses dos atuantes na rede de distribuição, fazendo sentido e conexão lógica com a adequada compreensão do processo histórico e do contexto da aprovação do texto da lei que regulamenta a concessão comercial.

O tema está devidamente delimitado, o que nos permite partir para um aprofundamento da análise.

Entretanto, uma ressalva: toda a discussão de área operacional e das obrigações contratuais e convencionais que fixam as normas e procedimentos para atuação estão na eminência de serem desafiadas quando as vendas pela internet ganham, dia a dia, mais corpo e, logo, serão parte integrante do cotidiano dos comerciantes.

Essa mesma preocupação foi assim destacada por Forgioni (2008, p. 246):

Outro fator que gera discussão diz respeito à venda de automóveis pela internet. Será a venda a um consumidor situado fora da área de concessão considerada como venda ativa? Em que medida a manutenção de um *site* de vendas na internet pode significar uma postura agressiva de captação de clientela? Como vimos anteriormente, a Europa recentemente tratou a matéria ao rever sua orientação sobre os acordos verticais, entendendo que as vendas pela internet podem ser passivas, a não ser que dirigidas especificamente a um consumidor ou a grupo de consumidores localizados fora da área. Entre nós, o problema está em aberto.

Parece ser inevitável que a compreensão da matéria nesse particular deva ser repensada.

Não convence que por muito mais tempo será possível transpassar os conceitos de “venda ativa” e “venda passiva” anteriormente descritos e conformados para uma realidade de transações *offline* para as situações de interações jurídicas via *online*.

Além disso, o pressuposto para aferição da mácula à legislação em vigor está em demonstrar que o concessionário invasor agiu de forma ilegal, atuando diretamente ou através de prepostos fora de sua área operacional, o que parece ser de muito difícil aferição e controle no caso de venda pela internet, gerando-se então uma solução ineficaz.

Tem-se, assim, uma situação aparentemente paradoxal.

De um lado, o mercado interconectado pela internet e os consumidores plenamente livres para adquirirem os bens que desejarem no local que melhor lhes convier. De outro lado, a legislação que reconhece as áreas operacionais como inerentes à concessão comercial e proibindo que concessionários atuem de forma ativa fora da que foi definida no contrato de concessão.

A definição das áreas permite que tanto o fornecedor quanto o distribuidor calculem o potencial do mercado que será atingido e estabeleçam seus programas de comportamento em decorrência da concessão (investimentos, ações comerciais, estabelecimento de metas e cobrança de desempenho, organização da produção e distribuição dos produtos, prazos, etc.) conforme o potencial e a penetração da marca naquele mercado.

Assim, caso um concessionário passe a atuar predominantemente com vendas pela internet para consumidores estabelecidos fora de sua área operacional, ter-se-ia, em tese, um desatendimento por ele do mercado de consumo onde está estabelecido, já que é este que é utilizado para fins de cálculo e estabelecimento de quotas, metas e *standards* de comportamento. Além disso, também tese, isso poderia representar um desequilíbrio na oferta do mercado onde está estabelecido o concessionário invadido.

Entretanto, tais distorções só terão relevância se ocorrerem de forma significativa e, se assim o for, o fato é que a definição originária da capacidade da área *vis-à-vis* o tamanho do mercado estava equivocada.

Se houver conflito em decorrência da área operacional de atuação dos concessionários, a solução comunica-se com polos de interesses diversos, ou seja, das concessionárias individualmente consideradas, da rede de concessionárias e da concedente que tem, em última análise, o mais legítimo interesse em ter uma rede de distribuição focada na conquista de mercado e no atendimento e fidelização de clientela.

Diante disso, é pertinente revisitar o papel que a concedente e a associação de marca podem assumir nessas disputas, o que faremos a seguir.

3.3 Os incentivos para a atuação na área operacional feitos por meio de convenções de marca

Ao longo do presente texto já cuidamos de analisar a natureza jurídica da representação concedida às associações representativas das categorias econômicas e das marcas, bem como a natureza jurídica das disposições convencionais firmadas com “força de lei” entre elas.

As convenções mencionadas no caput do artigo primeiro da Lei nº 6.729/1979 são aquelas que estão previstas no artigo 17 e que são, (i) “convenção de categoria econômica”, quando firmadas pelas entidades representativas da produção e da distribuição; ou, (ii) “convenção de marca”, quando firmada entre um produtor e sua respectiva rede de distribuição, representada por entidade civil de âmbito nacional.

Considerando que, como visto, a própria lei estabelece limites essenciais ao contrato de concessão comercial entre produtores e distribuidores, remanesce às convenções disporem sobre as matérias previstas nos artigos 18 e 19 daquele diploma legal.

Analizamos também que o controle dos conteúdos e, a bem da verdade, a própria validade das disposições convencionais, são restringidas pela própria lei que as criou, além dos outros microssistemas jurídicos, notadamente o do direito do consumidor e da concorrência.

Não poderíamos deixar de anotar que os comentários de validade da lei perante os sistemas de defesa do direito do consumidor e da concorrência atingem também as convenções que na Lei Ferrari são previstas. Nesse particular, vale frisar a lição de Forgioni (2008, p. 54), que asseverou que:

[...] para o direito concorrencial (e, principalmente, para a Lei Antitrust brasileira), pouco importa que um contrato seja definido como de distribuição ou de representação comercial. O que realmente é levado em conta são os resultados concorrenciais gerados, o impacto sobre o mercado. Por sua vez, será o direito contratual privado que nos dará elementos para caracterizar o contrato de distribuição em si.

Os acordos verticais e os contratos da distribuição identificam-se na medida em que podemos visualizar um centro comum de suas funções econômicas: o escoamento da produção pelo sistema de vendas diretas. Repita-se, contudo, que, sob o prisma do direito concorrencial, a ênfase recai sobre as restrições verticais (aposições contratuais que normalmente impactam o mercado), enquanto, no direito contratual, o ponto cardeal é o tipo de negócio adotado para o escoamento da produção que dará forma às relações jurídicas (e econômicas) que se estabelecerão entre as partes.

No trecho supratranscrito, a abordagem dos efeitos concorrenciais dos contratos de distribuição e sua classificação como uma espécie de *acordo vertical*⁴³ se dão na caracterização dos efeitos concorrenciais do contrato sob o mercado.

Não vemos como tratar de forma diversa as convenções, que afinal é uma das possíveis formas jurídicas que o acordo vertical pode encerrar.

As convenções de marca que tratam das vendas fora das áreas operacionais atribuídas nos contratos de concessão acabam por gerar incentivos para que os concessionários atuem dentro delas, com efeitos, efetivamente, de acordos verticais. Isto é, atuam também como forma complementar de organização da distribuição indireta, como é da própria natureza dos contratos da distribuição⁴⁴.

Os incentivos, a depender da marca, podem ser no sentido de atribuir responsabilidade de o vendedor pagar determinados valores, normalmente ligados ao custo da assistência técnica em garantia que será arcado pelo concessionário invadido; ou no sentido de utilizar a performance e atingimento de meta dentro da área operacional como método de cálculo de bonificações pela concedente.

Não raramente, inclusive, os concedentes, visando a que seus concessionários otimizem a atuação dentro de uma certa área geoeconômica e, dessa forma, maximizem o acesso ao mercado consumidor dessa mesma área, acabam por criar incentivos para que os distribuidores atinjam metas e volumes de vendas.

⁴³ Priscila Brolio Gonçalves (2002, p. 143) esclarece que a terminologia “relações verticais” e “horizontais”, assim como “restrições verticais” e “horizontais”, largamente utilizadas na área antitruste, não remete a conceitos jurídicos e sim econômicos.

⁴⁴ Tradicionalmente enxerga-se o processo do escoamento da produção em duas modalidades: direta e indireta. A direta seria aquela em que o fornecedor, por meio de estruturas por ele controladas e por sua responsabilidade própria, faz o produto ou serviço chegarem às mãos do consumidor. A indireta caracteriza-se como sendo a hipótese em que as funções de comercialização ao consumidor ficam a cargo de empresas totalmente independentes e, nesse caso, o fornecedor fica totalmente alheio à distribuição, definição de preços, condições comerciais, prestação de serviços de venda e pós-venda. Entendemos que essa classificação não alcança adequadamente a hipótese da distribuição definida pela Lei nº 6.729/1979. Isso porque em uma análise rápida, poder-se-ia concluir tratar-se de clara hipótese de distribuição indireta. Mas essa conclusão estaria correta apenas em parte, uma vez que, no sistema da concessão comercial de veículos automotores, ainda que o distribuidor assumo o risco do negócio, tendo como objetivo o lucro decorrente da margem entre o valor que compra do fornecedor e valor que vende ao consumidor, não possui o distribuidor liberdade irrestrita para atuação face à existência – juridicamente admitida – de acordos verticais entre as concedentes e as redes de concessionários. Veja-se, por exemplo, que a própria Lei nº 6.729 admite a possibilidade de ocorrer a “venda direta”, supondo, entretanto, que ela viabiliza-se “através da rede de distribuidores”. Parece-nos, portanto, que há uma terceira hipótese da modalidade de escoamento da produção por meio dos contratos de distribuição que é a “forma mista”, em que o fornecedor e o distribuidor possuem papéis econômicos relevantes. Para nós, tal observação tem relevância jurídica, uma vez que, nessa hipótese “mista”, o risco dos resultados do negócio (e seu risco) devem ser compartilhados.

Trata-se do estabelecimento de uma metodologia de conquista de mercado e instrumento de competição entre marcas fomentado pelos fornecedores, aliás, como subjaz da organização do escoamento da produção.

Um dos mais conhecidos incentivos, que recebe diferentes nomenclaturas no mercado, é aquele utilizado para fomentar vendas na área operacional determinada pelo contrato de concessão⁴⁵, por intermédio de programas promovidos pela montadora e convencionados com as redes, em que o distribuidor é recompensado financeiramente ou com pontuação como critério para recebimento de compensação financeira por realizar vendas conforme ou acima das metas, na sua área operacional.

A verificação da ocorrência da venda “dentro ou fora da área operacional” se dá, no caso da distribuição automotiva, pelo cruzamento da área atribuída ao concessionário e o domicílio declarado pelo consumidor.

Caso o domicílio do consumidor esteja fora da área operacional, para todos os efeitos dos programas de incentivo, a venda não é incluída nos cálculos das bonificações.

Assim é que existem queixas no sentido de os distribuidores – visando a não perder o incentivo ou a não serem obrigados a arcar com valores pecuniários em favor do concessionário invadido – deixarem de atender a consumidores que não estão domiciliados dentro da sua área operacional, ainda que a iniciativa do consumidor tenha sido de busca espontânea, agindo, segundo alega-se, em prejuízo do consumidor.

Como visto nas citações jurisprudenciais do capítulo anterior, o sistema de áreas operacionais gera conflitos entre os distribuidores, sendo que a solução administrativa por meio da atuação das associações de marca não tem dado conta de resolver tais conflitos.

Além disso, há uma realidade concreta da existência de discussões judiciais e administrativas⁴⁶ que colocam o questionamento do sistema de incentivos de atuação nas áreas na dimensão da concedente e da rede como um todo considerada.

⁴⁵ Esse “bônus” recebe nomes distintos nas mais variadas marcas, mas trata-se do mesmo matiz de comportamento, ou seja, reconhecer o atendimento do mercado operacional da concessionária.

⁴⁶ Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nº 0070829-80-2012.8.26.0100 – TJSP; 0070830-65-2012.8.26.0100 – TJSP; 004835-71-2013.8.26.0100 – TJSP; 0070831-50-2012.8.26.0100 – TJSP; Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em Santa Catarina nº 5017205-19.2012.404.7200, com origem no Inquérito Civil Público nº 1.33.005.000109/2008-66; Inquérito Civil Público presidido pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal nº 08190.044188/12-32; Procedimento Administrativo 1.19.000.001112/2007 presidido pelo Ministério Público do Estado do Pará; Averiguação Preliminar nº 08012.010760/2007-82, instalada perante a Secretaria de Direito Econômico – Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Essas demandas questionam as consequências dos incentivos da atuação dos concessionários em suas áreas, imputando a tais incentivos, ou pelo menos às externalidades promovidas por eles, a pecha de promoverem a “reserva de mercado”⁴⁷.

Nessa intersecção de interesses, direitos e obrigações, vale transcrever a lembrança feita por Leães⁴⁸ (1998, p. 54) em relação aos destinatários da norma que prevê a atuação conforme certa área operacional, no seguinte sentido:

No sistema de áreas operacionais de responsabilidade, a tônica é dada na responsabilidade que o concessionário assume ao lhe ser atribuída competência para operar em determinada zona geoeconômica, sendo como tal, lícita, pois não agride a liberdade de concorrência.

Essa responsabilidade do concessionário, aliás, é tríplice, tendo em vista os seus variados destinatários: o concedente, o consumidor e os demais concessionários.

Os inquéritos civis, procedimentos administrativos e as ações judiciais propostas pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal⁴⁹ não serão objeto de análise neste trabalho uma vez que remetem para uma discussão de natureza concorrencial, distanciando-se da busca de um mecanismo adequado de solução de conflitos decorrentes da área operacional que se pretende no presente texto, entretanto, contribuem para reforçar o raciocínio que estimula um olhar estratégico sobre a condução dos litígios do setor, e, principalmente, à causa de surgimento dos mesmos.

O sistema da distribuição automotiva, nos termos já citados da Lei Ferrari, tem justo interesse e, mais que isso, legitimidade jurídica para regular, por meio de convenções firmadas entre concedentes e associação de concessionários, temas de interesse do segmento.

Evidentemente que tal regulação sofrerá limitação dos outros microssistemas de direito, notadamente do direito à concorrência e do direito do consumidor.

Estes são, aliás, os principais argumentos das Ações Civis Públicas antes mencionadas. Defendem os promotores que a adoção de qualquer medida que incentive o concessionário a

⁴⁷ Em agosto/2014, o TJSP manteve sentença de outubro de 2013, que julgou improcedente o pedido formulado pelo MPE na Ação Civil Pública nº 0070831-50.2012.8.26.0100, por ausência de provas da alegada “reserva de mercado”.

⁴⁸ RDM 110/18, 1998.

⁴⁹ Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nº 0070829-80-2012.8.26.0100 – TJSP; 0070830-65-2012.8.26.0100 – TJSP; 004835-71-2013.8.26.0100 – TJSP; 0070831-50-2012.8.26.0100 – TJSP; Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em Santa Catarina nº 5017205-19.2012.404.7200, com origem no Inquérito Civil Público nº 1.33.005.000109/2008-66; Inquérito Civil Público presidido pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal nº 08190.044188/12-32; Procedimento Administrativo 1.19.000.001112/2007 presidido pelo Ministério Público do Estado do Pará; Averiguação Preliminar nº 08012.010760/2007-82, instalada perante a Secretaria de Direito Econômico – Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

atuar na sua área operacional acaba, de alguma maneira, limitando o livre direito de escolha do consumidor (art. 5, § 3º L. 6.729/1979; art. 39, II, IX do CDC) e incorrendo em atos de abuso do poder econômico (art. 36, I, III, V e 21, X, XI, XII e XIII da Lei nº 12.529/2011), fazendo nascer a responsabilidade solidária entre o concedente e o concessionário (art. 34 CDC).

Os acordos feitos mediante convenção de marca, para valerem contra terceiros, devem ter publicidade conforme determina o § 1º do artigo 17 da Lei Ferrari⁵⁰, assim é que seu conteúdo e, logo, o controle da validade dele está acessível a todos, indistintamente e a todo tempo.

O controle do conteúdo das convenções, portanto, não pode ser afastado de apreciação do poder judiciário, inclusive sob pena de, em se admitindo isso, limitar-se eficácia à própria previsão constitucional de livre acesso.

Entretanto, parece-nos que não está em questão a aceitação pelo sistema jurídico vigente da legalidade dos acordos setoriais, mas, sim, o fato de que algumas práticas adotadas no segmento merecem reflexões mais aprofundadas, a fim de possibilitar maior segurança jurídica nas operações e evitar riscos de decisões judiciais decorrentes da multilitigiosidade, acabar por influenciar na estrutura de um sistema de distribuição que tem funcionado há muitos anos.

Exemplo concreto dos riscos apontados é o acórdão proferido pela 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo de relatoria do desembargador Sá Duarte, que, ao julgar a Apelação nº 0116822-2009.8.26.0100, adotou integralmente os argumentos da sentença de primeiro grau que indeferiu o pedido de ressarcimento por nove invasões de área e que havia sido julgado de forma unânime no seio da associação de marca, fazendo destacar os seguintes argumentos:

De mais a mais, os interesses alheios aos distribuidores, inclusive dos concedentes, alastram que a exclusividade geográfica foi revogada, na medida em que a referida Lei estabeleceu, no art. 5º § 3º, o seguinte: § 3º – “O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta Lei em qualquer concessionário”. O referido artigo prevê, para o consumidor, o direito de adquirir o bem objeto da concessão no local que melhor lhe convier. Isso significa que, o cliente pode comprar no concessionário de sua escolha, embasando-se o referido dispositivo legal ao Código de Defesa do Consumidor, que se opõe a qualquer reserva de mercado. [...] Veja que o parágrafo 4º, do artigo 173, da Constituição Federal, em complemento, cuida de delegar à lei ordinária a efetiva repressão do abuso do poder econômico que vise à eliminação da livre concorrência entre os particulares. Em perfeita consonância com tal comando constitucional, o artigo no artigo 5º § 3º, da lei 6729/79, assim redigido: ‘O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta Lei em qualquer concessionário’. Ora, até aqui chegados, indaga-se: não atentou contra a nossa própria Ordem

⁵⁰ Lei nº 6.729/1979, art. 17, § 1º: “Qualquer dos signatários dos atos referidos neste artigo poderá proceder ao seu registro no Cartório Competente do Distrito Federal e à sua publicação no Diário Oficial da União, a fim de valerem contra terceiros em todo território nacional”.

Econômica o disposto no artigo 5o, da Terceira Convenção Parcial e Provisória da Marca Honda sobre Vendas de Veículos Novos Fora da Área de Atuação?!

[...]

Conquanto, o objetivo real da ASSOHONDA, através da **demarcação da área de atuação de cada concessionário, nada mais é do que a formação de CARTEL**, impondo aos consumidores a venda de determinados bens com o objetivo de dominar preço, distribuição e regularização de consumo. (grifo nosso).

Veja então que a decisão supratranscrita, em sentido diametralmente oposto à jurisprudência que vem se formando há vários anos, aponta como atentatório aos direitos do consumidor e como cartelização a estipulação de regras de compensação a valer exclusivamente entre os concessionários no caso de invasão de área.

Tal orientação atenta contra o próprio sistema da concessão comercial da forma como forjada para o Brasil, especialmente sobre a essencialidade das áreas operacionais de responsabilidade dos concessionários.

Do nosso ponto de vista, o sistema automotivo, formado pelos produtores e distribuidores, deve encaminhar soluções para que decisões desse jaez não se proliferem pelo país trazendo custos e incertezas para as operações no mercado.

Um dos encaminhamentos possíveis para atingir esse objetivo é o que avaliaremos a seguir.

4 SUGESTÃO DE INSERÇÃO DE CLÁUSULA ESCALONADA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NAS CONVENÇÕES DE MARCA QUE TRATAREM DE ÁREA OPERACIONAL

A atuação de concessionários de forma ativa fora da área operacional que lhe fora atribuída no contrato de concessão pode acarretar conflitos. Tais conflitos decorrem da disputa por mercado que, no caso da concessão comercial, deve ocorrer respeitando os termos da Lei nº 6.729/1979 e em conformidade com as características e conceitos do contrato de concessão.

Compete então avaliar a adequação da adoção de formas alternativas à solução de tais controvérsias, especialmente a adoção da mediação e da arbitragem, o que se fará em seguida.

4.1 Noções elementares sobre mediação e arbitragem

A concessão comercial, como já visto, contempla uma série de relações jurídicas que, potencialmente, podem gerar litígios.

Além da relação continuada com a própria concedente, registra-se o frequente e intenso relacionamento entre concessionárias e instituições financeiras que fomentam as operações, com as empresas fornecedoras de soluções tecnológicas e outros serviços necessários à atuação dos distribuidores, das concessionárias com suas associações de marca.

Uma das relações advinda do contrato de concessão é aquela que se forma entre os distribuidores de uma mesma marca, notadamente na obrigação de atuarem dentro das áreas operacionais que lhes são destinadas, sendo frequente, como visto, litígios decorrerem da disputa por clientela.

A solução para tais disputas, atualmente, vem sendo adotada em dois âmbitos.

O primeiro, administrativo, por meio da adoção de soluções *interna corporis* que podem se manifestar em duas dimensões: (i) julgamentos administrativos com imposição de penalidades a serem executadas pelas concedentes; e (ii) concessão de premiação para atuação dentro das áreas operacionais definidas no contrato de concessão.

Em ambas as dimensões administrativas, a definição das regras sob as quais estão subsumidas as concessionárias é prevista em convenção de marca.

O segundo, judicial, por meio da discussão jurisdicional acerca do dever de indenizar que o concessionário teria no caso de atuar de forma ativa diretamente ou por intermédio de terceiros fora da área operacional definida em seu contrato de concessão.

Em qualquer das hipóteses anteriores, vê-se que a abordagem para a solução dos litígios adota uma posição aprioristicamente de visão de interesses contrapostos, razão pela qual se acredita existir espaço, inclusive institucional, para a prática de uma nova visão cooperativa e construtiva de solução desses conflitos no segmento da distribuição automotiva.

Para além disso, entende-se que dada a mudança comportamental de consumo e a facilidade na oferta face o incremento significativo de operações pela internet, o segmento da distribuição necessita de novos espaços de discussão onde seja possível expandir e renovar os conceitos que classicamente se formaram como essenciais para a atividade da distribuição, como o da área operacional, conforme mencionado anteriormente neste trabalho (fls. 38 infra).

A disputa entre os distribuidores pela fixação de compensações em decorrência da venda ativa de bens fora da área operacional ou os conflitos que decorrem dessa previsão contratual geram externalidades negativas ao sistema automotivo e, em especial, ao da distribuição de automóveis que, no longo prazo, pode se ver ameaçado por decisões judiciais que inovam nos conceitos que historicamente se consolidaram nessa modalidade comercial, trazendo insegurança aos investimentos realizados.

Da mesma forma, essas disputas não interessam às concedentes, que acabam por ter que administrar conflitos na rede de distribuição ou responder ações que questionam as políticas implementadas para maximização dos ganhos para marca nas áreas operacionais ocupadas por suas concessionárias, dispendendo uma enormidade de recursos e energia para essa gestão.

Dado que os conflitos já existentes em decorrência de vendas fora da área operacional devem aumentar, uma vez ser corriqueira a utilização da internet para realizar e fechar negócios, o que trará novos desafios para conceituação e controle de atuação em áreas operacionais, parece recomendável pensar em novas formas de o setor encaminhar essas questões e que sejam capazes de atender às pessoas envolvidas e ao tipo de conflito (GABBAY, 2013, p. 10).

Para a harmonização dos conflitos decorrentes de invasão de áreas, acreditamos ser cabível evoluir dos mecanismos administrativos para soluções de conflitos (tribunais de ética) ou adjudicatórios advindos do poder judiciário para a adoção de mediação nas disputas entre os concessionários.

Tal visão encontra respaldo em Watanabe (2012, p. 88), que assevera:

Sabemos, no entanto, por experiência própria, que há conflitos de interesses que, em razão de sua natureza peculiar e das particularidades das pessoas envolvidas, exigem soluções diferenciadas, muitas vezes bem diversas das que decorreriam da pura aplicação de uma norma jurídica aos fatos, da solução pelo critério do ‘certo ou errado’, do ‘tudo ou nada’, do ‘branco ou preto’, que é a dada pelo método da solução adjudicada pela autoridade estatal.

Nos conflitos em que as partes estão em contato permanente, por exemplo, entre vizinhos, entre duas pessoas que pertencem a uma mesma associação ou empresa, entre marido e mulher, entre comerciante e seu fornecedor, e outros similares, é altamente desejável que a solução do conflito, na medida do possível, preserve a coexistência das pessoas envolvidas, com a continuidade das relações entre elas existentes. E semelhante solução muito dificilmente poderá ser alcançada por meio de sentença. Somente com os meios consensuais, como a mediação e a conciliação, em que a busca da solução se dá com a direta participação das próprias partes interessadas, que conhecem melhor do que ninguém suas peculiaridades, suas necessidades e suas possibilidades, poderá ser encontrada a solução mais adequada para esse tipo de conflitos de interesse.

E esse caminho é, de fato, uma alternativa para além da simples mudança de foro para solução do conflito, dadas as características intrínsecas à mediação.

A mediação não é uma forma nova na solução das controvérsias: “[...] os caminhos da mediação são tão longos como a história da humanidade. E por serem tão amplos e complexos, sua narração integral se apresenta como um desafio quase intangível [...]” (LEVY, 2013, p. 85)⁵¹. Trata-se, por outro lado, de um caminho possível para se adotar uma nova visão sobre o

⁵¹ Capítulo I – Dos meios de solução de conflitos: um novo olhar

papel que o mecanismo de solução de conflitos desempenha. Sob o enfoque dado por Bush e Folger (2005) na análise da história da transformação⁵², a mediação tem potencial de transformar as relações humanas e, por consequência, a sociedade.

Inserir-se no campo da cultura da paz e, como alertam Galvão Filho e Weber (2008, p. 11), “[...] não se pode pensar a mediação à luz da cultura tradicional do processo de conflitos, processo adversarial ou processo de sentença, decorrente do exercício da Função Judiciária decorrente da imposição da jurisdição [...]”.

Na busca da pacificação social, a mediação apresenta-se como processo voluntário e consensual de solução⁵³ de conflito, juntamente com a negociação direta entre as partes (autocomposição) e a conciliação, da qual se difere pela função exercida e papel assumido pelo terceiro de quem se espera uma sugestão para a solução consensual do litígio. Nesse diapasão, a jurisdição estatal e a arbitragem caracterizam-se por serem processos adjudicatórios, a última voluntária, traço comum a todos os meios alternativos de resolução de conflitos.

As características e as diferenças de cada modelo alternativo de solução de conflitos estão muito bem representadas pelo quadro apresentado por Juan Carlos Vezzulla (2004) e a seguir adaptado:

Quadro 2 – Características dos modelos contenciosos e não contenciosos

CONTENCIOSAS	NÃO CONTENCIOSAS
Processo judicial	Negociação
Arbitragem	Conciliação
	Mediação
CARACTERÍSTICAS	

⁵² Esses autores analisam a mediação tratando-a sob quatro enfoques: (i) o da história da mediação, em que, ao contrário da mediação individualista voltada para a solução do conflito, adota-se uma dimensão de transformação das relações entre os indivíduos e o meio em que estão inseridos; (ii) o da justiça social, como modo de organizar vínculos e estruturas comunitárias sólidas; (iii) da opressão, que seria o aspecto negativo, uma vez que, em muitos casos, a mediação acabou por favorecer o polo mais forte da relação; (iv) da satisfação, como uma ferramenta poderosa para contribuir no atingimento da satisfação das necessidades humanas por meio de facilitação da resolução dos problemas.

⁵³ Fernanda Tartuce (2008, p. 106) defende a utilização do termo *composição* no lugar de *solução* ou *resolução de conflitos* sob o argumento de que aquele melhor se coaduna com um sistema não adversarial de solução de controvérsias. A Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, entretanto, dispõe sobre a mediação como meio de *solução* de controvérsias, termo que adotamos para nos referir a essa modalidade alternativa de resolução de conflitos.

As partes enfrentam-se	As partes cooperam
O procedimento é controlado por terceiros (na arbitragem é misto: o controle começa pelas partes e depois pelo árbitro)	As partes controlam o processo
Um terceiro decide	As partes decidem
Centra-se no passado	Trata do presente e do futuro
Trabalha sobre a realidade formal	Trabalha sobre a realidade real
Não pode ser interrompido (na arbitragem, a partir do compromisso)	Pode ser interrompido
O seu resultado não satisfaz plenamente	O acordo satisfaz plenamente (exceto a conciliação)
O resultado pode não resolver o conflito	O acordo resolve o conflito (exceto a conciliação)

Fonte: VEZZULLA, 2004, p. 81. (Adaptado).

Quando se concebe a mediação como forma de solução de litígios potencialmente transformadora da realidade dos conflitos entre distribuidores de automóveis, fazemo-lo sob a perspectiva da adoção da mediação de caráter facilitativo e transformativo⁵⁴. Isso porque as linhas de condução da mediação podem ser definidas conforme o papel que o mediador adota na condução da mediação.

Não cabe no presente texto discorrer sobre as técnicas conhecidas de mediação, cujas principais escolas nas palavras de Levy (2013, p. 50)⁵⁵ são a Escola Transformativa para quem a meta final é a transformação das relações conflituosas, Escola Tradicional-linear que tem no projeto de negociação de Harvard seu grande representante e que tem por objetivo gerar acordos eficientes a partir de negociação baseada em princípios e padrões justos e a Escola Circular-narrativa que atribui papel fundamental à comunicação e, através de técnica específica, empodera os mediandos a encontrarem a solução para seus conflitos.

Cumprido, entretanto, registrar que por ser atividade que exige preparo e vocação deve ser realizada por facilitador capacitado.

Na mediação facilitativa que se contrapõe à mediação valorativa, o mediador atua como terceiro imparcial e neutro que, dotado de técnica, ajuda as partes a encontrarem a melhor solução para o conflito. Na mediação valorativa, por sua vez, o mediador assume uma função de oferecer sugestões para solução, podendo opinar, sugerir e valorar o que se está em jogo, atuando, conceitualmente, muito mais como um agente conciliador.

Como expõe Luchiari (2012, p. 26), “[...] esse modelo busca melhorar a qualidade das relações interpessoais, através de sua transformação [...]”.

⁵⁴ Sobre as várias escolas de mediação, verificar Luchiari (2012, p. 24-30), Demarchi (2007, p. 112-128), Gabbay (2011, p. 52-61)

⁵⁵ Capítulo I – Dos meios de solução de conflitos: um novo olhar

A mediação caracteriza-se como autêntico método alternativo de solução de controvérsias, ao lado de outros como a negociação, a conciliação e a arbitragem, com os quais guarda características comuns, como a liberdade de contratar, a flexibilidade para estabelecer procedimentos, inclusive nomear técnicos para analisarem os conflitos, a confidencialidade, os prováveis menores custos e a celeridade.

O modelo de mediação foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro em 2015 com a promulgação da Lei nº 13.140 de 26 de junho, que dispõe sobre regras comuns e específicas da mediação judicial e extrajudicial entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e no que concerne à função do mediador:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I – imparcialidade do mediador;
- II – isonomia entre as partes;
- III – oralidade;
- IV – informalidade;
- V – autonomia da vontade das partes;
- VI – busca do consenso;
- VII – confidencialidade;
- VIII – boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.
[...]

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito [...].

O legislador brasileiro reconheceu os princípios descritos no artigo 2º da Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 como aqueles conceituadores da mediação no país, coincidindo, em grande parte, com as recomendações do Código de Ética estabelecido pela Resolução nº 125/2010 CNJ⁵⁶. A positivação de tais princípios válidos tanto para a mediação extrajudicial

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e

privada ou institucional como para a judicial, juntamente com o aprofundamento do tratamento legal da matéria dado pela Lei 13.140 de 2015 (art. 2º) e do novo Código de Processo Civil (arts. 3º, § 2º; 166; 334, §§ 5º e 8º) darão novo impulso a adoção de tal método na solução das controvérsias. É o que se sugere para o segmento automotivo.

4.2 Adoção de mediação na solução de controvérsias entre concessionários

Como foi visto ao longo do presente texto as concessionárias exercem sua atividade em um ambiente de negócios bastante particular.

Em decorrência de disposição legal estão obrigadas a respeitar as áreas operacionais que lhes são atribuídas por meio do contrato de concessão, sendo que tal adimplemento é, também, manifestação do comportamento eivado de boa fé objetiva que se espera dos participantes da rede de distribuição, ou como corolário dela, dos deveres laterais de conduta, especialmente da cooperação, da lealdade e da solidariedade.

Além disso, tal obrigação gera efeitos não apenas entre os polos do contrato de concessão – concedente e concessionária – mas também entre os próprios concessionários, ou seja, trata-se de uma obrigação da qual é credora a rede formada entre todos os distribuidores, materializando-se no compromisso dos concessionários se absterem de captar clientela fora da área operacional estabelecida no contrato de concessão.

Para incentivar tal cumprimento muitas redes, representadas pelas suas associações, estabelecem juntamente à concedente, bônus ou penalidades para a atuação dentro ou fora das áreas operacionais. Ocorre que tais procedimentos, em que pese premiarem ou onerarem financeiramente o concessionário adimplente ou inadimplente, acabam por não resolver o conflito de base que está intimamente ligado a própria função e conceito, tido pela lei que rege o setor como essencial ao contrato, de área operacional.

A não resolução da questão de base do conflito acabar por ocasionar a judicialização dos mesmos, abrindo-se o risco de decisões judiciais conflitantes ameaçarem a segurança jurídica do ambiente de negócios da distribuição de veículos, como por exemplo, entender como ilícita a convenção de marca que estabelece regras relativas a atuação dentro e fora da área

dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 15 set. 2015.

operacional, mecanismo vastamente adotado como forma de organização do escoamento da produção e maximização de acesso ao mercado consumidor pelos concedentes e sua rede.

Some-se o fato que as justificativas que permearam a formulação conceitual sobre o papel da divisão do mercado em áreas operacionais para maior ganho de eficiência no escoamento da produção encontra-se, neste momento, em plena ebulição dada a facilidade e crescimento das operações de venda de veículos via internet, o que muito provavelmente, colocará em questionamento as premissas clássicas sobre a utilidade para fins do contrato de concessão, da definição ou própria existência das áreas operacionais.

Tem-se, portanto, como muito útil e também necessária a criação de ambientes conciliativos para discussão e compreensão ampla sobre a matéria, função que a adoção da mediação como forma de solucionar tais controvérsias poderá exercer.

A distribuição automotiva no Brasil, ao adotar esse método para solucionar as disputas entre os distribuidores decorrentes das áreas operacionais, também poderá aproveitar-se dos seus efeitos, para além das vantagens de preservação da relação entre as partes, da confidencialidade, da economicidade e da rapidez, características da mediação.

Referimo-nos aos ganhos a partir da dimensão da eficácia da mediação, que pode ser medida para muito além da obtenção do êxito como é conhecido nas disputas litigiosas. A apuração do sucesso na mediação pode se dar, especialmente, na transformação da relação entre os envolvidos e, dessa maneira, abre a possibilidade de um ambiente de discussão técnica e institucional, em que os conceitos da boa-fé objetiva atinentes ao contrato de concessão e seus aspectos relacionados ao dever de cooperação e solidariedade poderão ser apreendidos e valorizados pelos integrantes da rede, podendo, potencialmente, projetar efeitos para após a ocorrência da mediação, fenômeno denominado por alguns autores como efeitos de segunda ordem, como destaca Fernanda Rocha Lourenço Levy (2013, p. 34)⁵⁷.

Emprestamos a definição de Gabbay, Faleck e Tartuce (2013, p. 45) para quem “[...] Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas [...]”, para justificar que tal método poderá servir de importante ferramenta para desenvolvimento do segmento que há anos encontra-se estagnado nas disputas de áreas a partir de um viés litigioso, e arcando com relevantes custos nas disputas privadas e também naquelas promovidas pelos Ministérios Públicos conforme demonstrado ao longo do presente texto.

⁵⁷ Capítulo II – Da Mediação Comercial

Sendo a mediação um meio consensual que envolve cooperação voluntária dos participantes, é essencial que eles demonstrem disposição e boa-fé para que possam se comunicar e buscar soluções conjuntamente. Tal atividade, de per se, poderá gerar novos arranjos e soluções que atualmente, pelo modelo adotado, não se enxergam.

Isto porque, conforme explicam Gabbay, Faleck e Tartuce (2013, p. 46) não há, na mediação, a imposição de uma decisão final por quem quer que seja e que os envolvidos, assistidos por um terceiro, buscam saídas para os impasses criando zonas de acordo com potencial para abordar o conflito sem gerar a sensação de que uns se sagram vencedores enquanto outros foram derrotados.

E como já visto, esse método de solução de controvérsias, por se tratar de condução do conflito de forma não adversarial, fundamenta-se nos princípios norteadores da boa-fé, da informalidade e do sigilo que se coadunam ao ambiente negocial dos contratos de distribuição de veículos, afinal, o interesse na solução do conflito está, para os integrantes do segmento, relacionado à própria estabilidade do ambiente negocial em que estão inseridos e, logo, lhes interessa diretamente.

4.3 Inclusão da arbitragem como forma de solução de controvérsias, caso seja impossível chegar a um acordo por meio da mediação

A proposta de adoção da mediação como escolha primeira para solução de conflitos decorrentes das invasões de área tem como premissa o entendimento de que os elementos históricos e característicos do contrato de concessão, bem como a natureza do conflito em decorrência da área operacional é adequada a tal método, que poderá legar um potencial transformador da própria noção de área operacional e relacionamento entre os distribuidores. Ao mesmo tempo, entende que seria vantajoso afastar a solução de tais conflitos do poder judiciário, diante dos riscos decorrentes da possibilidade de ocorrerem decisões judiciais contraditórias com práticas comerciais estabelecidas nesse segmento, trazendo insegurança jurídica para o setor.

Assim, de forma complementar, caso não seja possível chegar-se a um acordo mediado, é de todo desejável que tais conflitos contenham previsão de serem dirimidos por meio de arbitragem.

A arbitragem no Brasil está regulada pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, tendo tal lei garantido, conforme destaca Salles (2006, p. 787): “[...] os instrumentos necessários para sua efetividade. Equiparou a decisão arbitral à sentença judicial, reforçou a vinculatividade da

convenção de arbitragem, criou mecanismos para seu desenvolvimento, além de haver disciplinado de maneira sistemática toda a matéria [...]”.

Entendida também como uma espécie de meio alternativo de solução de controvérsias, caracteriza-se pela natureza adjudicatória de suas decisões, mostrando-se como um instrumento adequado à função de solução de conflitos (SALLES, 2006, p. 788).

Trata-se, a bem da verdade, de uma alternativa à jurisdição estatal, que gerou no passado uma longa discussão acerca da sua pertinência técnica, adequação teórica e, mais pragmaticamente, constitucionalidade diante da previsão da inafastabilidade do acesso à Justiça. Tais críticas foram superadas pela utilização prática do instituto no país e, notadamente, pelo reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

Sobre essa visão pessimista sobre a inclusão da arbitragem no país, Carmona (2009, p. 2) expõe:

Hoje, tudo isso tem sabor histórico, já que a prática venceu a resistência dos mais ferrenhos conservadores, superando-se também os temores manifestados por alguns dos mais ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo se manifestado finalmente a Suprema Corte sobre a inexistência de qualquer inconstitucionalidade na Lei 9.307/96.

Do ponto de vista das vantagens que tal método apresenta em relação à jurisdição estatal, especialmente para os conflitos decorrentes das disputas por áreas entre distribuidores de veículos, destacam-se **(i)** a confidencialidade; **(ii)** a possibilidade de nomeação de árbitro *expert* no setor; **(iii)** a flexibilidade na adoção do procedimento arbitral, de forma a atender mais adequadamente às necessidades dos casos em exame.

4.4 Efeitos jurídicos da cláusula escalonada de eleição de mediação e arbitragem

A existência de amparo jurídico na previsão de solução alternativa de controvérsias nas convenções de marca pode ser defendida **(i)** porque se admite válida a força de lei outorgada às convenções pela Lei nº 6.729/1979; **(ii)** tal método não inibe o acesso à prestação jurisdicional, ao contrário, amplia tal direito constitucional; e **(iii)** tal questionamento pode ser superado pela adesão individual dos concessionários à previsão como se verá adiante.

Outra questão que se coloca é: aceita a validade da estipulação, estariam as partes obrigadas a atender à fase da mediação? Quais são os efeitos jurídicos de tal cláusula? Há efeitos processuais, no sentido de a enxergar como condição da arbitragem?

Dadas as suas próprias características, parte-se da premissa de que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação e muito menos entrar em acordo.

A Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 dispõe que:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

[...]

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Por outro lado, se sob o manto do princípio da voluntariedade pudesse sustentar que a cláusula de mediação não gera quaisquer resultados úteis, estar-se-ia, ao final, equiparando esse mecanismo de solução de conflitos a uma cláusula de melhores esforços, o que não se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, dada a função social dos contratos e, como acrescenta Nanni (2008, p. 318), com o espírito solidarista que encampa as relações obrigacionais tais como compreendidas hoje.

Levy (2013, p. 7)⁵⁸ assevera que “[...] a cláusula de mediação não é mera alegoria contratual e seu cumprimento é mandatório e sendo assim, sua inobservância tem implicações no campo contratual, nos termos do regime jurídico do descumprimento das obrigações [...]”

Remanesce, então, a necessidade de indicar quais são as consequências jurídicas no campo do direito material e instrumental da recusa injustificada e unilateral de participar da primeira reunião de mediação.

Discute-se se a previsão contratual que preveja a obrigatoriedade de tentar a mediação antes de procurar outro método de solução de conflito pode ser vinculante, ou seja, é suficiente para inibir que a parte busque diretamente o poder judiciário ou o tribunal arbitral a depender do que preveja a cláusula contratual em que a previsão está inserida.

Sobre o assunto, Gabbay, Faleck e Tartuce (2013, p. 73) alertam que:

[...] Como não há lei obrigando sua observância, por ser a mediação eminentemente voluntária, há quem propugne que deixar de tentar a mediação, apesar de combinado, não gera consequências. Por outro lado, há quem sustente que, com base no dever de lealdade decorrente da boa-fé objetiva, se houve ajuste no sentido de tentar resolver o conflito pela mediação, os envolvidos devem evitar o descumprimento contratual e se dispor a participar pelo menos de uma sessão de mediação.

Nesse particular, a eficácia da cláusula pode ser apreciada sob duas diferentes dimensões. A primeira extrai dela as consequências contratuais pelo inadimplemento, gerando,

⁵⁸ Capítulo VI – Dos efeitos jurídicos das convenções de composição amigável de controvérsias

em consequência, a responsabilidade civil resolvida em perdas e danos. A outra forma é a de conceder à cláusula efeitos processuais, tratando-a como um pressuposto processual (LEMES, 2008).

Levy (2013, p. 37)⁵⁹ é taxativa ao afirmar:

Enfim, configurada expressamente a fase da mediação como obrigatória, ou seja, caracterizada a vontade das partes em, surgido o conflito, submetê-lo inicialmente ao procedimento de mediação, entendemos que todos os efeitos jurídicos se operam, tanto na esfera obrigacional como na esfera processual. Neste sentido, as partes, ao convencionarem a mediação ficam primeiramente obrigadas a cumprir o avençado, mas na hipótese de uma das partes ser recalcitrante, deverá arcar com as consequências jurídicas na esfera obrigacional e processual, ou seja, responderá pelos danos causados à outra parte em razão da sua atitude e terá seu conflito, ainda que momentaneamente, afastado da apreciação pelo tribunal arbitral.

O tema é polêmico, uma vez que se comunica, ao final, com a própria celeridade e efetividade da prestação jurisdicional ao apresentar desafios de questionamentos quanto à possibilidade ou não do processamento dos procedimentos arbitrais e judiciais diante do inadimplemento de participar da mediação.

Parece-nos correto o entendimento que classifica a obrigação de submeter à mediação eventual e futura controvérsia que venha a surgir entre as partes, como um vínculo jurídico que gera para os contratantes o dever contratual de participar da primeira reunião de mediação, mas não a de permanecer em mediação ou realizar um acordo, incorrendo em dever de reparar danos caso seja inadimplente.

No campo da mediação judicial, em que a conciliação e a mediação ganharam, no Brasil, um novo tratamento jurídico com o advento do novo Código de Processo Civil por meio da promulgação da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 e da Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência é considerado será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, conforme expresso no artigo 334, § 8º do novo CPC.

A redação da cláusula de escalonada de mediação e arbitragem deve observar critérios técnicos na sua elaboração, evitando-se a instalação de discussões acerca da extensão de seu significado, ou seja, evitar que se discuta se a cláusula previa um dever de iniciar um procedimento de mediação ou simplesmente uma declaração desprovida de efeitos jurídicos que indicava uma hipotética situação, não obrigatória e vinculante, prevendo-se, ainda, sanções pecuniárias para o não comparecimento à fase de mediação prevista em cláusula de mediação

⁵⁹ Capítulo VI – Dos efeitos jurídicos das convenções de composição amigável de controvérsias.

e arbitragem. Além disso, a cláusula deve contemplar prazos e procedimentos para que as partes possam adotar as providências necessárias para solucionar o conflito, sem maiores delongas (LEMES, 2010, p. 178)

A previsão de sanção pecuniária ao descumprimento da previsão contratual já tarifando o inadimplente pelo não atendimento da cláusula de resolução de conflitos parece atender com mais efetividade, do ponto de vista pragmático, ao incentivo que se busca dar para a doutrinação da cultura de solução de conflitos de forma não adversarial.

Alternativamente, como destaca Levy (2013, p. 38)⁶⁰, a cláusula convencional poderia fazer adesão expressa a regulamento institucional arbitral em que esteja contemplada a mediação preliminar à arbitragem, superando-se as discussões, uma vez que o regulamento escolhido vincula as partes.

4.5 Necessidade de adesão dos concessionários: autonomia da vontade x força de lei das convenções de marca

A admissão da adoção da mediação e da arbitragem como mecanismos de solução de conflitos advindos das disputas exige, necessariamente, a vontade das partes envolvidas assim dirimirem seus conflitos.

Tanto em uma situação como em outra, como já visto, a opção voluntária é princípio fundamental, ao mesmo tempo em que, em nenhuma hipótese, poder-se-á presumir a renúncia ao direito constitucional de livre acesso ao poder judiciário.

Para harmonizar esse aparente paradoxo, inevitável apresentar breves linhas sobre o papel dos meios alternativos de solução de conflitos em relação à noção de justiça, da função jurisdicional e seu cotejamento com o livre acesso ao poder judiciário.

Sob o prisma dos métodos alternativos de solução de controvérsias, a adoção das soluções oferecidas por tais métodos amplia a própria noção de acesso à Justiça, ou, como analisa Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari (2012, p. 55):

[...] com a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, em última análise, obtém-se a pacificação social, que também é objetivo do Poder Judiciário, e se permite um acesso mais amplo à Justiça, não retirando do Poder Judiciário a apreciação das questões mais complexas, nas quais não é possível ou viável sua aplicação, ou a apreciação das questões suscitadas por aqueles que não querem se submeter a esses meios.

⁶⁰ Capítulo VI – Dos efeitos jurídicos das convenções de composição amigável de controvérsias.

São, portanto, instrumentos de cooperação com o Poder Judiciário para fins de atingimento do objetivo último do direito: a pacificação social. Nesse sentido, apresentam-se como opções muitas vezes mais adequadas para a solução do conflito, em comparação ao entendimento a partir do qual, no Brasil, o acesso à Justiça só seria atingido a partir da provocação ao Poder Judiciário.

Essa noção de resposta adequada está também na percepção de que os conflitos podem ser solucionados não apenas por meio de decisões adjudicatórias, mas também de mecanismos consensuais, reconhecendo-se um amplo espectro de possibilidades de composição de conflitos proporcionadas pelo sistema jurídico, quer seja de autotutela, autocomposição ou heterocomposição, assim explicadas por Sales e Chaves (2014, p. 395):

[...] Calmon [...] faz a distinção entre autotutela, autocomposição e heterocomposição: a) autotutela acontece quando uma decisão é imposta por uma das partes a outra; b) autocomposição é uma forma de prevenção ou solução do conflito por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito (onde a legitimidade para decidir é das partes envolvidas no conflito que dialogam cooperativamente), sem a imposição da decisão por terceiro imparcial; c) heterocomposição é a decisão exercida mediante a imposição de um terceiro.

Vislumbra-se a possibilidade de se atingir a justiça a partir da composição de conflitos intersubjetivos, adotando-se o meio mais adequado para tanto.

Parte-se, portanto, de uma visão de atingimento da justiça por meio de múltiplas portas, expressão que, como esclarecem Sales e Chaves (2014, p. 404-405), foi apresentada no modelo idealizado por Frank Sander em trabalho escrito em 1976 para a “Pound Conference: perspectivas sobre a justiça no futuro” em Mineápolis, Estados Unidos. O fórum de múltiplas portas ou o tribunal multiportas é uma forma de organização judiciária, composto de variados tipos de procedimentos que serão adotados conforme a melhor adequação ao tipo de conflito que se apresenta (LUCHIARI, 2008, p. 105). Sobre o tema, assevera Tartuce (2008, p. 89) “As ‘portas’ sugeridas podem ser a arbitragem, a mediação, a avaliação neutra de terceiros ou o processo judicial [...]”.

A partir do ponto de vista delineado, o direito fundamental de livre acesso ao Poder Judiciário expresso no artigo 5º, XXXV da Constituição da República, coaduna-se com o entendimento que o amplia para além do simples acesso, ou seja, para o acesso qualificado,

para uma ordem jurídica adequada, conforme explica Watanabe (2010, p. 5):⁶¹

Ora, o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado, como ficou acima sublinhado, não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. Daí a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por todos os meios adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação.

A partir da perspectiva apresentada, são compatíveis os conceitos de livre acesso e escolha por métodos alternativos de controvérsias. No caso das disputas advindas da invasão de áreas por distribuidores de automóveis, tem-se que a previsão da adoção de mediação e arbitragem estaria insculpida nas convenções de marca com força de lei, nos termos já expostos no presente trabalho.

Cumpra, então, avaliar se tais previsões convencionais poderiam macular o procedimento sugerido, retirando-lhe a característica fundamental da autonomia privada, já que, em qualquer dos casos, mediação ou arbitragem, ninguém será obrigado a participar se não tiver livremente pactuado essa forma de solução de controvérsias.

No que diz respeito à formalização da opção pelo método de solução de controvérsias, de forma sucinta, pode-se afirmar que, feita a opção no momento da contratação quando da formação do contrato, está-se diante de uma cláusula de mediação ou arbitragem, enquanto que, já estando presente a controvérsia entre as partes, podem elas optar por submetê-la ao procedimento alternativo de solução de controvérsia por meio de compromisso de mediação ou arbitragem.

A inclusão da cláusula de mediação e arbitragem nas convenções de marca que tratam das áreas operacionais – anterior ao surgimento do conflito, portanto – poderia ser interpretada como uma hipótese de impedimento de livre acesso ao Poder Judiciário, incidindo na vedação prevista na Constituição da República. Como visto, a força de lei conferida às convenções encontra, logicamente, limites na própria lei que a instituiu e na Constituição.

Por outro lado, é possível também o entendimento de que a previsão da mediação e da arbitragem como forma de solução de conflitos nas convenções de marca é juridicamente válida, a partir dos fundamentos de justiça e jurisdição já apresentados. Em outras palavras, ampliando-se a noção de direito ao acesso e garantindo-se o devido processo legal, superada a fase da mediação por incapacidade de entendimento entre os envolvidos, ambos teriam à

⁶¹ Disponível em <<http://portal.tj.sp.gov.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015

disposição a arbitragem com a mesma função adjudicatória da jurisdição estatal, não havendo limitação ao direito constitucional de livre acesso. A par disso, a própria estipulação convencional obrigaria as concessionárias a adotarem aquele método de solução de controvérsias, conforme a 2ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo definiu, analogamente à análise da cláusula de eleição de foro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.232.649-9⁶² de São Caetano do Sul, de relatoria de Nemer Jorge, julgado em 19 de novembro de 2003:

Competência – ‘Contrato de Convenção Parcial de Marca’, referente a veículos automotores – Eleição de foro – Validade – Cláusula não abusiva – Inaplicabilidade do CDC – Interpretação da Sumula 335 do STF – Agravo provido.

Vislumbra-se, dessa forma e para a superação da possibilidade da alegação desse limite jurídico à tal disposição Convencional, evitando-se um contencioso parasita⁶³, que os concessionários adiram individualmente à convenção da marca (Anexos 1 e 2), especificamente em relação ao método de solução de controvérsias proposto. A partir da adesão individual, estaria afastada a possibilidade de alegação, pelo concessionário, de supressão de direito fundamental pela restrição do livre acesso, sem, contudo, deixar de aproveitar o caráter generalizante e vinculante a toda a rede da convenção de marca.

A sugestão enseja a necessidade de criar um sistema de adesão aos novos concessionários entrantes no negócio, uma vez que ao firmarem os contratos de concessão após o estabelecimento da convenção de marca que preveja esta metodologia para solução de controvérsias, estariam aderindo ao sistema convencional, sem, contudo, terem expressamente feito a manifestação sobre a metodologia de solução de controvérsias. Neste caso, vislumbra-se que sem grandes dificuldades as próprias associações de marca e concedentes, interessadas na harmonia da rede, poderiam cuidar para que os novos entrantes tomassem conhecimento da convenção e fimassem o documento necessário para a finalidade específica de adesão à cláusula de mediação e arbitragem nos conflitos decorrentes das áreas operacionais.

⁶² Nesse mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 532.546-4/0-00 da 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, 21 de fevereiro de 2008; Agravo de Instrumento nº 0137391-17.2011.8.26.0000 da Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Romeu Ricupero, 08 de novembro de 2011; Agravo de Instrumento nº 2194483-11.2014.8.26.0000 da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Celso Pimentel, 17 de junho de 2015.

⁶³ A expressão *contencioso parasita* foi utilizada por Selma Ferreira Lemes (2008, p. 373) quando descreveria um precedente da Corte de Cassação francesa que reconheceu que a cláusula de conciliação inserida em um contrato era pressuposto da ação judicial, chamando a atenção para o fato de que a demanda se prolongou por dez anos, discutindo se a conciliação estipulada se tratava de mera declaração de intenção ou de uma disposição contratual executável.

Tomada essa cautela de obtenção de adesão individual, remanesceria necessária a análise sobre quais são os efeitos jurídicos da cláusula convencionada e qual a obrigação que nasce para as partes que a ela aderirem no caso do seu não cumprimento, nos termos do quanto já exposto acima.

4.6 Sugestão de cláusula escalonada de mediação e arbitragem para convenção de marca sobre área operacional

Apresenta-se, a seguir, uma sugestão de cláusula de mediação e arbitragem que poderia ser adotada nas convenções de marca (Anexo 1) que estabelecem políticas de atuação e reconhecimento de performance dentro das áreas operacionais.

Cláusula sugerida:

X Da forma de solução de controvérsias advindas da atuação fora da área de atuação

Caso ocorram disputas entre os concessionários cujo objeto da disputa se refira à área operacional, estas serão solucionadas por meio das seguintes disposições:

X.A – Mediação

X.A.1 – A concessionária ou as concessionárias interessadas em iniciar um procedimento de mediação notificará, mediante correspondência com aviso de recebimento, o concessionário ou os concessionários cujos atos são questionados, enviando cópia de tal notificação à empresa X e a associação X que participarão da mediação como ouvintes.

X.A.2 – A notificação conterá a descrição dos fatos e faltas que são imputados aos destinatários, indicando as provas e todas as informações disponíveis sobre o assunto.

X.A.3 – O processo de mediação seguirá o rito e os prazos estabelecidos no regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem do Setor Automotivo.

X.A.4 – A recusa injustificada na participação da primeira reunião de mediação, convocada nos termos do referido regulamento, ensejará à parte inadimplente o dever de indenizar a parte inocente no valor de 2% do valor econômico envolvido na disputa.

X.B – Arbitragem

X.B.1 – Caso a controvérsia não seja solucionada pela mediação, as partes elegem a arbitragem como forma de resolvê-la, a ser administrada pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Setor Automotivo, de acordo com seu regulamento.

X.B.2 – A sede da arbitragem será em São Paulo, com o uso do idioma português, sendo que o procedimento contará com a atuação de árbitro único, nomeado nos termos do referido regulamento.

X.B.3 – Os custos da arbitragem e os honorários do árbitro serão repartidos igualmente entre as partes e não haverá condenação em sucumbência.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente texto, discorreremos sobre os contratos de concessão comercial, classificando-os como uma espécie de contrato da distribuição, cujo tipo possui natureza empresarial e cujas características próprias viabilizam que relevantes investimentos sejam promovidos pelos concessionários em prol das marcas que representam.

Como tentativa de contribuir para registro do desenvolvimento da matéria, anotamos um breve histórico da enunciação legislativa que deu origem à Lei nº 6.729/1979 reconhecendo em tal diploma legislativo um concreto exemplo do chamado dirigismo contratual.

Indicamos também brevemente o desenvolvimento conceitual em torno desse tipo, colacionando manifestações de renomados juristas brasileiros, inclusive algumas expressas em textos e documentos que nem sempre foram objeto de publicação e, logo, expostas ao grande debate.

Além disso, registramos, a partir de uma visão contemporânea do contrato, as características e classificações jurídicas aplicáveis para o tipo, propondo uma definição tentativa.

Destacamos que, não obstante os ataques isolados à sua validade, a lei que vigora desde 1979 com uma única revisão em 1990 encontra-se em perfeita consonância com a ordem jurídica constitucional vigente no Brasil.

Demonstramos que uma característica fundamental e inovadora da lei foi a admissão no sistema jurídico das convenções de categoria econômica e de marca como fontes de obrigação e buscamos definir a natureza jurídica de tais instrumentos.

Atacamos a questão central do presente texto, e uma das características essenciais do contrato de concessão comercial de veículo automotor de via terrestre é a área operacional de atuação, a exemplo do que ocorre com outros contratos da distribuição.

Apresentamos então o desenvolvimento do conceito jurídico, especialmente o de antes e o de depois da reforma da lei ocorrida em 1990 com o advento da Lei nº 8.132, bem como os fundamentos jurídicos e econômicos para a previsão da existência da área operacional e o comportamento esperado do concessionário integrante de uma rede de distribuição concernente a esse tema.

Não deixamos de registrar os desafios que tal previsão de existência de área operacional encontrará adiante da popularização das transações via internet e a dificuldade de definir áreas de atuação nesses casos. Opinamos sobre a possibilidade de acomodar, por meio das

convenções, a existência da previsão legislativa forjada para práticas comerciais *offline*, com a prática de transações *online*.

Apontamos finalmente que a previsão da existência da área de atuação pode gerar conflitos entre os concessionários da rede constituída para escoamento da produção de um concedente.

A partir do fato comum de serem estabelecidas regras e limites à atuação dos concessionários em suas respectivas áreas operacionais por meio de incentivos criados pelas citadas convenções de marca, apontaram-se os riscos de judicialização de conflitos decorrentes do não atendimento pelos concessionários de tais previsões convencionais, sugerindo-se a adoção de métodos alternativos de solução de controvérsia, notadamente a inclusão de cláusula escalonada de mediação e a arbitragem para solução das disputas entre os distribuidores, bem como os cuidados específicos que deveriam ser adotados para que tais previsões tivessem efetividade.

Concluimos opinando que a adoção dessas metodologias de solução de conflitos de forma horizontal pelo segmento contribuiria para fortalecê-lo, uma vez que **(i)** diminuiria o risco da relativização da força das convenções de marca que pode ocorrer caso as disputas sejam reiteradamente levadas ao poder judiciário; **(ii)** a adoção da mediação, além de coadunar-se com o Código de Processo Civil e com a legislação específica (Lei 13.140 de de 26 de junho de 2015) em vigor no país, contribuiria para criação de clima não adversarial, maximizando o esperado comportamento de colaboração dos integrantes da rede de distribuição; **(iii)** a adoção desses métodos de solução de controvérsia contribuiria para o aumento do grau de consciência das obrigações de atuarem dentro dos limites legais estabelecidos para atuação dentro e fora das áreas operacionais contratualmente atribuídas, bem como na condução confidencial e técnica das disputas comerciais.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Celso de Albuquerque. Contrato de Concessão Comercial – Lei nº 6.729 de 20 de novembro de 1979. Posição da nova Lei no Direito Comercial. Convenção das Categorias econômicas e convenção de marca. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 76, n. 271, p. 29-34, 1980.

BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.). *MESCs: Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 746/1975**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=181774>>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.572/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1ª de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 4.886**, de 9 de dezembro de 1995. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 6.729**, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6729.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.132**, de 26 de dezembro de 1990. Altera a redação dos arts. 2º, 5º, 6º, 8º, 13 e 28, revoga o art. 14, da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8132.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 31/1979**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/10/1979&tipDiario=2>>. Acesso em: 25 set. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=3836&&b=ACOR&p=false&l=10&i=12>>. Acesso em: 21 set. 2015.

BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro Gilbert. *Representação comercial e distribuição: 40 anos da lei n 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721)*. (Estudos em homenagem ao professor Rubens Requião – 13.05.1918 a 29.05.1997). São Paulo: Saraiva, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. *Aspectos Jurídicos dos Contratos de Concessão Automobilística*. [S. l.: s. n.], 1989.

BUSH, R. A. Baruch; FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. rev. ed. California: Jossey-Bass, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Fernando Botelho Penteado de. *Contrato Típico de Concessão Comercial: Origem, conceito, disciplina, formas de extinção e efeitos decorrentes*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, José Washington. *A concessão comercial de veículos automotores*. São Paulo: Resenha Universitária, 1981.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 15 set. 2015.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação: Proposta de Implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Dissertação (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FENABRAVE. Federação Nacional de Veículos Automotres. **Anuário 2014**. São Paulo: Fenabreve, 2015. Disponível em: <<http://issuu.com/fenabreve/docs/anuario2014/35?e=6659190/13481862>>. Acesso em: 21 set. 2015.

FERNANDES, Wanderley (Org.). *Contratos De Organização da Atividade Econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O Posicionamento dos Tribunais Perante os Contratos de Distribuição (1980-2000). *EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações*, São Paulo, Relatório de Pesquisa nº 43, 2001.

_____. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2007. Dissertação (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios Alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais sobre Mediação Civil. In: DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina (Coord.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GILMORE, Grant. *The Death Of Contract*. Columbus, USA: Ohio State University Press, 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição, Análise dos Aspectos Concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Restrição à Concorrência, Autorização Legal e Seus Limites. – Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (“LEI FERRARI”). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 114, ano 37 (nova série), p. 258-272, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Orgs.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O Conceito de Área Demarcada na Concessão Comercial de Veículos. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 110, ano 37 (nova série), p. 16-21, 1998.

LEMES, Selma Ferreira. As peculiaridades e os efeitos jurídicos da cláusula escalonada: mediação ou conciliação e arbitragem. In: FERRAZ, Rafaela (Org.); MUNIZ, Joaquim (Org.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Cláusula escalonada ou combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan; CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. [e-book]. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<http://www.saraiva.com.br/clausulas-escalonadas-a-mediacao-comercial-no-contexto-da-arbitragem-4925361.html>>. Acesso em: 22 set. 2015.

LINHARES, Marcel Queiroz. Venda de Veículos Novos Através da Internet: Reflexos no Campo da Exclusividade Inerente à Concessão de Veículos Automotores. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 121, ano 40 (nova série), p. 95-121, 2001.

MORSELLO, Marco Fabio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan (Coord.); NANNI, Giovanni Ettore (Coord.); MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazue (Coord.). *Mediação judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES, Carlos Francisco de. *Parecer sobre a Aplicabilidade da Legislação da Defesa da Concorrência em Relações de Concessão Comercial*. São Paulo: [s. n.], 1998.

MARINO, Francisco Paulo De Crecenzo. Classificação dos contratos. In: PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. (Coord.); JABOUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas Relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Fernando Andrade Ribeiro de. Concessão Comercial de Veículos Automotores. *Revista Forense*, v. 368, separata.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*, V. III. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (orgs.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. Estrutura Normativa da Lei 6.729 Sobre Concessões Comerciais Entre Produtores e Distribuidores de Veículos Automotivos Terrestres. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, p. 63-103, 1996.

_____. *A Garantia do Consumidor e as Relações do Produtor e do Distribuidor de Veículos Automotores, no Plano do Desenvolvimento Brasileiro – Razão Histórica e Fundamento Jurídico*. São Paulo: [s. n.], 1976.

_____. *A Garantia do Consumidor e as Relações do Produtor e do Distribuidor de Veículos Automotores, no Plano do Desenvolvimento Brasileiro – Base Econômica*. São Paulo: [s. n.], 1997.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 17-45, 1972.

_____. *Aspectos Modernos de Direito Comercial (Estudos e Pareceres)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, Poder Judiciário e os Equivalentes: Mediação e Conciliação. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 134, ano 41, p. 391-415, 2014.

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação**: APL 124530620038260363 SP 0012453-06.2003.8.26.0363. Relator Adilson de Araujo. Julgamento de 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18246134/apelacao-apl-124530620038260363-sp-0012453-0620038260363>>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Consulta de Processos**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 22 set. 2015.

SCHERKERKERWITZ, Iso Chaitz. *Contratos de Distribuição e o Novo Contexto do Contrato de Representação Comercial*. São Paulo: RT, 2011.

SHABELL, Corina Margarete Charlotte; BARCELLOS, Chyntia Aquino da Costa. Para Além do Judiciário: a Mediação como Instrumento de Transformação Social. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves Vilela (Coord.). *Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

SILVA, Clovis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2008.

TEUBNER, Gunter. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEPSP, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e Prática. Guia para Utilizadores e Profissionais*. [S. l.]: Agora, 2004.

WALD, Arnold. *Dos Efeitos da Reforma Monetária sobre a Convenção de Comercialização entre o Fabricante e os Distribuidores de Automóveis*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1986.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. [S. l. : s. n.], [20--]. Disponível em: <<http://portal.tj.sp.gov.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Orgs.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito Contratual Contemporâneo*. v. 5: A liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008.

**ANEXO 1 – EXEMPLO DE CONVENÇÃO DE MARCA QUE DISPONHA
SOBRE ÁREA OPERACIONAL**

Convenção parcial de marca sobre área operacional que firmam

Sociedade X e Associação X

Sociedade X, sociedade empresária com sede na _____, cidade _____, estado de _____, inscrita no CNPJ sob o nº _____, doravante denominada “Sociedade X” ou “Concedente”.

Associação X, associação civil sem fins lucrativos, com sede na _____, cidade _____, estado de _____, inscrita no CNPJ sob o nº _____, doravante denominada “Associação X”.

Considerando que a Sociedade X é empresa devidamente constituída conforme as leis brasileiras e atua como produtora e importadora de veículos da marca X, nos termos do artigo _____ da Lei nº 6.729/1979.

Considerando que a Associação X é a entidade representativa do segmento da distribuição dos veículos da marca X e conforme previsto no artigo _____ da Lei nº 6.729/1979, tendo legitimidade para representar a rede de concessionários da marca X.

Considerando que as partes comparecem a presente convenção parcial da marca devidamente representadas nos termos dos seus respectivos estatutos sociais.

Considerando que, nos termos do artigo _____ da Lei nº 6.729/1979, as partes podem firmar Convenções de Marca visando a regular as matérias ali previstas.

Considerando que as disposições convencionais possuem força de lei perante os convenentes e pessoas a elas vinculadas.

Considerando ser de interesse recíproco organizar a distribuição dos produtos da Sociedade X, de forma a atender adequadamente os consumidores, garantindo o livre acesso aos bens comercializados pelas concessionárias da marca, independentemente do domicílio onde resida o consumidor.

Considerando que, para o bom desenvolvimento das relações da rede de distribuição e para que o incentivo da competição seja promovido de forma sustentável, é desejável que se estabeleçam regras, limites e procedimentos para atuação da rede de concessionários nos limites contratuais das suas áreas de atuação.

Considerando que as áreas comerciais de responsabilidade dos concessionários devem corresponder adequadamente à capacidade de recuperar os investimentos exigidos pela concedente.

Considerando que a natureza das relações jurídicas advindas da relação contratual do contrato de concessão beneficia o ânimo colaborativo da construção da rede de concessionários, sugerido que eventuais controvérsias que surjam na execução das previsões da presente convenção sejam solucionadas mediante formas não adversariais de solução de controvérsias.

Resolvem as partes firmar a presente **CONVENÇÃO PARCIAL DE MARCA SOBRE ÁREA OPERACIONAL**

Definições

CONCEDENTE – É a Sociedade X, conforme definido no artigo 2º, inciso I da Lei nº 6.729/1979.

CONCESSIONÁRIO (S) – É o distribuidor conforme definido no artigo 2º, inciso II da Lei nº 6.729/1979 e detentor de contrato de concessão da marca X vigente.

ASSOCIAÇÃO DE MARCA X – É a entidade civil de âmbito nacional conforme definida no artigo 17, inciso II da Lei nº 6.729/1979.

CONSUMIDOR – São todas as pessoas que, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.078/1990, são adquirentes finais dos produtos fornecidos pela Concedente e distribuídos por meio dos concessionários.

REDE DE CONCESSIONÁRIOS – O conjunto de todos os concessionários da marca X que tenham contrato de concessão em vigor.

LEI Nº 6.729/1979 – Legislação federal que rege a concessão comercial de veículos automotores de via terrestre no Brasil, com a redação parcialmente alterada pela Lei nº 8.132/1990.

ÁREA COMERCIAL DE RESPONSABILIDADE DO CONCESSIONÁRIO – É a área operacional fixada no contrato de concessão para a atuação do concessionário.

I. Objeto da presente convenção parcial

I.1 – O objetivo da presente convenção é definir normas, procedimentos e limites relativos à comercialização de todos os bens e serviços da Marca X, nas respectivas áreas comerciais de responsabilidade dos concessionários.

II. Vedação da atuação fora da área operacional

II.1 – Com exceção das vendas diretas realizadas pela montadora por meio da rede de concessionários que serão tratadas em convenção própria, é vedada ao concessionário a comercialização direta ou mediante prepostos de bens e serviços da Marca X fora da sua respectiva área operacional.

II.2 – Para fins das relações entre a rede de concessionárias e entre as concessionárias e a concedente, será equiparada às situações vedadas no parágrafo anterior a utilização da internet para oferta de bens e serviços da Marca X sempre que tal utilização for destinada a um grupo determinado de indivíduos não domiciliados na área operacional de atuação do concessionário.

II.3 – A atuação ativa do concessionário fora de sua área operacional será considerada inadimplemento contratual perante a concedente, ensejando a possibilidade de aplicação das penalidades gradativas previstas no artigo 22, § ° da Lei 6.729/1979 e a obrigação de reparar ao(s) concessionário(s) estabelecidos na área operacional onde fora realizada a venda ativa.

III. Reconhecimento pela satisfatória atuação, pelo Concessionário, na sua respectiva área operacional

III.1 – Todos os CONCESSIONÁRIOS que procederem à realização de venda a varejo de no mínimo 75% (setenta e cinco por cento) de sua atribuição mensal estabelecida no plano de ação anual para consumidores domiciliados na sua respectiva área operacional, terão condições de receber a premiação pela atuação satisfatória na área operacional no valor de 1% (um por cento) de cada veículo comercializado, tendo como base para o cálculo a tabela de preço sugerido publicada pela Concedente no momento da venda.

III.2 – Para fazer jus ao recebimento de tal premiação, o concessionário deverá, cumulativamente, atingir no mínimo penetração de mercado (*market share*) igual ou superior à média nacional, nunca inferior a ____ %.

III.3 – É condição para o pagamento da premiação que a totalidade dos veículos incluídos no período da aferição encontrem-se integral e pontualmente pagos à concedente.

III.4 – Comprovar-se-á que a venda ocorreu a consumidor domiciliado na área de responsabilidade do concessionário por meio do cotejamento desta com o endereço informado ao Departamento de Trânsito para o primeiro emplacamento.

III.5 – A apuração será mensal e o pagamento da premiação ocorrerá semestralmente, no 15º dia útil seguinte ao fechamento do semestre, apuradas as operações do período respectivo.

IV. Da proibição de recusa de venda a consumidor que resida fora da área operacional e que espontaneamente procure o concessionário

IV.1 – Visando a estimular o amplo atendimento ao consumidor da marca X, fica estabelecido que o concessionário que recusar ou embaraçar imotivadamente a venda a consumidor domiciliado fora de sua área operacional sofrerá as seguintes sanções, que serão aplicadas de forma gradativa, inclusive para os fins do artigo 22, § ° da Lei 6.729/1979:

- a) 1ª ocorrência – advertência;
- b) 2ª ocorrência – perda por 3 (três) meses do direito de participar da premiação pela atuação satisfatória dentro da respectiva área operacional;
- c) 3ª ocorrência em diante – perda por 1 (um) ano do direito de participar da premiação pela atuação satisfatória dentro da respectiva área operacional.

IV.2 – Para fins de contagem dessas ocorrências, serão considerados os fatos ocorridos dentro de um mesmo exercício fiscal, reiniciando a contagem de ocorrências todo janeiro de cada ano.

IV.3 – Os valores que seriam destinados à premiação do concessionário serão vertidos para um fundo administrado pela Associação X na mesma data prevista no item III.5, cujos recursos serão utilizados para o fortalecimento da rede conforme regulamento próprio.

IV.4 – Só serão consideradas válidas, para fins da presente convenção, as reclamações formalizadas pessoalmente pelos consumidores prejudicados, diretamente no SAC da concedente e desde que eles tenham realizado a aquisição de veículos da marca X dentro no prazo de 8 dias contados da data da alegada recusa.

IV.5 – Tão logo receba a informação, o SAC informará por *email* a associação, a concedente e a concessionária envolvida, sendo que esta última terá 10 (dez) dias contados a partir do dia seguinte ao do recebimento da mensagem para apresentar por *email* as razões para a recusa e os documentos que entender pertinentes.

IV.6 – Uma comissão paritária composta no máximo por quatro pessoas indicadas pela associação e pela concedente analisará as razões e os documentos apresentados pela concessionária, emitindo parecer terminativo sobre o assunto, indicando se é o caso e qual a sanção a ser aplicada.

IV.6 – Complementarmente, os concessionários exporão, em local facilmente visível pelo consumidor, alerta cujas especificações serão fornecidas pela concedente, com os seguintes dizeres:

“O consumidor, a sua livre escolha, poderá adquirir bens e serviços da marca X em qualquer concessionário integrante de sua rede, independentemente do local onde esteja domiciliado. Reclamações ligue (SAC – telefone_____).”.

V. Da forma de solução de controvérsias advindas da atuação fora da área de atuação

Caso ocorram disputas entre os concessionários cujo objeto da disputa se refira à área operacional, estas serão solucionadas por meio das seguintes disposições:

V.A – Mediação

V.A.1 – A concessionária ou as concessionárias interessadas em iniciar um procedimento de mediação, notificará, por meio de correspondência com aviso de recebimento, o concessionário ou os concessionários cujas atos são questionados, enviando cópia de tal notificação à empresa X e a associação X que participarão da mediação como ouvintes.

V.A.2 – A notificação conterá a descrição dos fatos e faltas que são imputados aos destinatários, indicando as provas e todas as informações disponíveis sobre o assunto.

V.A.3 – O processo de mediação seguirá o rito e os prazos estabelecidos no regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem do Setor Automotivo.

V.A.4 – A recusa injustificada na participação da primeira reunião de mediação, convocada nos termos do referido regulamento, ensejará à parte inadimplente o dever de indenizar a parte inocente no valor de 2% do valor econômico envolvido na disputa.

V.B – Arbitragem

V.B.1 – Caso a controvérsia não seja solucionada pela mediação, as partes elegem a arbitragem como forma de resolvê-la, a ser administrada pela Câmara de Mediação e Arbitragem do Setor Automotivo, de acordo com seu regulamento.

V.B.2 – A sede da arbitragem será em São Paulo, com o uso do idioma português, sendo que o procedimento contará com a atuação de árbitro único, nomeado nos termos do referido regulamento.

V.B.3 – Os custos da arbitragem e os honorários do árbitro serão repartidos igualmente entre as partes e não haverá condenação em sucumbência.

**ANEXO 2 – MINUTA DE TERMO DE ADESÃO DO CONCESSIONÁRIO À
CONVENÇÃO PARCIAL DE MARCA PARA TRATAR DE ÁREAS
OPERACIONAIS**

À

Empresa X

Cc Associação X

Vimos, por meio do presente termo e na qualidade de representantes legais da concessionária _____, declarar conhecermos e aderirmos de modo irrestrito à Convenção Parcial de Marcas para Tratar de Áreas Operacionais firmada entre a empresa X e a associação X, reconhecendo plenamente válidas suas disposições.

Da mesma forma e para que não restem dúvidas acerca da eleição do método de solução e do foro competente para dirimir disputas advindas das matérias tratadas na citada convenção, declaro que tomamos conhecimento e concordamos com os métodos, prazos e procedimentos ali propostos, quais sejam, o da adoção de mediação e arbitragem.

Local, data

Nome da concessionária

Nome do representante legal (signatário)

Documentos do signatário