

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Elis Marina Barbieri

A RESILIÇÃO UNILATERAL IMOTIVADA PELO FORNECEDOR NOS
CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO PACTUADOS A PRAZO INDETERMINADO

Porto Alegre

2012

ELIS MARINA BARBIERI

**A RESILIÇÃO UNILATERAL IMOTIVADA PELO FORNECEDOR NOS
CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO PACTUADOS A PRAZO INDETERMINADO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharela em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira
da Silva

Porto Alegre
2012

ELIS MARINA BARBIERI

**A RESILIÇÃO UNILATERAL IMOTIVADA PELO FORNECEDOR NOS
CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO PACTUADOS A PRAZO INDETERMINADO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharela em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Aprovada em 18 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim

RESUMO

A figura do contrato de distribuição surgiu adequando-se às necessidades da nova prática econômica trazidas com a Revolução Industrial. Hoje ele exerce grande importância, na medida em que possibilita a um fornecedor escoar a sua produção até os seus compradores através de empresário especialmente contratado e designado para essa função logística. O contrato de distribuição, surgido da escolha do fornecedor por um sistema de vendas indiretas, permite o desenvolvimento de determinado ramo do mercado, trazendo consequências ao comprador, que é beneficiado pela aquisição de produtos e serviços e ao produtor, que aumenta as vendas realizadas. Não deve ser confundido com o contrato de agência, que tem como objetivo não o escoamento logístico do produto, mas a formação e/ou desenvolvimento de um mercado de compradores. Na prática diária constata-se que, muitas vezes, o fornecedor abusa do direito de rescindir unilateralmente os contratos de distribuição pactuados sem determinação de prazo através da denúncia sem concessão de aviso prévio, ou com aviso prévio insuficiente para o distribuidor, obrigando esse último a arcar, de forma inesperada, com a perda do seu negócio e dos investimentos feitos para adequadamente executar o contrato. Esse aviso prévio inexistente ou insuficiente leva o distribuidor até o judiciário para o recebimento de verbas indenizatórias decorrentes dessa abusividade.

Palavras-chave: Contrato de distribuição. Agência. Rescisão unilateral. Imotivada. Indenização.

ABSTRACT

The figure of the distribution agreement emerged adapting to the needs of the new economic practice brought by the Industrial Revolution. Today hit as great importance, as it enables a supplier to drain your production until your buyers through businessman specially hired e designated for this logistic function. The distribution agreement, emerged of the supplier's choice for a system of indirect sales, allows the development of a particular market sector, bringing consequences to the buyer, which is benefited by the acquisition of products and services, and to the producer, which increases the fulfilled sales. Should not be confused with the agency agreement, which aims not the logistic flow of the product, but the formation and/or development of a buyers market. In the day-to-day practice, is noted that, often, the provider abuses the right to unilaterally terminate the distribution agreements agreed without terminating term, by granting complaint without notice or with insufficient notice to the distributor, forcing the latter to bear, unexpectedly, with the loss of their business and investments made to properly perform the contract. This absent or insufficient notice takes the distributor to the judiciary to the receipt of indemnifications arising from abusiveness.

Key-words: Distribution agreement. Agency. Unilaterally termination. Causeless. Indemnification.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO -----	6
2	A ESTRUTURA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO -----	11
2.1	CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO -----	11
2.2	CONCEITO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NA DOUTRINA -----	21
2.3	CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO -----	23
3	O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E O CONTRATO DE AGÊNCIA -	30
3.1	DENOMINAÇÃO “AGÊNCIA” E “REPRESENTAÇÃO COMERCIAL” ----	31
3.2	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE AGÊNCIA E AS PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO	36
4	A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS -----	48
5	A RESILIÇÃO UNILATERAL E IMOTIVADA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO -----	68
5.1	CONCEITO DE PRAZO RAZOÁVEL -----	75
	O DEVER DE INDENIZAR NO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR	
5.2	TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL -----	80
6	CONCLUSÕES -----	87

1 INTRODUÇÃO

Do grande volume de mercadorias produzidas a partir da Revolução Industrial surgiu a necessidade de criação de técnicas de logística hábeis a escoar o grande volume de produtos industrializados, não apenas nas proximidades das fábricas, mas também em locais geograficamente mais afastados.

Consoante ensinamento de Gustavo Tepedino (2008), esse escoamento de mercadorias primeiramente deu-se através da *comissão mercantil*, tendo em vista a precariedade das possibilidades de comunicação entre as partes e, segundo Araken de Assis (2005), pela falta de confiança no comprador ou no vendedor de terras distantes. Lembra-se que pelo artigo 693 do Código Civil, “o contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente”.

A figura do comissário foi paulatinamente sendo substituída pela do *agente*, conforme o desenvolvimento tecnológico facilitava a comunicação entre as partes e o trânsito das mercadorias e das propostas comerciais. A diferença do agente para o comissário é a “obrigação de o agente promover a realização de negócios por conta de outra pessoa em zona determinada”. (ASSIS, 2005, p. 197). O agente apenas promove, ou seja, o negócio será concluído pelo próprio empresário. Na prática diária de, por exemplo, uma compra e venda intermediada por um agente, o vendedor fatura o bem diretamente para o comprador e repassa ao agente percentual pré-determinado sobre essa venda, a título de remuneração. Essa opção pelo contrato de agência possibilita que a empresa contratante (produtora) continue tirando proveito das particularidades do seu agente – tal qual fazia com o comissário –, mas reserva para si a decisão final sobre a conclusão (ou não) do negócio agenciado. Para regularizar essa situação do agente, em 9 de dezembro de 1965 foi publicada a Lei nº 4.886, regulamentando as atividades dos representantes comerciais autônomos.

A figura do *distribuidor* sucedeu historicamente à do agente, quando, segundo Gustavo Tepedino (2008), do “[...] florescimento da sociedade de consumo, no curso do século XX, [que] deu novo ímpeto à renovação das práticas comerciais e conduziu ao surgimento de outras formas de intermediação [de negócios] [...]”. Esse distribuidor, conforme se verá ao longo deste trabalho, permanece vinculado ao fabricante, embora

atuando por conta própria. Segundo Paulo Eduardo Lilla (1994), nesse novo contexto, a integração entre produtores e distribuidores, através de um contrato de distribuição, possibilita o desenvolvimento de determinado ramo do mercado mais agilmente, trazendo, em consequência, vantagens ao comprador final, que se beneficia adquirindo produtos e serviços de qualidade e, quando necessário, assistência técnica garantida.

Ressalta-se, aqui, que Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001) classificam esses mencionados contratos de comissão, agência e distribuição como contratos de distribuição *lato sensu*, pois todos, à sua forma, “estabelecem a obrigação de uma das partes de promover a venda dos produtos fornecidos pela outra parte, e cuja execução implica estipulação de regras gerais e prévias destinadas a regulamentar o relacionamento duradouro que se estabelece entre os contratantes”. Entendem como distribuição *stricto sensu* “a distribuição modernamente concedida segundo as regras avançadas de marketing, planejamento e estratégia de vendas, surgida ou intensificada na segunda metade do século XX, [que] se instrumentaliza, principalmente, por contratos de distribuição [...] ou por contratos de franquia ou *franchise*”.

A evolução da economia trouxe para muitos fabricantes a necessidade de ter à sua disposição uma rede organizada de distribuidores, que “através de uma política comercial uniforme, estratégia de vendas e planejamento comum de atividades, possa reduzir os custos na produção, obtendo maiores lucros nas vendas”, trazendo benefícios a ambas as partes, uma vez que o distribuidor, “sendo comerciante independente, beneficia-se da marca do fabricante para desenvolver seu comércio” (LILLA, 1994, p. 229). A importância da abordagem do tema dos contratos de distribuição torna-se latente, dada a relevância desse tipo contratual em promover a integração entre empresas, para fins de aprimoramento do mercado, na área na qual o fornecedor se propõe a atuar.

O interesse desse trabalho quanto ao tema surgiu da constatação de que, algumas vezes, o fornecedor abusa do direito de resilir unilateralmente os contratos de distribuição pactuados sem determinação de prazo através da denúncia sem concessão de aviso prévio, ou com aviso prévio insuficiente para o distribuidor, o qual tem de arcar, de forma inesperada, com a perda do seu negócio e dos investimentos feitos para adequadamente executar o contrato. O presente estudo visa analisar esse tema e a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando da análise de

pedidos indenizatórios, formulados pelos distribuidores, quando da denúncia imotivada abusiva dos contratos de distribuição pelos fornecedores.

Para isso, primeiramente, se verificará as hipóteses que levam o fornecedor a optar pela distribuição como sistema de escoamento das suas mercadorias até o mercado comprador. Em seguida se analisará as características gerais do contrato de distribuição, os requisitos para a sua caracterização e seus critérios de classificação. Na sequência o contrato de distribuição será diferenciado de outro tipo contratual similar: o contrato de agência. Quanto a esse último, se ressaltará as características que o distinguem do contrato de representação comercial, inclusive quanto à legislação aplicável.

Na segunda parte desse trabalho se identificará as hipóteses de extinção de um contrato na visão da doutrina brasileira, com ênfase na rescisão unilateral imotivada do contrato, aplicando-se as disposições ao contrato de distribuição. Por fim, os efeitos dessa rescisão unilateral serão analisados perante a doutrina e a jurisprudência brasileiras.

Para que toda essa análise possa ser feita, precisa-se, primeiramente, pontuar algumas premissas ao estudo.

A primeira delas refere-se à *terminologia* aplicável aos contratos de distribuição. Observa-se que, “algumas vezes, os tribunais brasileiros utilizam as expressões *contrato de distribuição* e *concessão comercial* como figuras jurídicas distintas, considerando que na distribuição a integração entre fabricante e distribuidor é menos intensa do que na concessão”. (LILLA, 1994, p. 231). Adotar-se-á, nesse trabalho, a posição de Paula A. Forgioni (2008) exposta no livro “Contrato de Distribuição”, a qual está em consonância com a posição de Orlando Gomes (2009) e Arnaldo Rizzardo (2004). A autora ressalta que, embora vejamos, na prática econômica, que a expressão *concessão comercial* é, na maioria das vezes, utilizada quanto aos produtos abarcados pela Lei Ferrari, enquanto a expressão *distribuição* trata de outros produtos, o referido diploma legal, em seu artigo 2º, § 1º, alínea “a”, adota textualmente a sinonímia dos conceitos, esclarecendo que “intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário”. Daí a conclusão de Paula A. Forgioni (2008), citando Fábio Konder Comparato, no sentido de que “A concessão de venda é, exclusivamente, contrato de distribuição de produtos”. Assim, a nomenclatura *contrato de concessão* será utilizada nessa monografia como sinônimo de *contrato de distribuição*, assim

como se referirá àquele que vende o produto como *concedente*, *fabricante* ou *fornecedor* e àquele que compra o produto para revender como *distribuidor*, *cessionário* ou *revendedor*.

A segunda premissa refere-se à legislação aplicável. Como o contrato de distribuição surgiu, no Brasil, como o grande modelo do setor automobilístico (apesar de atualmente ver-se esse tipo contratual disseminado por diversos ramos econômicos), a primeira legislação surgida para regular o fenômeno dos contratos de distribuição foi a Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, conhecida como “Lei Ferrari”. A Lei Ferrari dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Assim, entende-se que a Lei Ferrari é dispositivo legal que rege *espécie* contratual do *gênero* distribuição. Humberto Theodoro Junior (2006) afirma que a Lei Ferrari é um *microsistema jurídico* concebido para regular a concessão comercial na área de revenda de veículos automotores, de forma que regula “ampla e abrangentemente todo um segmento econômico e suas múltiplas e complexas relações jurídicas”. Sendo a Lei Ferrari um microsistema jurídico, conforme exposto, a regulamentação de seus dispositivos não pode ser analogicamente aplicada a outras situações pertinentes a contratos de distribuição, que não as previstas no próprio texto da Lei¹.

A terceira premissa é aquela apontada por Paula A. Forgioni (2008) ao afirmar que, para fins de estudo do contrato de distribuição, deve-se considerar a compra e venda de mercadorias em seus diversos graus; quer dizer, o fornecedor não necessariamente será o empresário que de fato fabricará o bem. Isto é, o contrato de distribuição dá conta de sucessivas operações de compra e venda realizadas em determinado lapso temporal. São regidas pelas normas do contrato de distribuição tanto *a)* a relação jurídico-comercial existente entre o fabricante e o distribuidor que revenderá o produto ao consumidor final, quanto *b)* a relação jurídico-comercial entre o distribuidor (o empresário que adquiriu o produto do fabricante) e outros distribuidores secundários, que adquirirão o produto para

¹ Assim posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, em decisão consolidada como precedente na matéria: CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO RELATIVO A INFORMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANÁLOGA DE DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 6.729/79 A ESTABELEECER UMA REGULAMENTAÇÃO ESPECIALÍSSIMA PARA AS RELAÇÕES PERTINENTES "A CONCESSÃO COMERCIAL ENTRE PRODUTORES E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE". TRATA-SE DE DIPLOMA QUE ESTATUI CONJUNTO NORMATIVO PARTICULARMENTE DISTINTO DO DIREITO COMUM, CRIANDO SIGNIFICATIVAS RESTRIÇÕES A AUTONOMIA DA VONTADE, QUE NÃO SE HÃO DE ESTENDER A SITUAÇÕES NELE NÃO PREVISTAS. (AgRg no Ag 433.29 /SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ 16/05/1994).

revenda ao consumidor. Nesse último caso o distribuidor que adquiriu o produto do fabricante é chamado por Paula A. Forgioni (2008) de *distribuidor master*.

Por fim, deve-se esclarecer a possibilidade de um contrato de distribuição ser firmado por prazo determinado ou não. Nesse trabalho, para fins da análise da rescisão unilateral do contrato, serão analisadas apenas as hipóteses nas quais, ao contratar, as partes não determinaram prazo de duração do contrato. Ademais, tem-se que, embora a rescisão possa ser feita por uma das partes com ou sem motivos determinantes, esse trabalho se aterá em verificar as consequências da denúncia imotivada (ou vazia), ou seja, a rescisão do contrato sem motivos determinantes, pelo fornecedor.

2 A ESTRUTURA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Preliminarmente a todo o estudo proposto nesse trabalho, deve-se ter em mente que a figura do contrato² de distribuição é trazida tendo em vista uma necessidade econômica e empresarial fática: a de uma empresa de vender o bem que resultou de todo um complexo sistema de produção³. Para levar o produto do fabricante até o consumidor pode-se optar por colocá-lo diretamente no mercado, através de lojas próprias, por exemplo. Nesse sistema se estará diante de uma *venda direta*, pela qual o fabricante é responsável não apenas pelas etapas de produção desse bem, como também por toda a logística para o seu traslado até as mãos do consumidor.

Outra possibilidade para o escoamento da produção é a *venda indireta*, pela qual o fabricante utiliza-se de outras empresas, aproveitando as individualidades desse segundopartícipe. Paula A. Forgioni (2008) aponta que a escolha por essa forma de venda normalmente surge quando esse fabricante – independentemente de quais forem os motivos – não conhece as particularidades do mercado no qual pretende ingressar ou quando não pretende assumir financeiramente grande volume de capital para que possa realizar a venda direta.

Na análise de Paula A. Forgioni (2005a) são 11 os principais fatores que devem ser levados em consideração pelo concedente antes da escolha entre os sistemas de direta ou indireta (através da construção de uma rede de distribuidores):

² “O contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir uma relação patrimonial”. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 7).

³ “A distribuição eficiente, adequada às necessidades do público final, consentânea à capacidade dos consumidores, é fator decisivo para o sucesso da comercialização de bens e serviços, ainda quando, em princípio, estes tenham potencialmente qualidade, originalidade e outras características capazes de atrair o interesse de eventuais adquirentes. [...] Daí por que a distribuição hoje é encarada mais como uma etapa da produção de bens e prestação de serviços do que como mero custo que se agrega ao produtos final. É, ao contrário, atividade intermediária que liga a produção ao consumidor; é veículo de adequação da oferta à demanda, que obedece a sérios e vultuosos projetos e políticas de profissionais e estrategistas” (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2001, p. 12).

a) *necessidade e disponibilidade de recursos*: quanto maior o vulto monetário que o concedente tem a investir na logística de entrega do bem ao consumidor final, mais acessível torna-se a implantação de um sistema de venda direta. Segundo exposto pela autora, o sistema de vendaindireta, por outro lado, permite que o concedente diminua o montante que pretende investir no escoamento da sua produção, eis que grande parte desses custos serão assumidos pelo distribuidor ou pela rede de distribuição;

b) *tamanho médio do pedido ou valor unitário do bem*: quando o custo do bem unitariamente considerado ou do pedido como um todo é alto, a venda direta mostra-se vantajosa, “pois mais fácil e viável [...] embutir, num ou no outro, o custo da venda direta.” (DIAS, 1993, p. 41 *apud* FORGIONI, 2005a, p. 47). Quer dizer, se, exemplificativamente, se estiver diante de uma máquina de valor elevado, o custo final de venda ao consumidor é reduzido se a venda for feita diretamente pelo fornecedor. Isso porque se essa máquina chegar ao comprador por intermédio de um distribuidor, o seu preço final conterà a margem de lucro desse distribuidor, entendida como o resultado – conforme se verá adiante – da diferença entre o preço de aquisição da mesma (pelo distribuidor, do fornecedor) e o valor final de venda ao referido comprador;

c) *número de produtos de linha*: nesse caso a venda direta é preferível se o fabricante tiver à disposição do cliente um maior número de diferentes produtos de linha. Isso porque, nesse caso, esse fabricante pode negociar a venda conjunta de vários desses itens. A vantagem surge na possibilidade de repassar os custos de (exemplificativamente) transporte de todos os produtos ao cliente em uma mesma oportunidade e na venda diversos itens no mesmo momento, através da concessão de descontos, por exemplo.

d) *bens industriais ou bens de consumo*: bens de consumo adaptam-se melhor à venda indireta porque:

[...] os bens de consumo podem envolver compras “por impulso” e demanda geograficamente dispersa, impelindo o fabricante à venda indireta (porque os custos da distribuição costumam ser elevados em virtude da necessidade de se manterem vários pontos-de-venda com serviço apto a estimular e captar o impulso do consumidor. (FORGIONI, 2005a, p. 47).

Analisando essa colocação pode-se verificar que a venda indireta permite um contato mais direto com o comprador, podendo adequar a produção às características do mercado que

se pretende atingir. Assim, se o objetivo do fornecedor é estimular a aquisição “por impulso” – a qual é entendida como aquela na qual o comprador adquire o produto não apenas pela necessidade de adquiri-lo, mas porque ele está disponível naquele momento, em local de fácil acesso e de forma que chame a sua atenção – o sistema de venda indireta mostra-se adequado, pois o distribuidor contratado tem foco de atuação em uma área determinada pelo fornecedor, exercendo sua atividade conforme a realidade do mercado no qual está inserido;

e) *percebibilidade*: produtos perecíveis usualmente demandam distribuição capilarizada, pois o mercado de venda do fabricante abrange extensa área geográfica para atingir um grande número de compradores. Assim, a venda indireta se mostra mais adequada;

f) *margem de lucro*: quando opta pela venda indireta, o concedente vê potencialmente reduzida sua margem de lucro. Considerando que o bem chegará nas mãos do comprador pelo distribuidor, o preço final de venda será definido por esse. Dessa forma, o fornecedor não terá qualquer ingerência sobre o preço apresentado ao comprador, não podendo aumentar sua margem de lucro;

g) *necessidade de estocagem*: a manutenção de estoque é fator que eleva o custo da distribuição do produto até o cliente final. A opção pela venda indireta, nesses casos, repassa grande parte desse custo ao distribuidor, já que o concedente não precisa manter as mercadorias produzidas em seu estabelecimento, impedindo a circulação do capital até que as vendas se perfectibilizem;

h) *situação de ciclo de vida do produto*: neste tocante, Paula A. Forgioni (2005a), citando Sérgio Roberto Dias, explica que o concedente, quando da introdução do produto no mercado, normalmente opta pela venda direta até que a demanda de aquisições, já grande e com potencial de crescimento, justifique a contratação de distribuidores;

i) *número de clientes e sua concentração em cada segmento*: seguindo a mesma lógica de raciocínio trazida nos itens *d* e *h* acima, quanto maior a exigência do mercado – e, também quanto maior o número de clientes que se pretende atingir –, mais capilarizada deve ser a distribuição, o que justifica a escolha por um sistema de venda indireta, a ser exercida por uma rede de distribuidores;

j) *serviços necessários ao comprador*: a escolha pela venda indireta também pode advir da necessidade de prestar, com certa regularidade em decorrência bem que se está alienando, algum serviço ao cliente, como prestação de assistências técnica e pós-venda; e

k) *métodos empregados pela concorrência e intensidade da competição*: é economicamente mais viável ao concedente adotar o mesmo sistema de venda de seus concorrentes. Isso porque, quanto a um produto em específico, se o mercado já se adaptou a determinado sistema de venda, uma nova empresa que, pretendendo adentrar e competir nesse mesmo mercado, adotar a mesma logística de distribuição já familiarizada pelo comprador, terá – ao menos teoricamente – a mesma facilidade em atingi-lo.

Conforme o exposto nesse capítulo, quando um empresário opta pelo sistema de venda indireta de mercadorias, ele visa distribuir os custos de logística de escoamento dos seus produtos, adaptar-se mais facilmente ao mercado de consumo no qual está inserido (ou se inserindo), capilarizar a distribuição dos bens em determinada área geográfica e prestar serviços de forma personalizada, tudo isso a baixo custo, sem, no entanto, assumir todos os riscos pela execução dos itens listados acima. Uma das formas encontradas na prática comercial de eximção dessas áreas foi a de transferir a propriedade desses produtos ao empresário contratado.

Em suma, uma empresa depende, para comercializar com sucesso seu produto, que ele chegue de forma adequada ao seu cliente. De nada adianta a promoção desse produto através de estratégias de *marketing* e propaganda, se ele não consegue chegar até as mãos de seu público alvo.

A evolução da economia moderna impõe ao fabricante a preocupação de distribuir seus produtos com maior agilidade, abrangência territorial e eficácia nos serviços prestados, o que seria impossível sem investimentos em publicidade e utilização de sofisticadas técnicas de marketing, serviços de assistência técnica à clientela para atender a demanda do mercado consumidor.

Para atingir tais finalidades o fabricante deve dispor de uma rede organizada de distribuidores que, através de uma política comercial uniforme, estratégia de vendas e planejamento comum de atividades, possa reduzir os custos na produção, obtendo maiores lucros nas vendas, e, conseqüentemente, trazendo benefícios não só para ele, mas também para o distribuidor que, uma vez sendo comerciante independente, beneficia-se da utilização da marca do fabricante para desenvolver seu comércio. (LILLA, 1994, p. 230).

Um eficiente sistema de distribuição torna-se essencial na medida em que escoo, com eficiência, o bem até o comprador. Assim, na opinião de Orlando Gomes (2009), o principal objeto do contrato de distribuição é a comercialização dos bens produzidos e fornecidos pelo fabricante, cabendo ao distribuidor *adquirir* o produto do fabricante para, então, *revende-lo* – diferentemente do representante comercial, por exemplo, conforme se verá adiante.

Eis o grande traço distintivo do contrato de distribuição das demais espécies contratuais: a aquisição do bem para posterior revenda. Essa é a característica que singulariza a distribuição como um tipo autônomo de contrato. Nessa operação se vê que o bem é transferido de um patrimônio a outro: a propriedade, que originalmente era do concedente, passa a ser do distribuidor no curso da cadeia de fornecimento.

Diante dessa premissa é possível fazer algumas observações. A primeira é que, em um contrato de distribuição, o proveito econômico do distribuidor consistirá no resultado obtido pelo valor de venda do produto pelo distribuidor, seja a outro agente econômico, seja ao comprador, subtraído o valor de aquisição do bem (Paula A. Forgioni, 2008). Quer dizer, a margem de lucro desse distribuidor será efetivamente a diferença entre o valor que pagou na aquisição desse produto e o valor pelo qual recolocou-o no mercado.

El distribuidor, como cualquier otro comerciante, contrata con los terceros a nombre propio, de modo que compra y vende con ellos por su propia cuenta. Es por ello un típico comerciante que recevende la mercadería que adquiere del fabricante y su ganancia consiste en el mayor margen que obtiene. (MARZORATI, 2008, p. 64).

Quanto a esse valor venal do produto, cabível algumas considerações. Quando da entrada em vigor da Lei Ferrari⁴, em 1979, seu artigo 13 estabelecia que a obrigação do distribuidor de revender a mercadoria conforme o preço fixado pelo concedente. A margem

⁴ “Registra WaldirioBulgarelli que tal lei [...] assumiu, a seu tempo, um feito marcadamente original, por não se limitar à disciplina do contrato de concessão comercial praticado entre fabricantes e revendedores de veículos, mas por ir além, dispondo minudentemente sobre os variados aspectos que conformam a atividade de distribuição e incluindo, ainda, na estrutura legal, a disciplina traçada por ‘contratos firmados entre as partes, quer no âmbito da categoria econômica, quer no âmbito das marcas. Foi justamente esse caráter peculiarmente amplo, complexo e minudente que lhe propiciou a inserção no mundo dos microssistemas jurídicos, pois estes surgem da pretensão normativa de exaustividade no tratamento de certa matéria ‘e por isso se apresentam com um caráter quase autônomo perante o ordenamento geral’. Já seria certo que, sendo lei especial o estatuto comercial de revenda de veículos automotores referiria, em sua incidência, à lei geral, salvo se não dispusesse sobre a totalidade do tema disciplinado ou se ela mesma ressalvasse a aplicabilidade concorrente do direito comum. [...] A legislação em apreço não só ‘regula por inteiro, de forma completa e exaustiva, a matéria com a qual se ocupa’, como vai além do detalhamento do contrato de concessão comercial, para disciplinar todo o relacionamento complexo travado entre agentes da revenda de veículos [...]”. (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 128-130).

de lucro do distribuidor era, por conseguinte, insuscetível a variações. No entanto, no ano de 1990 foi publicada a Lei nº 8.132, a qual alterou, dentre outros, esse artigo 13. A redação hoje vigente dispõe que “É livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes”. Assim, a margem de lucro do distribuidor será proporcional à sua capacidade de valorizar o bem que está comercializando no mercado. Essa opinião é compartilhada por Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandin Theodoro de Mello (2001), que afirmam que “com o sistema [de distribuição] se visa apenas a comercialização da produção, excluindo a imposição de preços [...]”.

Em segundo lugar, a expressão *revender*, conforme utilizada no parágrafo anterior, permite verificar que a relação jurídico-comercial que dá origem a um contrato de distribuição não está sob a égide da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O distribuidor não adquire o produto para uso próprio; ele apenas o revende no mercado, tal qual o adquiriu, sem utilizá-lo como destinatário final. Consequentemente, a figura desse distribuidor não incidirá na hipótese do *caput* do artigo 2º do CDC, o qual prevê que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Pode-se verificar, então, que é tratada como consumerista apenas a relação de compra e venda do produtor entre o distribuidor e o consumidor final, tal qual o previsto no CDC.

Exemplificativamente, quadro elaborado por Paula A. Forgioni, o qual representa a *triangularidade*⁵ da relação entre as partes integrantes de um sistema de venda indireta (2005a):

Vendedor (geralmente fabricante)	↔ contrato de distribuição (encerrando compras e vendas habituais)	Distribuidor	↔ compra e venda	Adquirente
--	--	--------------	---------------------	------------

⁵ Essa ideia de *triangularidade* (fabricante – distribuidor intermediário – adquirente) é contraposta pela autora à ideia de *bilateralidade* da relação existente nas vendas diretas (fabricante – adquirente). (FORGIONI, 2005b, p. 31)

Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001) indicam mais alguns requisitos para a configuração jurídica do contrato de distribuição:

a) quanto às partes integrantes do contrato de distribuição, para os referidos autores, um dos contratantes deve ser o fabricante e o outro o comerciante que se encarregará das vendas do primeiro. Paula A. Forgioni (2008) ressalva que tanto fabricante como distribuidor são considerados, hoje em dia, *empresários*⁶, pois, conforme o artigo 966 do Código Civil, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Orlando Gomes (2009) diz que “O fabricante é sempre uma *sociedade* proprietária da empresa. A outra parte, a *distribuidora*, é pessoa física ou jurídica que se obriga a *revender* os produtos comprados ao industrial [...]”.

Ademais, nesse mesmo tema, pode-se verificar a existência de um controle econômico do fabricante sobre o distribuidor, embora a posição contrária de Paula A. Forgioni (2008)⁷. Atente-se para o fato de que esse controle econômico do fornecedor sobre o distribuidor não deve ser confundido com controle *jurídico*. A sobreposição econômica não anula a autonomia jurídica do distribuidor.

O distribuidor contrata em seu próprio nome e no seu interesse. Responde pessoalmente pelos atos dos seus prepostos. [...] não se confundem obrigações e responsabilidades pessoais de fabricante e distribuidor.

As cláusulas que impõem uma normatização de condutas, métodos e procedimentos, destinadas a manter a unidade da rede de distribuição são, enfim, perfeitamente compatíveis com a autonomia jurídica. [...] apesar de vinculado a um política de atuação no mercado de distribuição, o distribuidor terá sempre autonomia jurídica e administrativa para gerir sua empresa, seus atos, seus lucros, recursos financeiros, materiais, humanos, seus investimentos, seus estoques, etc. (THEODORO JUNIOR; MELLO. 2001, p. 19).

b) entre as partes há o estabelecimento de “obrigações de compra e venda continuada, isto é, não eventual nem periódica”, por isso dizemos que trata-se de contrato de trato

⁶ Verçosa (2004, p. 119) diz que os elementos distintivos e qualitativos do empresário são: (i) exercício de uma atividade; (ii) a natureza econômica da atividade; (iii) a organização da atividade; (iv) a profissionalidade do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e (v) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços (elementos objetivo).

⁷ [...] o controle externo do concedente, assim entendido o controle contratual que permite ao concedente planificar sua produção e zelar pela marca acompanhando o produtor do estágio inicial da fabricação até o estágio final da comercialização não é, necessariamente, um apanágio do contrato de distribuição. Pode ser até que esse controle esteja nas mãos do distribuidor, como acontece em muitos dos contratos celebrados entre fornecedores e grandes varejistas. Enfim, embora comum que uma parte tenha maior pujança econômica do que a outra, há contrato de distribuição mesmo que o poder relacional de ambas seja equilibrado. (FORGIONI, 2008, p. 63).

sucessivo. Nas palavras de Paula A. Forgioni (2005a), é “consenso doutrinário que o contrato de distribuição abarca *operações de compra e venda mercantil*, de caráter não eventual, mas sim habitual (estável)”. São “*várias* operações de compra e venda destinadas à revenda pelo distribuidor. Tais compras e vendas seriam unificadas por uma identidade de causa”. (FORGIONI, 2005b, p. 41). (grifo nosso). Essa afirmação está em consonância com o já exposto na introdução desse trabalho, quando foi dito que o contrato de distribuição dá conta de sucessivas operações de compra e venda realizadas em determinado lapso temporal.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, “O contrato de distribuição [...] pertence, por sua natureza, à categoria dos *contratos de duração*[...]. Tais contratos abrangem mais de uma espécie, mas incluem, em particular, contratos de trato sucessivo ou de execução continuada; desses contratos originam-se relações obrigacionais duradouras” (AZEVEDO, A. J., 2004, p. 123). O autor continua:

Nos contratos de duração em sentido restrito, ou seja, nos de trato sucessivo, como no de distribuição, o alongar-se o adimplemento por uma certa duração é exigência para que o contrato satisfaça os interesses que levaram as partes a contratar, atingindo a sua finalidade, ou seja, é um *essentialenegotii*. O tempo faz parte, nesses contratos, da sua causa final, ou de sua função [...]. (AZEVEDO, A. J., 2004, p. 124).

c) o distribuidor deve ter “vantagens especiais”, sob pena de se estar diante de operações de compra e venda, simplesmente. Há, nos contratos de distribuição, uma ideia de *colaboração* entre as partes.

Não se pode afirmar que o interesse das partes limita-se aos sucessivos contratos de compra e venda firmados entre o fabricante e o distribuidor. O que se pretende é a formação de uma clientela em determinado território, no qual se planta a marca do produtor, com aumento das vendas em benefício comum. As partes envolvidas, unindo seus esforços, organizam a distribuição de um produto. (PAOLA, Leonardo Sperb de. *apud* THEODORO JUNIOR; MELLO. 2001, p. 19).

Destarte, mais que prestações e contraprestações entre as partes, o proveito econômico de cada uma delas se obtém com o desempenho da atividade mercantil de comercialização de produtos e serviços reiterada diuturnamente. A prestação devida pelo distribuidor não se resume à aquisição de mercadorias, ao pagamento de *royalties* e taxas de ingresso e publicidade. Deve ele se dedicar de forma séria, leal e competente à atividade empresarial de distribuição de bens ou serviços, para que as partes lucrem com o incremento do consumo. (THEODORO JUNIOR; MELLO. 2001, p. 19).

Esse dever de colaboração entre distribuidor e fornecedor acaba gerando uma forte integração entre as partes, podendo levar, como frequentemente acontece, à formação de redes

de distribuição organizadas. Geralmente essas redes são organizadas por região e realizam um grande volume de vendas.

A ideia de integração substitui a de subordinação, marcante, muitas vezes, nos contratos de representação comercial. [...] Integração significa a união de duas empresas dotadas de autonomia jurídica [...] que, apesar de desempenharem funções diferentes, buscam o mesmo fim. [...] Dessa forma todos saem ganhando, o fabricante, que tem seus produtos distribuídos em larga escala, e o distribuidor, que, ao gozar da utilização do nome da marca e de seu prestígio, tem suas vendas facilitadas [...]. (LILLA, 1994, p. 238).

La relación entre distribuidor y productor se caracteriza porque tiene continuidad, es de colaboración económica, en correspondencia con la inserción del distribuidor, que ubica a su empresa dentro de la red de distribución del fabricante. (MARZORATI, 2008, p. 64).

Essa situação pode ser visualizada com clareza ao se observar as empresas fabricantes de automóveis e suas concessionárias. Essa, no entanto, não é regra. Não há, conforme Paula A. Forgioni (2008), qualquer impedimento ao fato de um fabricante ter um único distribuidor para seus produtos. Na verdade, esse cenário exposto pela autora (da possibilidade de um fornecedor ter um único distribuidor) verifica-se com mais clareza no cenário internacional da distribuição. Vê-se que a situação não se repete no mercado interno brasileiro com frequência ao analisarmos a situação trazida pelos fornecedores de bebidas e automóveis, por exemplo.

d) o produto comercializado deve ser fabricado pelo concedente, sob pena de, novamente, se estar diante de um contrato de compra e venda. Há discordância dessa colocação, tendo em vista o exposto na introdução desta monografia, ao se colocar que também é entendida como *distribuição* a relação jurídico-comercial entre esse distribuidor (o empresário que adquiriu o produto do fabricante) e outros distribuidores secundários, que também adquirirão o produto para revenda ao consumidor.

e) o contrato de distribuição sempre deve prever a zona territorial na qual o distribuidor pode atuar. Exemplificativamente, a Lei Ferrari, em seu artigo 5º, incisos I e II, determina que o contrato de distribuição contenha a “área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades” e a fixação de “distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado”.

f) Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001) afirmam que a atividade econômica do distribuidor, embora seja de sua exclusiva responsabilidade, não pode fugir do sistema geral planejado pelo fabricante para padronizar e controlar a qualidade da rede de concessionários.

A doutrina também assinala algumas liberalidades, no que se refere às cláusulas integrantes de um contrato de distribuição, as quais se apresentará a seguir. Quer dizer, são obrigações que, inseridas ou não no contrato firmado entre fornecedor e distribuidor, não caracterizam – ou deixam de caracterizar – o contrato como de *distribuição*.

Primeiramente há a *exclusividade territorial*, pela qual o distribuidor é o único a revender os produtos adquiridos do fornecedor, pelo contrato de distribuição, em uma área determinada do território. Se essa exclusividade for garantida pelo concedente ao distribuidor, se estará diante de uma cláusula contratual de reserva de concorrência.

A Lei Ferrari, em seu artigo 5º, incisos I e II, determina a obrigatoriedade de o contrato de distribuição de conter cláusula de área de operação do distribuidor. O mesmo artigo, em seu § 1º, diz que “a área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede”. Pode-se concluir, portanto que, embora a Lei Ferrari tenha buscado proteger o distribuidor, no sentido de impor a fixação de uma dimensão geográfica de atuação⁸, não impôs a exclusividade territorial ao fornecedor, possibilitando práticas de concorrência que inevitavelmente levam à melhoria do serviço oferecido ao comprador final. Assim, ainda que o distribuidor não tenha exclusividade de área, o contrato sempre determinará uma dimensão territorial para execução do contrato de distribuição.

Essa exclusividade, embora possível, não é comum no contrato de distribuição. Usualmente o fornecedor reserva para si a possibilidade de realizar vendas diretas ou autorizar outro distribuidor a atuar nesse mesmo território.

A exclusividade territorial – vedação à atuação de outros distribuidores ou do próprio fornecedor em determinada área –, não deve ser confundida, segundo Paula Forgioni (2008),

⁸ Entende-se que o legislador exigiu essa determinação para fins de assegurar juridicamente a segurança do distribuidor quanto à área abrangida pelo seu contrato. Dessa forma otimiza-se a atuação do distribuidor e diminui-se os riscos de discussões judiciais quanto ao assunto, que acabariam por acarretar ônus financeiros às partes e desgaste da relação contratual.

com a cláusula *dereclusão do distribuidor*. Essa última é a vedação contratual à atuação do distribuidor fora da área territorial determinada no contrato. São duas previsões diversas, que podem ser cumuladas entre si, conforme a vontade das partes.

Também não se pode confundir os conceitos já expostos com a *exclusividade de distribuição*. O artigo 711 do Código Civil prevê que “Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”. Quando existente essa obrigação no contrato, o distribuidor pode revender apenas os produtos fornecidos pelo concedente, estando vedada a comercialização de outros bens. Essa exclusividade pode ser integral – só é autorizada a comercialização dos produtos fornecidos pelo concedente – ou parcial – exemplificativamente, vedação de comercialização de determinada linha de produtos ou de produtos concorrentes, estando autorizados todos os demais. A existência desse vínculo de exclusividade e a sua abrangência podem ser livremente pactuadas entre as partes, conforme os interesses do contratante e do contratado. Essa liberalidade é prevista na Lei Ferrari, em seu artigo 3º, § 1º, *alínea b*, ao prever que “A concessão poderá, em cada caso, vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor”.

2.2 CONCEITO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NA DOUTRINA

Tendo em vista o exposto nesse trabalho, pode-se partir para a busca de um conceito para o contrato de distribuição.

Para Orlando Gomes a atividade do distribuidor consiste na “atividade de revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área”(GOMES, 2009, p. 463).

Para Champaud, já na década de 1970,

[...] o contrato de concessão comercial pode ser entendido como uma convenção pela qual o comerciante, o concessionário, coloca sua empresa de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial, o concedente, para assegurar, exclusivamente, sobre determinado, por um período determinado e sob fiscalização do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe será

concedido. (CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale, in: Revue Trimestrielle de Droit Commercial, p. 471 apud LILLA, 1994, p. 234).

Arnaldo Rizzardo afirma que

Considera-se [como distribuição] a relação pela qual alguém age em nome próprio na intermediação entre o produtor e o varejista, mas vinculados os produtos de que dispõe a um determinado produtor, como alimentos, bebidas, combustíveis e cigarros. Trata-se de uma técnica de colocação de produtos no mercado, ocupando presentemente uma posição de relevo. (RIZZARDO, 2004, p. 754).

Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandin Theodoro de Mello (2001) entendem que quando um empresário opta por escoar sua produção por via indireta, ele passa a se valer de uma série de formas contratuais para suprir com presteza o “atendimento à clientela, e o equilíbrio entre o máximo que o produtor pode obter de redução em custos e otimização das vendas sem prejuízo da qualidade de seu produto e sem sacrifício dos valores prezados pelo público consumidor”. Esses contratos que “se transformaram em instrumento de política de distribuição do produtor, e se destinam a estruturar, planejar e gerir todo um sistema ou uma rede de distribuição da produção industrial”, visam

dar forma à relação entre fabricante e distribuidor, regendo as obrigações existentes entre eles, destinados a organizar a atividade de intermediação e venda da produção, levando-a até o consumidor final. São chamados contratos de distribuição aqueles que [conforme exposição anterior nesse trabalho] estabelecem a obrigação de uma das partes de promover a venda dos produtos fornecidos pela outra parte, e cuja execução implica estipulação de regras gerais e prévias destinadas a regulamentar o relacionamento duradouro que se estabelece entre os contratantes. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2001, p.12-14).

Para Marzorati,

Se entiende por contrato de distribución aquel por el qual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final – producto determinado – al distribuidor, quien adquiere el producto de aquél para proceder a su colocación masiva por mediodo su propia organización en una zona determinada, revendiéndolo en el mercado a un precio mayor. [...] Emunsentido amplo, Zavala Rodriguez lo define como una forma de actuación de la empresa que, así como recurre a filiales o sucursales, viajantes, agentes, concesionários y expedicionistas, también se sirve de otras empresas o personas en carácter de distribuidores para lograr que su producción enmasa llegue con más facilidad a distintos lugares y a los más diversos clientes. También, en un sentido genérico, Argeri lo considera como contracto por el cual un empresario comercial – distribuidor – actúa profesionalmente por su propia cuenta, intermediando en tiempo más o menos extenso y con un negocio determinado, en una actividad económica que indirectamente relaciona al produtor de bienes y servicios con el consumidor. (MARZORATI, 2008, p. 63-65).

2.3 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Quanto à natureza do contrato de distribuição, em artigo publicado em 2005, na Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Paula A. Forgioni trata-o como *socialmente típico*, opinião essa que será adotada nesse trabalho. A tipicidade social decorre da prática econômica adotada pelos empresários no dia-a-dia empresarial que, apesar de o contrato de distribuição não estar tipificado no Código Civil, nem ter legislação específica que possa reger a totalidade das suas espécies contratuais, acabam fazendo uso de soluções semelhantes ou idênticas para escoar a produção. Citando Maria Helena Brito, a autora expõe que:

“[...] supõe a consciência de que os tipos assim criados venham a adquirir validade geral e justifica-se pela importância que os tipos em causa revistam na realidade social, atendendo à sua difusão e à função econômico-social que desempenham”. “A tipicidade social, sendo um dado que se impõe à ordem jurídica, é também um instrumento de racionalidade, economia e evolução, porquanto: - facilita a negociação; - os operadores econômicos não tem a necessidade de, a cada momento, reinventar uma solução jurídica adequada para prosseguir a função econômico-social correspondente ao tipo social em causa; - permite a referencia simplificada a uma determinada realidade, uma vez que ao contrato socialmente típico é, em regra, atribuída uma designação global; - simplificada a discussão sobre a validade e efeitos jurídicos do contrato em causa, tendo em conta a elaboração, por via doutrinária e jurisprudencial, de uma disciplina própria do tipo social; - prepara a absorção legal de novas realidades; - o tipo social tornar-se-à, naturalmente, quando de uma reforma legislativa, tipo legal”. Sendo um contrato socialmente típico, seu regime jurídico seria determinado pela sua função econômica, qual seja, o escoamento da produção de um agente econômico por intermédio de outro(s) empresário(s). (Maria Helena Brito *apud* FORGIONI, 2005b, p. 18). (grifo nosso).

Muito embora nesse trabalho se concorde com a tese da tipicidade social, importante trazer, para fins de registro, a opinião divergente da doutrina, como a do autor Arnaldo Rizzardo (2004) trata-o erroneamente o contrato de distribuição como típico e misto. O autor justifica a opinião afirmando que os traços de tipicidade da distribuição advêm da conjugação de uma série de espécies contratuais, realçando a compra e venda como traço dominante, a qual é tipificada pelos artigos 481 a 532 do Código Civil. Ressalta que, embora a aquisição de mercadoria para revenda seja o aspecto mais saliente da distribuição, não a encerra: “Isto porque no momento da entrega da mercadoria se desencadeiam, por tempo determinado ou indeterminado, prestações de natureza diversa, constitutivas de outras figuras, as quais, em combinação, numa espécie de simbiose, originam esse novo tipo”. Com as palavras de Rubens Requião, ressalta:

Constitui um contrato típico, misto ou complexo, pois conjuga em seu bojo um contrato de compra e venda dos produtos distribuídos, um contrato de fornecimento de estoques de mercadorias específicas, um contrato de prestação de serviço de assistência técnica, um contrato de uso de marca e outros contratos todos a serviço de mais fácil e segura comercialização do produto. (REQUIÃO, Rubens. *Concessão Comercial*. Revista dos Tribunais nº 551, p. 46 *apud* RIZZARDO, 2004, p. 760).

Em outro momento, Paula A. Forgioni (2008), trata o contrato de distribuição como figura *atípica*, apenas. Expõe que a disciplina do contrato de distribuição limita-se à Lei nº 6.729/1979 (Lei Ferrari), que disciplina a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Assevera que o nosso Código Civil vigente tentou sem sucesso tratar do tema nos seus artigos 710 a 721; no entanto, ao tratar conjuntamente da *agência* e da *distribuição*, confunde essa última com a *representação comercial* e mantém a atipicidade do contrato de distribuição. Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001) coadunam com a opinião da autora, afirmando que “Como entre nós não existe uma regulamentação legal para o contrato de distribuição ou concessão comercial, é de se qualifica-lo como *atípico*”.

Essa última é a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

Definido como contrato atípico, as regras a serem adotadas pelo juiz na solução da lide não de ser buscadas junto ao direito das obrigações, de modo especial, nos princípios gerais dos contratos, segundo a doutrina. Retomando HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (in “Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquias e concessão comercial” (RT 790/12 e ss), por ser atípico, não se encontra, no ordenamento jurídico regra específica sobre a sua extinção. Por isso, diz, devem ser adotados os princípios gerais do direito das obrigações, sobretudo, os princípios gerais de teoria dos contratos, e não adotar regras de contratos típicos. Assim também ensina ORLANDO GOMES (in “Contratos”, 13ª ed. RJ, Forense, n. 74, p. 102), para quem é condenável a praxe de adotar, por analogia, regras de contratos típicos em vez de recorrer aos princípios gerais do direito contratual. A jurisprudência consolidou-se no mesmo sentido.(*Apelação Cível Nº 70003078573, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 04/05/2005*) (grifo nosso)

Em verdade, o contrato de distribuição comercial é considerado atípico, pois utiliza várias espécies contratuais, sem nenhuma definição específica. Desta forma, para a análise da rescisão ou rescisão contratual, deve-se aplicar as normas gerais que regulam os contratos, conjugado as cláusulas estipuladas pelas partes em consonância com as provas trazidas ao processo.(*Apelação Cível Nº 70026731216, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 09/04/2009*) (grifo nosso)

Apesar de a representação comercial, ou agência, estar regulada pela Lei n. 4886/65, e a concessão comercial de veículos automotores estar regulamentada pela Lei n. 6729/79, o contrato de distribuição mercantil não se apresenta regulado em nenhum

diploma legal, constituindo, assim, contrato atípico. Suas características, além do seu caráter atípico, são sua natureza consensual, bilateral, oneroso, comutativo, informal, de trato sucessivo e de cooperação. [...] Antes, porém, de serem enfrentadas essas questões deve-se observar que o contrato de distribuição constitui um negócio jurídico complexo e atípico pelo qual o fabricante assume a obrigação de vender, continuamente, ao distribuidor determinados produtos de sua marca para posterior revenda em zona demarcada. (Apelação Cível Nº 70004016846, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 22/10/2003)(grifo nosso)

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

Sobre o tema em questão, antes da vigência do novo Código Civil, FÁBIO ULHOA COELHO observa que: Rescisão. O contrato de distribuição, já se acentuou, é atípico. O distribuidor, portanto, não possui direitos além dos especificamente negociados com o distribuído. (Apelação nº 9275193-06.2008.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator(a): Paulo Roberto de Santana, Data do julgamento: 26/09/2012) (grifo nosso)

No contrato de distribuição-intermediação um distribuidor se obriga a adquirir mercadorias geralmente de consumo de um fornecedor para sua posterior colocação no mercado, por conta e risco próprio, estipulando-se como contraprestação um valor ou margem de revenda. Neste tipo de contrato, o distribuidor recebe ou não remuneração advinda do lucro de sua atividade, sujeitos aos riscos específicos e inerentes a essa atividade impulsionada pela compra e venda para posterior revenda de modo a criar, consolidar ou ampliar o mercado de consumo dos produtos do fornecedor. Trata-se, pois, de contrato atípico, não disciplinado em lei, regido tão-somente pelo que é estabelecido no contrato. (Apelação nº 0000473-59.2009.8.26.0296, 29ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator(a): Reinaldo Caldas, Data do julgamento: 30/05/2012) (grifo nosso)

Chama-se atenção para o fato de que independentemente na posição adotada, caberá ao intérprete aplicar os dispositivos cabíveis do Código Civil em harmonia com a Lei Ferrari, de forma a manter a coerência dessa espécie contratual.

Orlando Gomes (2009) classifica o contrato de distribuição como sinalagmático, oneroso, comutativo, simplesmente consensual, formal e de adesão. Arnaldo Rizzardo (2004) e Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001) acrescentam que essa espécie contratual é de prestações sucessivas.

Veja-se:

(a) *sinalagmático (ou bilateral)*, pois “as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de *credor* e *devedor*. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito da outra.” (GOMES, 2009, p. 85). Trata-se de existência de

reciprocidade, ou seja, as obrigações de cada uma das partes guarda relação de causa e efeito com a obrigação da outra.

Paula A. Forgioni (2005a), ao classificar o contrato de distribuição como bilateral, apresenta a ideia de plurilateralidade contratual, desenvolvida por Tullio Ascarelli, e explica que a mesma não serve aos contratos de distribuição. Segundo a autora, o contrato plurilateral se caracteriza “(i) pela possibilidade da participação de mais de duas partes, (ii) por decorrerem do contrato obrigações e direitos para todos os sujeitos e (iii) pela predominância dos interesses plurilaterais e comuns”. Em seguida, afasta a plurilateralidade dos contratos de distribuição afirmando que

[...] o contrato de distribuição é firmado entre o fornecedor e cada um dos seus distribuidores, e não entre o fornecedor e todos os seus distribuidores. O fato de, muitas vezes, essas avenças seguirem cláusulas-padrão não torna possível reconduzi-las a apenas um contrato, a um só negócio jurídico. [...] Ademais, o fornecedor pode garantir a cada um de seus distribuidores condições de comercialização diversas, sem com isso descaracterizar o contrato de distribuição. Por fim, os interesses predominantes na distribuição não são “plurilaterais e comuns” [...]. Obviamente, tanto o fornecedor quanto o distribuidor buscam o sucesso do empreendimento, mas disso não decorre a supremacia dos interesses comuns. Não se pode deixar de reconhecer a realidade múltipla que informa o contexto econômico e jurídico desse tipo de ajuste, composta de *interesses comuns e de outros conflitantes*, ainda que de forma potencial. O contrato de distribuição é, ao mesmo tempo, comunhão de escopo e intercâmbio. Por um lado as partes unem-se, porque acreditam que a celebração do acordo colocá-las-á em situação mais vantajosa do que aquela em que se encontram (caso contrário, sequer realizariam o negócio). Por outro, buscam objetivos diversos, uma vez que a maximização do lucro pode ser obtida em detrimento da remuneração da contraparte. (FORGIONI, 2005b, p. 44-45).

(b) *oneroso*, pois cada uma das partes visa obter uma vantagem. “Via de regra, à vantagem obtida corresponde de sua parte um sacrifício, consistente na diminuição do patrimônio, embora compensado subjetivamente. A esse sacrifício corresponde o proveito da outra parte”. (GOMES, 2009, p. 87). É o que ocorre quando o fornecedor vê diminuído seu patrimônio ao cumprir sua obrigação de entregar determinado bem ao seu distribuidor; em contrapartida receberá desse uma prestação pecuniária;

(c) *comutativo*, porque cada parte tem certeza do conteúdo das suas obrigações. A toda prestação corresponde uma contraprestação, ainda que, conforme Orlando Gomes (2009) elas não sejam equivalentes. O fornecedor sabe que receberá prestação pecuniária conforme entregar bens ao distribuidor; o distribuidor sabe que lhe será transferida a propriedade do bem que adquirir;

(d) *consensual*, pois os consentimentos do contratante e do contratado são suficientes para que o contrato de distribuição seja firmado. Quer dizer, não possui natureza real (não exige a entrega de um bem para que se perfectibilize) e produz efeitos desde o momento em que é firmado;

(e) *verbal*, muito embora a posição divergente de Orlando Gomes (2009), para quem o contrato de distribuição deve ser concluído por escrito. Os tribunais brasileiros já decidiram contrariamente ao doutrinador, declarando a existência de um contrato de distribuição de forma não escrita, ao avaliar a relação entre as partes (duas pessoas jurídicas) no decorrer de determinado lapso temporal.

Exemplificativamente:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATOS. DISTRIBUIÇÃO. CELEBRAÇÃO VERBAL. POSSIBILIDADE. LIMITES. RESCISÃO IMOTIVADA. BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE FIXADOS EM VALOR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. SUCUMBÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. 1. De acordo com os arts. 124 do CCom e 129 do CC/16 (cuja essência foi mantida pelo art. 107 do CC/02), não havendo exigência legal quanto à forma, o contrato pode ser verbal ou escrito. 2. Até o advento do CC/02, o contrato de distribuição era atípico, ou seja, sem regulamentação específica em lei, de sorte que sua formalização seguia a regra geral, caracterizando-se, em princípio, como um negócio não solene, podendo a sua existência ser provada por qualquer meio previsto em lei. 3. A complexidade da relação de distribuição torna, via de regra, impraticável a sua contratação verbal. **Todavia, sendo possível, a partir das provas carreadas aos autos, extrair todos os elementos necessários à análise da relação comercial estabelecida entre as partes, nada impede que se reconheça a existência do contrato verbal de distribuição.** [...] 7. Recurso especial não provido. (REsp 1255315 / SP. Recurso Especial 2011/0113496-4. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 13/09/2011. Data da Publicação/Fonte. DJe 27/09/2011). (*grifo nosso*)

É aqui fato incontroverso terem as partes mantido entre si contrato verbal de distribuição pelo período de vinte anos. [...] No caso presente, considerando ter sido celebrado verbalmente o ajuste, importa constatar tratar-se de relacionamento desde logo estabelecido com prazo indeterminado, estando as obrigações das partes regidas por normas gerais criadas e impostas pela requerida, constantes do Manual de Normas e Procedimentos. Os demais aspectos da contratação devem ser extraídos da forma como as partes efetivamente conduziram seu relacionamento. (*Apelação Cível nº 9062179-46.2002.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator(a): Mario A. Silveira, Data do julgamento: 13/08/2012*) (*grifo nosso*)

(f) *de prestações sucessivas*, “dada a constante renovação dos compromissos, ou a repetição de compras e pagamentos”. (RIZZARDO, 2004, p. 761). O autor assim expõe

porque considera que as obrigações entre as partes são constantemente renovadas a cada bloco de mercadorias que o distribuidor adquire do fornecedor. Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001), reiteram a contínua execução desse contrato, ao dizer que o contrato de distribuição “se aperfeiçoa quando um fabricante obriga-se a vender, *continuadamente*, a um distribuidor, que, por sua vez, se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda em zona determinada”. Explicam:

Da própria natureza da atividade de distribuição, enquanto sistema organizado, conclui-se que o tempo é fator relevante para execução do contrato que há de vigor por um prazo suficientemente longo para que as partes possam alcançar os fins a que o contrato se dispõe. Daí por que enquadra-se também no conceito de contrato de duração, uma vez que sua execução não se faz em um único ato, mas em atos sucessivos que se protraem no tempo. [...] A prestação não é, entretanto, divisível, mas a mesma, nos diferentes períodos de tempo. Nessa espécie de contrato de duração, “o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito”, de tal forma que as obrigações ajustadas “são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, ate seu término pelo decurso do prazo ou pela denúncia”. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2001).

Os mesmos autores afirmam que no contrato de distribuição “o traço mais evidente de outro contrato é o da compra e venda, porque sua função primordial é fazer com que o produto do industrial chegue ao mercadoconsumidor. E isso haverá de se operar pelo mecanismo de *sucessivas* compras e vendas entre concedente e o concessionário”. (grifos nossos). Podemos dizer, então, que o contrato de distribuição é contrato de execução diferida por trato sucessivo.

Orlando Gomes (2009), ao classificar o contrato de distribuição como *de adesão*, afirma que “suas cláusulas *padronizadas* costumam ser predeterminadas pelo industrial e aceitas, sem alternativas, pelo comerciante”. Essa ideia de adesividade adequava-se à realidade contratual do surgimento da Lei Ferrari, no ano de 1979, quando o contrato de distribuição era utilizado quase que exclusivamente para a venda indireta de veículos automotores. Nessa realidade, clara a superioridade econômica de uma fabricante de automóveis sobre os seus distribuidores, impossibilitando a esses últimos qualquer ingerência sobre as cláusulas do contrato de distribuição a ser firmado.

Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2001), explicam a diferença entre um contrato *de adesão* e um contrato *por adesão* e classificam o contrato de

distribuição nessa última hipótese. Conforme o exposto pelos autores, os contratos *de adesão* devem ser entendidos como aqueles nos quais o aderente, por imperiosa necessidade de contratar, não tem condições de recusar os termos da contratação. A adesão é inevitável, pois do contrário, o aderente seria privado de serviços fundamentais, como água, telefonia e energia elétrica, por exemplo. Nos contratos *por adesão* o contratante não tem ingerência sobre as cláusulas contratuais, mas detém absoluta liberdade de contratar ou não. Quer dizer, “embora o destinatário da proposta não tenha como impor alterações ao seu teor, não está forçado a se vincular [...] Diferenciam-se, portanto, no consentir: no contrato por adesão o contratante consente ou não, e no contrato de adesão esta faculdade lhe é suprimida”.

Quanto às relações regidas por um contrato de distribuição não existe necessidade imperiosa de contratar, ainda que se esteja diante de cláusula de exclusividade. Os autores citam Rubens Requião:

Ora, no sistema de comercialização organizado através do contrato de concessão de venda com exclusividade, *a concedente não tem o monopólio de mercado*. A concorrência se estabelece entre várias empresas industriais concedentes, dentro da liberdade do mercado e segundo os termos da livre competição. Além do mais, a empresa concessionária *não é obrigada a contratar*; ela dispõe ou se constitui para integrar a rede de revendedores exclusivos de certa empresa, com as quais discute as condições de concessão. [...] Descartamo-nos, energicamente, da possibilidade de enquadrar o contrato de concessão de venda com exclusividade como *contrato de adesão*.

3 O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E O CONTRATO DE AGÊNCIA

Preliminarmente à análise dos contratos de agência, representação comercial e distribuição, comparativamente entre si, tal qual é a proposta desse capítulo, importante ressaltar as diferenças entre a agência e a distribuição, relativamente às suas funções econômicas. Para tanto, importante visualizar duas situações mercadológicas distintas, relativamente à inserção de determinado produto: na primeira delas o produto *não* está inserido no mercado e a intenção do fornecedor é, justamente, adentrar nesse espaço no qual julga possível comercializar esse produto; na segunda o produto já está inserido no mercado e o fornecedor já possui uma “rede” de compradores, mas tem dificuldade de fazer o produto chegar até esses adquirentes. Essa intenção do fornecedor, baseada na situação do mercado que visualiza, é o que o fará optar entre contratar um *agente* ou um *distribuidor*.

Quando opta pela contratação de um agente, o fornecedor está à procura de determinada pessoa que o auxilie na inserção de seus produtos em determinado mercado inexplorado, desconhecido ou pouco abrangente até então. As características pessoais do agente serão levadas em conta pelo proponente, como, por exemplo, o fato de ser conhecido naquele mercado, em determinada zona de atuação. Por outro lado, quando esse mesmo fornecedor faz a opção pela contratação de um distribuidor (ou vários distribuidores), é porque vê configurada a segunda situação proposta. Nesse caso, a preocupação do contratante não é com a inserção no mercado, e sim a logística de escoamento da sua produção até o alcance dos seus compradores. Nessa hipótese é irrelevante *quanto* o produto a ser comercializado está inserido no mercado. O fator mais importante na escolha pela contratação de um distribuidor é o fato de o fornecedor não conseguir, por si só, abastecer os compradores e atingir esses adquirentes de forma adequada, no termos que deseja.

Pode-se dizer, ainda, que a escolha entre um agente ou um distribuidor dependerá também das características do próprio produto que se pretende vender. Um vendedor de bebidas, por exemplo, dificilmente fará uso da atividade de um agente, pois estrategicamente é mais lucrativo para o seu negócio que o produto esteja facilmente à disposição do comprador (em uma prateleira de supermercado, por exemplo), do que sua promoção com esses compradores, através de pessoa especificamente contratada para essa atividade. Em

resumo, o distribuidor se beneficia do mercado do fabricante, enquanto o agente auxilia esse último na construção de um mercado.

3.1 DENOMINAÇÃO “AGÊNCIA” E “REPRESENTAÇÃO COMERCIAL”

Antes de adentrarmos especificidades do contrato de agência, cumpre esclarecer a diferenciação entre as denominações *agência* e *representação comercial*, as quais são regidas, respectivamente, pelo Código Civil e pela Lei nº 4.886/65, a qual foi alterada pela Lei nº 8.420/1992.

Leciona Rubens Edmundo Requião (2003) que em 1965 foi sancionada a Lei nº 4.886 (Lei do Representante Comercial), que veio regular a profissão do representante comercial autônomo, instituindo o Conselho Federal dos Representantes Comerciais e os Conselhos Regionais (estaduais), além das bases do contrato de representação comercial. Esse dispositivo veio a ser alterado, vinte e sete anos depois pela Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992. Essa nova lei representou uma intervenção do Estado na economia do contrato de representação comercial autônoma. Isso porque a Lei nº 4.886/65 estava aberta à autonomia da vontade, o que na prática funcionava em favor da representada, não do representante.

Teve-se em mente, no momento da elaboração da Lei nº 8.420/92, o equilíbrio de poder jurídico entre representante e seu representado, dado que o primeiro, mero intermediário, não tinha nem tem pujança econômica para enfrentar o representado neste campo, ou seja, da capacidade econômico-financeira.

[...] A Lei nº 8.420/92, visando àquele equilíbrio jurídico, proibiu a renovação ou celebração seqüencial de contrato a prazo com o mesmo representante comercial, cujo único fim seria evitar o pagamento da indenização pelo representado, no caso de interesse deste em afastar o representante; proibiu a cláusula *delcredere*, geradora de responsabilidade solidária com o comprador, na maioria dos casos em valor superior ao da força econômica ou patrimonial do representante, que corria o risco de sérias perdas; determinou o vencimento antecipado de comissão, em caso de denúncia do contrato pelo representado, modo de punir a rescisão desmotivada do contrato por ele; regulou o contrato de sub-representação comercial, pondo sob o abrigo da lei a relação de representação comercial estabelecida entre dois representantes, de modo derivado. Estas disposições e outras mais [...] em parte resgatam o profissional da representação comercial da situação de inferioridade jurídica e econômica em que se encontrava, dando-lhe nova dignidade profissional. (REQUIÃO, 2003, p. 3-4).

Relativamente à distinção entre as nomenclaturas *agência* e *representação comercial*, Tepedino expõe que:

Rubens Requião diferencia a representação do contrato de agência, como haviam sido estreados [...] no Esboço do Anteprojeto de Código Comercial de Florêncio de Abreu. Em suas palavras “o representante comercial seria aquele que detém poderes para concluir negócios do representado, ao passo que o agente apenas realizaria atos de comércio peculiares à sua promoção. Assim, os poderes para conclusão dos negócios – isto é, a faculdade de querer do representante posta à disposição do representado diferenciam fundamentalmente a figura do representante da do agente comercial”. (TEPEDINO, 2008, p. 292-293).

Essa diferenciação doutrinária não foi cumprida com rigor pelo legislador. A Lei nº 4.886/65, que introduziu no ordenamento jurídico a figura do representante comercial autônomo, prevê:

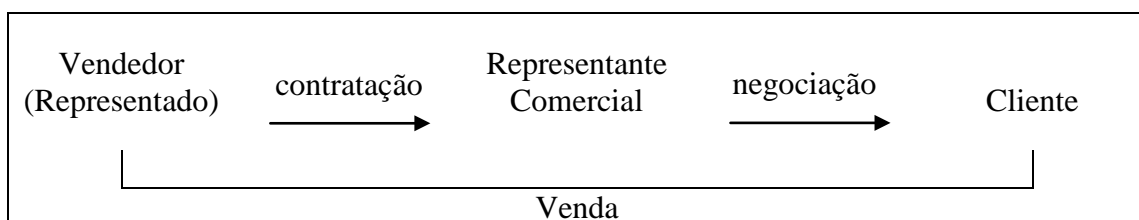
Artigo 1º. Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial.

Conforme ensinamento de Rubens Edmundo Requião (2003), o artigo 1º da Lei nº 4.886/65 demonstra, com clareza, a triangulação da relação formada entre as partes vinculadas entre si por um contrato de representação comercial.

O que pretende vender um produto aciona um intermediário, que procura e localiza um comprador, agenciando-lhe uma proposta de negócio; este, por sua vez, celebra um contrato de compra e venda com o vendedor. É o triângulo: representado (vendedor), representante (o profissional) e o cliente (comprado). Quando se fecha este circuito, vê-se o representante comercial autônomo atuando, cumprindo o dever que lhe foi cometido, executando o contrato de representação comercial. (REQUIÃO, 2003, p. 11).

Pode-se afirmar que, visualmente, ocorrerá seguinte:



Por sua vez, dispõe o Código Civil:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante

retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

Quanto à redação do artigo 710, Araken de Assis:

O art. 710, *caput* [do Código Civil] ministrou uma definição analítica do contrato de agência, extremando-o das figuras afins. O legislador se conduziu com notável acerto. De um lado, indicou os elementos que especificam a atividade do agente e, de outro, reforçou a autonomia da figura contratual, por intermédio de técnica de excluir outros dados, evitando confundi-la com a representação comercial, regulada pela Lei 4.886/65. (ASSIS, 2005, p. 197).

Gustavo Tepedino afirma que a Lei nº 4.886/65 erroneamente confunde a representação comercial com a agência:

Por muito tempo, o contrato de agência permaneceu atípico no direito brasileiro e, somente após importantes movimentos reivindicatórios, que atravessaram os anos quarenta a sessenta do século passado, promulgou-se a importante Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que veio disciplinar a atividade do agente na figura do representante comercial autônomo. Muito embora representação comercial e agência não se confundam conceitualmente, o legislador especial acabou por identificar, de forma imprópria, as duas figuras, promovendo a assimilação entre o representante, que detém poderes para concluir os negócios do representando, e o agente, que se encarrega apenas de promover os negócios do proponente.

De outra parte, não tendo sido revogada expressamente a Lei nº 4.886/65, torna-se indispensável harmonizar a disciplina prevista no Código Civil com os dispositivos da lei especial, buscando-se critérios capazes de estabelecer o âmbito de aplicação de cada um dos diplomas legais. (TEPEDINO, 2008, p. 266-267). (grifo nosso)

O mesmo autor (TEPEDINO, 2008, p. 293) aduz, ainda, que o legislador do Código Civil afastou-se do rigor terminológico da diferenciação doutrinária, conforme elaborada por Rubens Requião e exposta anteriormente nesse capítulo, ao admitir que a agência também possa ser celebrada com poderes de representação outorgados pelo proponente, na hipótese prevista no parágrafo único do artigo 710 do Código Civil.

Diante dessa confusão terminológica, Rubens Edmundo Requião (2003) afirma que o Código Civil, em seu artigo 710, ao regular o contrato de agência, preserva a ideia proposta pela Lei nº 4.886/65. Aduz, no entanto, que o contrato de agência não substitui o de representação comercial, pois o Código Civil é mais genérico que o artigo 1º da Lei nº 4.886/65, que restringe a atividade da representação comercial autônoma à realização de negócios mercantis.

Orlando Gomes (2009), por sua vez, ensina que o contrato de agência foi primeiramente regido pela Lei nº 4.886/65. Afirma que o Código Civil alterou em grande medida esse regulamento, em seus artigos 710 a 721. “Deve-se reconhecer, não obstante, que a Lei nº 4.886/65 continua em vigor, seja por não ter sido expressamente revogada, seja em função do disposto no art. 712 do Código Civil, pelo qual ao contrato de agência aplicam-se as regras ‘constantes de lei especial’”. (GOMES, 2009, p. 450).

O mesmo autor reitera que não há dúvida de que análise dos dois textos legais permite concluir tratarem do mesmo tipo contratual. A distinção entre eles aparece apenas quanto ao fato de que a Lei nº 4.886/65 restringe a atividade do agente à promoção de negócios mercantis, enquanto o Código Civil fala, genericamente, em promoção de “certos negócios”, consoante redação do seu artigo 710.

Desse modo, atualmente o contrato de agência encontra-se regulado precipuamente pelas normas gerais contidas no Código Civil de 2002, mas também pelas normas da Lei nº 4.886/65. O que justifica a manutenção de dois corpos normativos a regular o mesmo tipo contratual é a peculiaridade da agência regulada na Lei nº 4.886/65. Esta, ao contrário do tipo previsto no Código Civil, tem por objeto a promoção de negócios *mercantis*, de modo a constituir um *subtipo* do contrato de agência. Poder-se-ia cogitar, em tese, da aplicabilidade da lei do representante comercial à atividade de promoção de quaisquer negócios empresariais, não somente os mercantis, por força do disposto no art. 2.037⁹ do Código Civil. Parece-nos, contudo, que o esvaziamento da distinção entre a agência regulada no Código Civil e aquela prevista na Lei nº 4.886/65 não foi objetivo do legislador. Caso contrário, não se justificaria a permanência de uma *lei especial*, nem a observação de que ao contrato de agência do Código Civil, aplicam-se *no que couber*, as regras constantes de lei especial¹⁰. (GOMES, 2009, p. 450).

Assim, do exposto pelos doutrinadores nesse capítulo, podemos concluir que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 aproximou as figuras da representação comercial da figura do agente. Assim, atualmente, entende-se, quanto à diferenciação entre os dois tipos contratuais, que a representação comercial é *espécie* do *gênero* agência. O contrato de agência, tipificado no nosso Código Civil (lei genérica, portanto) poderá ter por objeto a intermediação de qualquer tipo de negócio, desde que esse objeto não seja regido por lei especial. Assim, quando estivermos diante do agenciamento de negócios mercantis, o ordenamento jurídico imporá a regulamentação através dos dispositivos da Lei nº 4.886/65.

⁹Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.

¹⁰ Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.

Orlando Gomes (2009) ressalta que, com essa distinção em vista, cumpre observar as influências recíprocas entre as disposições do Código Civil e da Lei nº 4.886/65. Sendo o Código Civil lei geral a disciplinar a matéria, devem ser consideradas por ele revogadas as disposições contrárias da Lei nº 4.886/65.

É o caso, v.g., do art. 31, parágrafo único¹¹ [da Lei nº 4.886/65], segundo o qual a exclusividade da prestação, em favor do agente, não se presumia caso não houvesse ajuste expresso, norma contrária à primeira parte do art. 711 do Código Civil; e também do art. 34¹², que condicionava a rescisão unilateral do contrato, quando celebrado por tempo indeterminado, a aviso prévio de 30 (trinta) dias, incompatível com o art. 720 do Código Civil, que exige aviso prévio de, no mínimo, 90 (noventa) dias, podendo ser superior quando necessário em virtude dos investimentos realizados pelo agente. (GOMES, 2009, p. 451).

O mesmo autor lembra que, tratando a Lei nº 4.886/65 de um *subtipo* de agência, “somente a ele se aplicarão as normas específicas nela contidas, notadamente aquelas relativas à obrigatoriedade de inscrição do agente no respectivo Conselho Regional dos Representantes Comerciais” (GOMES, 2009, p. 451).

Faz importante ressalva:

Entretanto, as normas de índole geral constantes da lei do representante mercantil poderão ser aplicadas ao contrato de agência cujo objeto for a promoção de negócios não-mercantis. É o caso, v.g., da regra que enumera as causas justificativas da rescisão unilateral do contrato, contida nos arts. 35¹³ e 36¹⁴ do diploma legal. (GOMES, 2009, p. 451).

¹¹ Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.

Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos.

¹² Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

¹³ Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:

- a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;
- b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;
- c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;
- d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;
- e) fôrça maior.

¹⁴ Art. 36. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante:

- a) redução de esfera de atividade do representante em desacôrdo com as cláusulas do contrato;
- b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato;
- c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular;
- d) o não-pagamento de sua retribuição na época devida;

3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE AGÊNCIA E AS PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Diferenciados os contratos de agência e representação comercial, passar-se-á a tratar do contrato de *agencialato sensu*.

Para melhor entendimento de um contrato de distribuição, cumpre diferenciá-lo de outro tipo contratual com o qual guarda semelhança: o contrato de agência. Isso porque em ambas as espécies contratuais há, na prática comercial, o uso de um terceiro (empresário), o qual será responsável por efetivar a venda de determinado produto em área geográfica delimitada. Ademais, as demandas de um mercado consumidor podem ditar o modo de comercialização de um produto, caracterizado por uma maior ou menor participação do industrial, ou até do grande atacadista, na colocação ao mercado. (ROCHA, 1996, p. 114).

Em primeiro lugar, importa mencionar a disciplina jurídica a reger o contrato de agência. O Capítulo XII do Título VI da Parte Especial do nosso Código Civil (artigos 710 a 721) foi intitulado “da agência e distribuição”. Por esse motivo, há quem considere ter sido unificado o regime jurídico do contrato de agência com o do contrato de distribuição, segundo Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2004). Os autores afirmam que essa assimilação não aconteceu, na prática, em virtude da diversidade que se apresenta entre as duas figuras contratuais, seja quanto à sua natureza, seja quanto ao seu conteúdo. Afirmam que enquanto a agência se desenvolveu como evolução da prestação de serviço, sendo próximo ao mandato, a distribuição é próxima do fornecimento, tendo como base a compra e venda em série.

Prova de que a revenda sistemática não entra no âmbito das relações contratuais próprias do contrato de agência e distribuição está no art. 721¹⁵ do novo CC, em que se apontam as figuras contratuais típicas que subsidiariamente deverão completar-lhe a disciplina legal, isto é, o mandato e a comissão, que obviamente nada têm a ver com concessão comercial. Já a compra e venda, sem a qual é impossível imaginar a função econômica e jurídica da concessão (ou revenda) comercial, não foi indiretamente lembrada no aludido art. 721, claro, portanto, que, para o legislador, não haverá entre o agente-distribuidor e o proponente nenhuma operação de compra e venda comercial.

O agente-distribuidor de que fala o art. 710 do novo CC não compra e revende mercadorias do proponente, mas apenas conclui, como mandatário, negócios em

e) fôrça maior.

¹⁵Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.

nome deste, encarregando-se eventualmente de entregar os produtos ao destinatário, quando os tenha sob sua guarda. Não se trata de figura jurídica nova, pois a ela já se referia a antiga Lei 4.886/1965, quando admitia que o representante comercial poderia praticar ou não “atos relacionados com a execução dos negócios” (art. 1º, *caput*). Continua, destarte, no regime do novo Código Civil a haver um representante comercial (ora denominado *agente*) que apenas se encarrega de angariar negócios para o proponente, mas há também aqueles representantes que, além de agenciar negócios, os conclui e executa em nome do proponente (agente distribuidor). (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 36).

Ressalte-se, ainda, o exposto no capítulo anterior quanto à divergência doutrinária em relação à tipicidade do contrato de distribuição.

Quanto ao conceito de contrato de agência, Araken de Assis (2005) afirma que é aquele pelo qual o agente obriga-se a promover negócios, conceito este que está em consonância com o disposto na primeira parte do artigo 710 do Código Civil: “Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada [...]”. O autor afirma que o núcleo da atividade recai sobre o verbo *promover*.

Do agente se espera, relevado o truísmo da expressão, que agencie negócios para o agenciado. [...] o verbo “promover” é bem adequado à função de enunciar o núcleo da atividade do agente. Em síntese, o agente recolhe ofertas ou convites à oferta de negócios e transmite-os ao agenciado. Assim, o agente não é mediador, eis que não aproxima os futuros contratantes; corretor, porque não intermedeia e não declara a conclusão dos negócios; comissário, porque não contrata em nome próprio; procurador, porque não contrata em nome alheio [...]. (ASSIS, 2005, p. 198).

Gustavo Tepedino (2008) manifesta-se no mesmo sentido, ao afirmar que

[...] de acordo com o dispositivo em exame [artigo 710 do Código Civil], o contrato de agência consiste em ajuste pelo qual o agente, mediante retribuição, promove, de modo autônomo e estável, a realização de negócios por conta do agenciado ou proponente na zona conveniada. A definição do contrato de agência no direito brasileiro inspira-se no art. 1.742 do Código Civil italiano, segundo o qual, “com o contrato de agência, uma parte assume, de modo estável, o encargo de promover, por conta da outra, mediante remuneração, a conclusão de contratos dentro de uma zona determinada”. (TEPEDINO, 2008, p. 267-268).

É também a opinião de Orlando Gomes:

Por esse negócio jurídico [contrato de agência], uma das partes obriga-se, contra retribuição, a promover habitualmente a realização de certos negócios, por conta de outra, em determinada zona, de operações mercantis, agenciando pedidos para esta

e, eventualmente, representando-a na conclusão dos contratos. (GOMES, 2009, p. 449).

Relativamente às características do contrato de agência, segue apontamentos da doutrina:

(a) O agente não tem à disposição o bem que está sendo negociado. Esse é o grande traço diferenciador do contrato de distribuição do contrato de agência. Paula Forgioni (2008) ensina que, tendo o contrato de agência por objeto a *intermediação* de negócios, a venda é levada a efeito pelo agente. Quer dizer, esse agente consegue a venda, aproxima as partes (proponente e cliente) e recebe uma comissão por esse trabalho. “A compra e venda é celebrada, diretamente, entre o fornecedor e o consumidor, agindo o representante como um ‘catalisador’ ou ‘intermediário’ nesse processo” (FORGIONI, 2008, p. 95).

Em um contrato de distribuição não há de se falar em *intermediação* de negócios. Conforme já mencionamos algumas vezes nesse trabalho, a distribuição trata da *revenda* de bens, aproximando-se portanto, do contrato de fornecimento. “Como distribuidor, adquire bens *em nome próprio*, que são em seu nome faturados” (FORGIONI, 2008, p. 97). A propriedade dos bens em um contrato de distribuição é transferida do fornecedor para o distribuidor, e, sucessivamente, de distribuidor a distribuidor, até chegar ao último comprador, que pode ou não ser um consumidor. Na agência, a sistemática é diversa: a propriedade é trasladada diretamente do fornecedor (proponente) para o comprador (cliente).

(b) Gustavo Tepedino (2008, p. 269), assim como Orlando Gomes (2009), afirma que a obrigação fundamental do contrato de agência é a de promover negócios à conta do proponente, característica essa que compõe “seu conteúdo mínimo e irredutível, sem o qual restaria desfigurado o tipo contratual. Tal atividade de promoção diz respeito à fase preparatória a certo contrato, antecedente à sua celebração, não compreendendo, por isso mesmo, o dever de celebrá-lo”. Ressalta que essa *promoção de negócios* consiste, na negociação de determinado negócio com um cliente, em nome do proponente. O agente exerce sua função, portanto, negociando as cláusulas contratuais, com o objetivo de fazer o cliente querer celebrar determinado negócio. “Quando bem sucedida, a promoção se concretiza na formalização da proposta contratual, que o agente, em seguida, recolhe e transmite ao proponente”.

Podemos concluir que essa obrigação de promover negócios é uma obrigação de meio¹⁶, quando Tepedino (2008, p. 270) afirma que “O agente não promete o êxito na negociação, mas se compromete a agir de forma diligente, envidando seus melhores esforços no sentido de convencer o cliente a celebrar determinado contrato com o proponente”.

O autor ainda expõe que essa obrigação envolve, também, atividades acessórias à conclusão do contrato:

Embora a atividade de promoção consista tipicamente na intermediação e na negociação do contrato por conta do proponente, não raro assume contornos mais simples, compreendendo uma série de atividades acessórias, preliminares ou posteriores à celebração do negócio promovido, como a sondagem de clientes e a prestação de serviços de assistência técnica, entre outros. Como destaca Antônio Pinto Monteiro, a atividade de promoção “envolve uma complexa e multifacetada *atividade material*, de prospecção no mercado, de angariação de clientes, de difusão dos produtos e serviços, de negociação etc., que antecede e prepara a conclusão dos contratos, mas na qual o agente já não tem de intervir”. (TEPEDINO, 2008, p. 270).

(c) Araken de Assis (2005) leciona que o agente deve atuar com independência em relação àquele que o contratou, ou seja, sem vínculo de subordinação hierárquica. Conclui, portanto, que a atuação de um agente é incompatível com as relações trabalhistas. Cita Pontes de Miranda ao afirmar que tornando-se empregado, porque assim se contratou, o “contrato não é de agência, posto que os terceiros possam não fazer qualquer distinção entre os agentes propriamente ditos e os agentes-empregados” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, v. 44, §4.763, p.25 *apud* ASSIS, 2005, p. 198).

Sobre o assunto:

[...] a necessidade de atender aos interesses do proponente [...] torna delicada a tutela jurídica da autonomia do agente, revelando-se, na prática, sutil a distinção entre cooperação, que mantém íntegra a autonomia do agente, e a subordinação, que caracteriza, ao revés, a relação de emprego. [...] Tal aspecto assume especial relevo por conta da habitual preponderância econômica do agenciado sobre o agente, sendo comum, por isso mesmo, que o agenciado exerça certo controle sobre a atividade desempenhada pelo agente [...]. Contudo, tal controle ou orientação, que indubitavelmente limitam – embora não retirem – a autonomia do agente, não chegam a caracterizar a subordinação jurídica ou a dependência hierárquica, necessárias à configuração da relação empregatícia. Muitas vezes, a subordinação decorre da excessiva sujeição do agente às instruções recebidas do proponente.

¹⁶ Afirma Venosa: “Na primeira modalidade, obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Na segunda hipótese, obrigação de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação. A ideia fundamental reside na noção de saber e de examinar o que o devedor prometeu e o que o credor pode razoavelmente esperar. (VENOSA, 2010, p. 56-57).

Nessa direção, tem-se firmado o entendimento de que o proponente não pode fixar os horários de trabalho do agente, nem impor-lhe a lista dos clientes que devem ser procurados, pois a autonomia pressupõe independência para dispor do próprio tempo e para escolher o itinerário. (TEPEDINO, 2008, p. 276-279).

Não há subordinação hierárquica na relação do representante comercial com o proponente [...]. Subordinação, entretanto, existe, porque o trabalho do agente há de ser executado conforme as instruções do proponente, a quem deve, a mais, prestar contas da atividade exercida, embora, no seu exercício, goze o agente de autonomia. Tanto não existe a dependência pessoal que uma pessoa jurídica pode ser agente, o que não se admite no contrato de trabalho, no qual o serviço há de ser prestado, necessariamente, por pessoa física. (GOMES, 2009, p. 452).

Araken de Assis (2005) continua tratando do tema ao dispor que “O agente desfruta de autonomia econômica e funcional, assumindo os riscos da sua própria atividade, mas promovendo os negócios da conta do agenciado com a mais absoluta liberdade” (ASSIS, 2005, p. 198). Ensina que a observância de instruções, consoante o disposto na parte final do artigo 712 do Código Civil¹⁷, bem como o fato de o contratante (agenciado) colocar uma pessoa à disposição do agente a fim de esclarecer detalhes técnicos aos clientes (como o funcionamento de máquinas e demais equipamentos) não descaracterizam o contrato de agência. Diferencia-se, nesse aspecto, do contrato de distribuição, pois nesse o contratado (distribuidor) “age com autonomia jurídica na promoção e na conclusão dos negócios de interesse do produtor, o qual, em contrapartida, coordena e orienta a sua atividade, transmitindo-lhe orientações e fiscalizando o seu desempenho” (TEPEDINO, 2008, p. 266). Há, portanto, no contrato de distribuição, um traço mais marcante de controle econômico e operacional do contratante (produtor) sobre o contratado, que se justifica na necessidade desse fornecedor de que o seu distribuidor atue em estrita conformidade com a política comercial de distribuição dos produtos no mercado comprador.

(d) Assim como no contrato de distribuição a atividade do agente caracteriza-se pela habitualidade, conforme já exposto nesse trabalho. Tepedino (2008, p. 273) trata do tema como *estabilidade contratual*. Ressalta que “o Código Civil, ao trazer esse requisito, faz com que o agente desenvolva necessariamente a sua atividade a título profissional”.

Essa estabilidade torna-se importante porque se reflete na estabilidade da relação contratual e econômica do proponente com o seus clientes. Daí a razão de não serem tratadas

¹⁷Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.

como agência todas as atividades desenvolvidas à margem da empresa proponente, pois essas não se articulam e se dispersam na ocasionalidade, fugindo à ideia de estabilidade. (Tepedino, 2008).

[...] a atividade do agente é duradoura e constante ou, consoante o art. 710, caput, seu caráter é não eventual. Em outras palavras, há a necessidade de estabilidade moderada. ‘Quem opera para qualquer um – escreve PONTES DE MIRANDA –, não opera como agente para o agenciado’. O dado diferencia o agente do mandatário, o qual atua, por definição, ocasionalmente. Portanto, o agente desempenhará sua atividade profissionalmente, promovendo a circulação de bens e serviços (art. 966, *caput*¹⁸), pois o contrato é de duração. É evidente que o exercício eventual da atividade de promoção de negócios por alguém não o torna agente, mas lhe concede direitos análogos. (ASSIS, 2005, p. 198-199).

Importa lembrar que a exigência de habitualidade não vem acompanhada de contratos de longa duração nem da continuidade no exercício da atividade. Consoante Tepedino (2008, p. 274) admite-se que a eficácia do contrato seja limitada a certos períodos no ano: “Por exemplo, ao agente que promove a venda de material para a prática de esportes de inverno pode-se determinar que atue apenas durante a respectiva estação do ano”.

A estabilidade, repita-se, não exige continuidade, contudo, o agente não pode ser contratado para intervir na promoção de negócio isolado ou de um número determinado de negócios, sob pena do contrato se desnaturar. Ao contrário do que ocorre na corretagem, o agente atua de modo estável na promoção de um número indefinido de operações em favor do proponente. (TEPEDINO, 2008, p. 274).

Essa diferenciação, conforme indicado pelo autor, foi alvo de observação do STJ:

A característica básica da corretagem é a sua transitoriedade. O corretor, sob a forma autônoma ou de pessoa jurídica, não se liga ao comitente de modo permanente. [...] Já o representante comercial [agente], pessoa física ou jurídica, tem características profissionais completamente diferentes. A que mais ressalta é a permanência de sua relação com a representada. A Lei 4.886/65, já no art. 1º, dando conceito da profissão, acentua aquela qualidade (permanência), ao assinalar o caráter não eventual da ligação representante/representado. [...] Como é fácil perceber, as duas atividades têm como escopo a aproximação de pessoas interessadas na consumação de um negócio. A característica diferencial entre eles não é substancial, mas adjetiva: enquanto a corretagem se exerce em caráter eventual, a representação comercial constitui atividade permanente. Como se percebe, existe profunda semelhança entre as duas atividades. Pode-se dizer, com segurança, que: corretagem é a representação comercial exercida eventualmente, ou; representação comercial é a corretagem que se exercita em caráter permanente. (REsp 67486 / RS. Recurso

¹⁸Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Especial 1995/0027743-3. Relator(a) Ministro Milton Luiz Pereira. Órgão Julgador PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento. 13/09/1995.)

(e) O artigo 710, *caput*, do Código Civil, acrescenta a determinação da zona de atuação como característica do contrato de agência. “Embora não importe a extensão da zona – distrito, cidade, região, Estado-membro ou todo o País – sem tal estipulação, clara e inequívoca, não se cuidará de agência” (ASSIS, 2005, p. 199). Gustavo Tepedino (2008, p. 273) acrescenta que essa delimitação de zona serve sobretudo ao proponente, que pode evitar conflitos entre os seus agentes ao coordenar as atividades de cada um deles de forma independente. Esse último autor também ressalta que a determinação da zona não necessariamente obedece critérios geográficos. Exemplificativamente, o agente pode estar autorizado a promover negócios do proponente mediante empresas de determinado ramo econômico. Afirma: “De todo modo, o que importa é que o âmbito de atuação do agente esteja devidamente determinado no contrato”.

O contrato deve delimitar a zona em cujos limites se há de circunscrever a atividade do agente. Pouco importa sua extensão. Tanto pode ser um país como um distrito, mas a delimitação é indispensável. Contrato que não a estipule de agência não é. Não podem as partes, portanto, prescindir da determinação desse elemento natural do contrato. (GOMES, 2009, p. 452).

(f) Em relação à fixação da remuneração do agente, o Código Civil não traz disposição específica. Contudo, na prática se vê que muitos agentes são remunerados com percentuais fixos calculados sobre o valor dos negócios agenciados. Esse percentual fixo é chamado *comissão*. Quando a remuneração é estabelecida dessa forma (GOMES, 2009, p. 459) o direito à sua percepção é condicionado à execução do contrato com o cliente. Quer dizer, se o negócio não se realiza por fato não imputável ao proponente, a comissão não é devida. *Contrario sensu* é o disposto no artigo 716¹⁹ do Código Civil. Acrescente-se, também, que a comissão pode ser reduzida proporcionalmente na hipótese de execução parcial do negócio. “Não é, pois, a conclusão do contrato a causa determinante do direito do agente a perceber a comissão, mas a sua regular execução” (GOMES, 2009, p. 459). O autor ainda acrescenta que, em se tratando de negócio cuja execução seja fracionada em prestações, o agente fará jus ao recebimento da comissão à medida que as prestações vencerem.

¹⁹Art. 716. A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente.

Gustavo Tepedino (2008, p. 279) ensina que o nosso Código Civil, nos artigos 714²⁰, 716, 717²¹ e 718²² “procura tutelar a remuneração do agente. Em regra, sua remuneração, que se designa por comissão, é calculada em percentual do volume total de negócios realizados, nada impedindo, entretanto, que seja estipulada, no todo ou em parte, quantia fixa”. Araken de Assis (2005) afirma que a remuneração do agente, seja ela fixa ou não, quase sempre depende de um mínimo de negócios promovidos com eficiência. Tepedino (2008, p. 270), em acordo, expõe que “Nada impede [...] que se convençione número mínimo de negócios a que se obriga periodicamente alcançar o agente, tornando-se inadimplente caso não consiga alcançar tal resultado”.

Importante ressaltar que, consoante a redação do artigo 714 do Código Civil, “Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência”. Quer dizer, se o agenciado concluir, com cliente, negócio objeto do contrato com o agente, ainda que sem a interferência promocional do contratado, a esse último será devida integralmente a remuneração contratada.

Diferentemente, no contrato de distribuição a remuneração do distribuidor não é fixa. Tratando-se de aquisição para revenda, o proveito econômico será, conforme já nos referimos nesse trabalho, “a diferença entre o preço de aquisição [do bem do fornecedor] e o preço de venda ao adquirente” (FORGIONI, 2008, p. 97).

(g) Depreende-se do artigo 711 do Código Civil (“Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”) que a exclusividade não é característica essencial do contrato de agência. Quer dizer, essa disposição pode ser afastada pelas partes, sem desfigurar o tipo contratual.

Orlando Gomes (2009) coaduna com essa interpretação. Afirma que as leis permitem que a exclusividade seja eliminada, desde que expressamente pactuada.

²⁰Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

²¹Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos.

²²Art. 718. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial.

A prerrogativa de exclusividade não é intrínseca à relação de agência; tanto para o agente quanto para o proponente. Admissível, assim, que se valha este, contemporaneamente, de vários agentes para a venda de suas mercadorias na mesma zona, como nada obsta a que o agente, na mesma circunscrição territorial, promova operações para vários preponentes. (GOMES, 2009, p. 452).

Importante diferenciar, quanto à exclusividade no âmbito do contrato de agência, a exclusividade do agente da do proponente. A primeira delas impede que o proponente contrate outro agente para atuar na mesma zona, no mesmo tempo, promovendo negócios iguais ou parecidos aos do primeiro agente. A segunda, conforme Gustavo Tepedino (2008), serve para vedar ao agente a promoção de negócios concorrentes ao do primeiro proponente. São duas possibilidades diversas, que podem ser cumuladas entre si, se for do interesse das partes.

(h) Assim como o distribuidor, o agente é um empresário, nos termos do artigo 966 do Código Civil (ASSIS, 2005).

Esta característica deriva da atividade, em cada qual identificada como ínsita, e dos seus naturais e co-extensivos predicados: a habitualidade, a exclusividade e a constância da remuneração – notas típicas dos que se dedicam, profissionalmente, à mercancia. Em relação ao representante [comercial] acrescenta-se o fato de o art. 1º da Lei 4.886/65 relacionar o agenciamento às operações mercantis. (ASSIS, 2005, p. 200-201).

Orlando Gomes complementa:

Pela natureza de sua atividade e modo de exercício, deve incluir-se o agente entre os empresários, não só porque a habitualidade constitui elemento essencial do contrato, mas também, porque, ainda sendo pessoa física, organiza-se, inevitavelmente, sobre a forma de empresa. Promovendo negócio por conta de outrem, concorre o agente para a circulação da riqueza, no exercício da atividade com fim lucrativo. (GOMES, 2009, p. 455).

(i) Na agência há a possibilidade de representação do proponente. Gustavo Tepedino (2008) ensina que ao lado da obrigação da promoção de negócios, facultada pelo parágrafo único do artigo 710 do Código Civil o agente pode, dependendo de atos de vontade do contratante, receber poderes para celebrar o negócio em nome e por conta deste, embora a existência dessa obrigação não gere consequências quanto à qualificação do tipo contratual *agência*. Quer dizer, os efeitos da representação são concedidos “sem que a atividade de representação integre a unidade de efeitos caracterizadora do tipo contratual” (TEPEDINO, 2008, p. 269).

Quando o contrato de agência atribui ao representante poderes para concluir o contrato com o cliente, em nome e por conta do fornecedor (preponente) [...] que tem cabimento a aplicação subsidiária das normas do mandato ao relacionamento jurídico [...]. Já as regras da comissão mercantil tornam-se aplicáveis supletivamente ao contrato de agência, sempre que, além da mediação ou agenciamento de negócios, o representante (ou agente) se encarrega, também, de entregar as mercadorias aos clientes do preponente. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 37-38).

Esse poder de representação é pacto acessório ao contrato de agência,

[...] tendo em vista que a representação não compõe sua mínima unidade de efeitos, isto é, a causa do contrato de agência. Pontes de Miranda, em longo e aprofundado capítulo, leciona que “o agente que conclui não é simples agente: há um *plus* de representação, ou da comissão. O agente em senso próprio, intermedeia, sem se carregar de conclusões de negócios jurídicos”. [...] Assim, uma vez conferidos poderes de representação, a atuação do agente assemelha-se à atuação do mandatário, o que justifica a aplicação das normas disciplinadoras do contrato de mandato [...], como, por exemplo, o direito de retenção. (TEPEDINO, 2008, p. 280).

Quanto aos poderes de representação do proponente pelo representante comercial, Gustavo Tepedino (2008) afirma que da leitura do *caput* do artigo 1º da Lei nº 4.886/65 em conjunto com seu parágrafo único “revela-se possível a configuração da representação comercial sem poderes de representação”. Isso posto, vê-se que a conclusão do negócio não é uma obrigação peremptória do representante comercial. Essa obrigação é uma liberalidade concedida pela Lei nº 4.886/65 ao representado (contratante), que poderá, se for de seu interesse, conceder esse poder ao seu representante comercial.

O mesmo autor traz a discussão quanto à extensão dos poderes do agente, enquanto mandatário: ele poderá decidir se o negócio será ou não celebrado? Afirma que em princípio, esse poder decisório permanece com o preponente, pois em ajuste “com a função prático-jurídica do contrato de agência, no qual procura tutelar a atuação do agente como efetivo negociador dos contratos, preservando-se, todavia, a liberdade do proponente em celebrá-los ou recusá-los” (TEPEDINO, 2008, p. 281).

Em um contrato de distribuição, diferentemente, o distribuidor age sempre em nome próprio, celebrando pessoalmente as vendas do bem posto à comercialização pelo fornecedor e acaba por assumir os riscos do negócio, bem como as responsabilidades quanto ao negócio perfectibilizado (FORGIONI, 2008). “Caso recebesse poderes para representa-lo na conclusão das vendas, desfigurar-se-ia o contrato de distribuição” (TEPEDINO, 2008, p. 297). Por conseguinte, a atuação do distribuidor em nome próprio é característica do contrato de

distribuição, pois o distribuidor dispõe pessoalmente das mercadorias que busca comercializar.

Em resumo,

[...] a aplicação das regras do mandato mercantil ao contrato de agência, além de eventual (só ocorre quando ao agente se conferirem também poderes de mandatário), há de ser supletiva, naquilo em que conciliar com as normas (específicas) da representação comercial [ou agência], que é a relação absorvente e preponderante. O mandato mercantil aí constitui simples relação acessória. O mesmo é de se afirmar em face das normas do contrato de comissão: estas não podem ser aplicadas no contrato de agência senão supletivamente e, portanto, sem anular as deste negócio típico, que, *in casu*, são as principais e dominantes. As próprias da comissão, além e eventualmente aplicáveis, são apenas secundárias ou acessórias, devendo ser observadas depois de já incididas as do contrato principal (as da agência). (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 38)

Quanto à classificação do contrato de agência, Araken de Assis (2005) e Gustavo Tepedino (2008) classificam-no como típico (nominado), consensual, não-solene, bilateral, oneroso, *intuitu personae* (fiduciário) e de colaboração por aproximação. *Típico*, pois reconhecido pelo Código Civil em seus artigos 710 a 721; *consensual*, pois tem origem na vontade dos contratantes; *não-solene*, pois não tem sua validade vinculada a uma forma pré-determinada; *oneroso*, pois o artigo 710 do Código Civil fala na obrigação de promover negócios “mediante retribuição”; *fiduciário*, pois firmado com aquele agente em específico, dadas as suas características pessoais, não comportando transferência de contrato por parte do contratado; *por aproximação*, pois “o agente promove os produtos ou os serviços do agenciado, fomentando o comércio jurídico” (ASSIS, 2005, p. 201).

Essa intransferibilidade do contrato de agência não deve ser confundida com vedação à subcontratação, por parte do agente. Gustavo Tepedino (2008) defende essa última possibilidade, argumentando que ela tem origem na autonomia do agente em relação ao seu contratante. Por essa mesma razão as despesas para a execução da atividade correrão, via de regra (ou seja, salvo disposição em contrário), por conta do agente. É a previsão do artigo 713 do Código Civil²³.

Quanto à onerosidade do contrato de agência, Gustavo Tepedino (2008) afirma que é razão pela qual se impõe ao agente dedicação profissional. Essa característica dá origem à

²³Art. 713. Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.

presunção de remuneração do agente, ainda quando da omissão do contrato. Ensina que, na ausência de acordo das partes, a remuneração é fixada consoante os usos e costumes da praça comercial em que atua o agente. “Aplica-se, assim, a regra prevista no art. 701, atinente ao contrato de comissão, extensível ao contrato de agência por força do art. 721” (TEPEDINO, 2008, p. 280).

4. A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Nesse capítulo pretende-se, preliminarmente, apresentar um panorama geral das formas de extinção dos contratos e seus respectivos efeitos, para que o tema da rescisão unilateral dos contratos de distribuição seja tratado com maior clareza.

Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) ressalta a importância do estudo da matéria da extinção dos contratos ao afirmar que a obrigação nasce para se extinguir. Para Orlando Gomes (2009), a matéria da extinção dos contratos, para que possa ser compreendida, precisa ser esquematizada, dada a confusão terminológica e conceitual da doutrina e da jurisprudência, eis que a mesma não se encontra inserida em uma teoria geral.

Utilizar-se-á, tal qual o referido autor, o vocábulo *extinção* para denominar, em sentido lato, os casos em que o contrato deixar de existir. Dada a complexidade do tema, cabe fazer distinções, conforme se verá a seguir.

Considerando que os contratos realizam-se para a consecução de determinado fim, pode-se dizer que o “natural” é que todas as suas cláusulas sejam executadas. Dessa forma, esgotado o cumprimento de todas as obrigações pactuadas, seu fim está alcançado. Isso posto, pode-se dizer que a *execução* é o modo normal de extinção de um contrato (GOMES, 2009). Essa hipótese, segundo o autor, não suscita problema em relação à forma e aos efeitos do contrato, eis que, uma vez que o contrato seja executado, extinguem-se, conseqüentemente, as obrigações e os direitos a que deu origem.

Quanto à sua execução, o contrato pode ser classificado de 3 diferentes formas:

(a) execução instantânea.

(b) execução diferida.

(c) execução continuada. Nessa hipótese os efeitos prolongam-se no tempo, através de prestações repetidas. Segundo Orlando Gomes (2009, p. 202), é comum que, em contratos executados de forma continuada se estabeleça um tempo determinado para a sua duração:

“Diz-se, então, que o contrato é por *tempo determinado*, no qual o advento do *termo final* lhe acarreta a extinção²⁴, também por execução”.

Existe, também, a possibilidade de o contrato ser extinto sem que sua execução seja concluída. Orlando Gomes (2009) e Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) ensinam que, nessa hipótese a extinção obedece a várias causas, influentes, decisivamente, em sua *forma e efeitos*. As causas dessa extinção podem ser: (1) anteriores ou contemporâneas à formação do contrato, as quais determinam a sua extinção por *anulação*, em decorrência da sua invalidade (exemplificativamente: nulidade, anulação, lesão e abuso de direito)²⁵; ou (2) supervenientes à formação do contrato, as quais destroem os efeitos do contrato e, por serem posteriores, determinam a extinção do contrato²⁶ por *dissolução*²⁷, podendo produzir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, dependendo do caso (exemplificativamente: impossibilidade superveniente, inadimplemento do devedor, onerosidade excessiva, manifestação de vontade das partes, morte nas obrigações personalíssimas, falência, decadência e prescrição)²⁸. “Reconhecida

²⁴ Orlando Gomes (2009, p. 203-204) chama atenção para o fato de que não se deve confundir a extinção do contrato com a extinção das obrigações: “As obrigações oriundas do contrato extinguem-se por modos próprios. A extinção das obrigações contratuais pode determinar, ou não, a do contrato. Via de regra a provoca, mas pode suceder que algumas extingam sem que o contrato deixe de existir, porque outras subsistem. O contrato extingue-se por via de consequência quando a extinção das obrigações, por um de seus modos peculiares, coincide com uma causa específica de sua dissolução. Por sua vez, as obrigações extinguem-se por via de consequência quando o contrato de que derivam se extinguem pela ocorrência de causa própria que as atinge diretamente. O *inadimplemento* da obrigação principal constitui a vicissitude mais comum da *relação obrigacional*, devendo-se entender como tal a não-realização da prestação liberatória, sem que o direito do credor se tenha satisfeito por outra via ou cumprido o dever de prestar a cargo do obrigado”. Quanto ao mesmo tema, Ruy Rosado de Aguiar Junior: “[...] a obrigação é a relação jurídica na qual alguém assume certa prestação em favor de outrem, ficando este com o direito de crédito e aquele com o dever do cumprimento, respondendo pelo descumprimento. Deve ser vista como um processo dinâmico e dirigido a um fim. [...] O cumprimento da obrigação, com a sua consequente extinção, não significa a extinção do contrato do qual ela se origina, porque o cumprimento de uma pode deixar vivas as demais obrigações porventura existentes. Massimo Bianca adverte que pode haver a extinção dos efeitos singulares do contrato, sem haver a extinção do contrato. [...] Mas o cumprimento do complexo de obrigações resultantes do contrato implica, por via indireta, a extinção do próprio contrato, que se exaure e se esgota. De sua vez, se o contrato vier a ser extinto por invalidade, resolução ou resilição, extinguem-se as obrigações *ex tunc* ou *ex nunc*, conforme o caso, porque, sendo as obrigações um efeito do contrato, a perda de eficácia do contrato atinge as obrigações”. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 26-28).

²⁵ Aplicáveis, ao caso, os artigos 166 a 184 do Código Civil.

²⁶ Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) leciona que os fatos posteriores à formação do contrato, os quais impedem a realização dos efeitos da avença, podem levar à *extinção* do contrato ou à sua *modificação*. Esse trabalho se aterá às causas de extinção, apenas.

²⁷ Nomenclatura adotada por Orlando Gomes (2009), a qual será utilizada nesse trabalho para denominar genericamente as causas de extinção dos contratos por causas supervenientes à sua formação.

²⁸ “A distinção entre as causas concomitantes e as posteriores fica clara quando se traz ao debate o conceito de ineficácia. Ineficaz é o contrato que não tem aptidão para produzir efeitos. Essa ineficácia pode ser “estrutural”, quando o negócio jurídico é nulo ou anulável, ou “funcional”, quando o contrato regularmente formado não produz o resultado digno de tutela (por resolução, revogação etc.). [...] O contrato nulo é por suposto também ineficaz (absolutamente ineficaz); o anulável é eficaz enquanto não intervém uma eventual sentença de anulação. O contrato válido, que em princípio é eficaz, pode sofrer de uma ineficácia provisória – quando dependente de

judicialmente a causa de invalidade, o contrato é atingido em sua própria substância. A resolução, no entanto, pressupõe contrato válido” (GOMES, 2009, p. 220).

Ao tratar da *anulação*, Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) ressalta que essa atinge o contrato juridicamente irregular. Araken de Assis (2004) ressalta que o vício constatado na anulação, seja de natureza absoluta ou relativa, é contemporâneo ao consenso formativo dos contratantes. Para Orlando Gomes (2009), a anulação tem como causa: (1.1) incapacidade relativa de um dos contratantes e (1.2) vício do consentimento. Ambas as causas são anteriores à formação do contrato, sendo que as de resolução são sempre supervenientes.

A extinção do contrato por *dissolução*, no sistema jurídico brasileiro, parte da ideia de que trata-se de hipótese de ineficácia em sentido estrito (ou funcional), em decorrência de um evento incompatível com a atuação do contrato, e pode acontecer: “(a) pelo distrato, que dissolve o contrato por vontade de ambas as partes; (b) pela resilição unilateral, que resulta da vontade de uma delas; (c) pela resolução, consequente do inadimplemento (arts. 474 e 475), ou à onerosidade excessiva (art. 478); (d) pela caducidade, modo de extinção *ipso iure*, que resulta da impossibilidade absoluta inimputável, a que o Código algumas vezes se refere como sendo caso de resolução (art. 234); (e) pela exclusão ou retirada de sócio (arts. 1.029 e 1.085)”. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 40-42).

Muito embora a classificação proposta por Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011), não foi essa a sistematização utilizada pelo legislador, quando da redação do Código Civil de 2002. O doutrinador aponta que o Código Civil trata, conjuntamente, pelo termo (2.1) *resilição*²⁹, da (2.1.1) resilição bilateral (distrato) e da (2.1.2) resilição unilateral. Essa última,

uma condição voluntária ou legal –, ou pode se tornar ineficaz se fato posterior o atingir de modo a lhe retirar os efeitos, extinguindo o próprio contrato. [...] Nos arts. 166 e 171 do Código Civil temos casos de ineficácia estrutural [...]; nos arts. 472 e seguintes, hipóteses de ineficácia funcional (ou ineficácia em sentido estrito, ou simplesmente ineficácia). Nestes últimos, o contrato perde a condição de realizar a sua finalidade (que é a de satisfazer o interesse das partes) pela ocorrência de um fato superveniente que destrói a sua funcionalidade, seja por vontade das partes (de ambas, no distrato; de uma delas, na resilição unilateral), seja pelo exercício potestativo do direito de resolver. Em outras disposições esparsas do Código está regulado o efeito do decurso do tempo (decadência ou prescrição), que atinge o direito ou encobre a pretensão do credor, e também os casos de impossibilidade inimputável”. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 38-40) (grifos removidos).

²⁹ Embora não seja a posição adotada nesse trabalho, importante ressaltar, nesse momento, a divergência doutrinária de Araken de Assis (2004), para quem a resilição, assim como a resolução propriamente dita, é *espécie* do *gênero* resolução. Afirma o autor: [...] da denúncia se distingue a resilição, porque aquela se projeta para o futuro, *encerrando* a relação contratual, colocando nela um ponto final, sem, contudo, *desconstituí-la*. Trata-se de uma exceção ao princípio da força obrigatória do contrato, que, em princípio, impede o contratante de desligar-se do negócio unilateralmente. Por tal motivo, o art. 473, *caput*, do CC-02, alude àqueles “casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita”. É aparente a identidade e provém da semelhança no que toca à

segundo o autor, pode operar através da (2.1.2.1) revogação, (2.1.2.2) denúncia, (2.1.2.3) desistência, (2.1.2.4) renúncia, (2.1.2.5) resgate, etc. Em outro grupo temos a extinção dos contratos através da (2.2) *resolução*, que subdivide-se em resolução por (2.2.1) inadimplemento do devedor e por (2.2.2) onerosidade excessiva. A (2.3) *caducidade*, por sua vez, subdivide-se em (2.3.1) impossibilidade superveniente total sem culpa, (2.3.2) morte do devedor nas obrigações personalíssimas e (2.3.3) decadência (preclusão do direito).

Ruy Rosado de Aguiar Junior acrescenta, por fim, que muitos autores incluem entre as hipóteses de extinção do contrato a *rescisão*, entendida como a hipótese na qual a extinção se dá por lesão: “presente, na origem, desproporção exagerada entre as prestações, o contrato pode ser rescindido, seja para extingui-lo, seja para modificá-lo” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 44). Ressalta que no nosso ordenamento jurídico essa hipótese não é cabível, tendo em vista que a *lesão* está incluída nos casos de anulabilidade do negócio jurídico. Expõe:

[...] não há como usar o termo rescisão para denominar essa espécie de extinção; a lesão é apenas mais um caso de anulação, ou de ação anulatória. Isso não apaga o fato de que o próprio Código Civil e diversas leis esparsas continuem usando o termo rescisão para as ações de invalidade ou extinção do contrato, por qualquer das causas previstas em lei. Na verdade, não temos no Brasil a ação de rescisão empregada para o fim que lhe é próprio, relativo à lesão. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 45). (grifo nosso).

A (2.1) *resilição* é o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes (GOMES, 2009). O autor ressalta que, etimologicamente, resilir significa “voltar atrás”, reservando-se o termo para a dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma das partes contratantes. Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2007, p. 73) também afirmam que “[...] a resilição é a forma de romper o contrato por força apenas da vontade, independentemente de violação ou descumprimentos de suas cláusulas ou condições”.

A resilição pode dar-se de duas formas: (2.1.1) *bilateral* ou (2.1.2) *unilateral*.

produção de efeitos. Em outras palavras: “A denúncia obtém resultados desconstitutivos semelhantes aos da resilição, que são o de extinção *ex nunc*; mas a denúncia põe termo à relação jurídica, não a desfaz, nem é como se desfizesse o negócio jurídico. A denúncia diz ‘aquí acaba a relação jurídica’; a resolução enuncia, implicitamente: o que ia continuar, ou que era, é como se não pudesse ser (resilição), ou como se não tivesse sido (resolução). Quem resile faz cessar; quem resolve, fazer o que *era, no mundo jurídico, deixar de ter sido*”. A natureza da denúncia é negocial ou, consoante o entendimento mais vulgar, declaração unilateral de vontade. (ASSIS, 2004, p. 82-83).

A (2.1.1) *resilição bilateral* é a modalidade de extinção do contrato na qual as próprias partes decidem, de comum acordo, pela sua dissolução mediante a pactuação de um negócio jurídico bilateral extintivo (GOMES, 2009), o qual o autor chama de *distrato*³⁰³¹. Segundo Ruy Rosado de Aguiar (2011), Clóvis Beviláqua definiu o distrato como o acordo entre as partes contratantes, a fim de extinguirem o vínculo obrigacional estabelecido pelo contrato. “O distrato tem seu fundamento no consensualismo: o acordo é o elemento principal do negócio, e, assim como pode surgir para criar a relação, pode se apresentar para destruir os seus efeitos. É o modo mais suave de eliminar o efeito vinculativo do acordo de vontades” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 187).

O distrato é uma causa voluntária de ineficácia sucessiva do negócio jurídico. Não tem como pressuposto necessário o contrato, uma vez que pode ser distratado o negócio jurídico unilateral que já não pode ser revogado. “Sempre que em uma relação jurídica houver a possibilidade de disposição de direitos por ambas as partes, é cabível o distrato, ainda que o contrato não seja bilateral ou sinalagmático”. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 189). O autor traz como exemplo a hipótese de um contrato de mútuo. Nada impede que o mutuário restitua a importância que recebeu antes do vencimento do prazo que lhe foi concedido, e o mutuante a receba antecipadamente, abrindo mão dos juros contratados.

O distrato opera de pleno direito, ou seja, independe de manifestação judicial. “[...] é o mútuo consentimento das partes que se forma para atingir (contrariando) os efeitos do ato anterior” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 191).

O distrato é um ato unitário, a exigir a concorrente vontade dos contratantes. Não se confunde com a situação em que ambas as partes praticam atos extintivos unilaterais, que, embora dirigidos concomitantemente à eliminação da relação ou de seus efeitos, são assumidos isoladamente pelos contratantes, como a revogação, renúncia, arrependimento, denúncia etc. Os efeitos práticos são os mesmos, mas no distrato as partes podem convencionar sobre condições e efeitos, o que não acontece nos atos unilaterais. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 192).

³⁰ Quanto ao vocábulo *distrato*, ressalta-se que o Código Civil, na Seção I, do Capítulo II, do Título V (“Dos Contratos em Geral”), o utiliza para tratar, conjuntamente, das hipóteses de resilição bilateral e unilateral. Esse trabalho adotará, no entanto, a mesma utilização feita por Orlando Gomes.

³¹ Importante ressaltar que o distrato não deve ser confundido com os institutos da novação e da transação. Na novação, se está diante de uma obrigação em andamento e de natureza contratual. Não existe contrato de novação. É a forma extintiva de um contrato e o surgimento de um novo. A transação, por sua vez, é “o negócio bilateral, na modalidade de contrato bilateral, pelo qual os interessados podem prevenir ou terminar o litígio já instalado, mediante concessões mútuas” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 199). Cabível em qualquer litígio obrigacional, contratual ou não. Aplicável, à transação, os artigos 840 a 850 do Código Civil.

Quanto aos efeitos do distrato, que ocorrem em uma mesma ocasião, Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) ensina que são extintivo (extingue os efeitos), liberatório (libera as partes do cumprimento das obrigações anteriormente assumidas) e restitutivo (restitui as partes naquilo que lhes for devido).

Relativamente aos requisitos para a ocorrência do distrato, Orlando Gomes (2009) afirma que compreende três figuras: *a*) um ato de revogação³²; *b*) um contrato extintivo; e *c*) um contrato modificativo. Afirma que só na última forma não possui eficácia retroativa. Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) faz algumas observações: *a*) afirma que a manifestação de vontade de distratar deve partir das mesmas pessoas que contrataram. É um requisito subjetivo que pode ser cumprido também pelos sucessores; *b*) a prestação não pode ter sido inteiramente cumprida, sob pena de o distrato ser confundido com o instituto da remissão de dívida³³; e *c*) o distrato pode produzir efeitos apenas entre os distratantes, não atingindo terceiros, como na hipótese de o contrato ter sido celebrado tendo em vista uma prestação em favor de terceiro, e esse terceiro ter aderido ao contrato (cumprindo determinadas obrigações).

Em relação aos efeitos do distrato, Orlando Gomes (2009) afirma operarem de forma não retroativa, ou seja, nos contratos de trato sucessivo as prestações já cumpridas não são restituídas, ou seja, os efeitos já produzidos permanecem inalterados. Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011), por sua vez, ensina que, no silêncio das partes, operam *ex tunc*, mas podem operar *ex nunc* conforme acordo. Para esse último autor, pode-se observar o seguinte: *a*) se o contrato for de execução instantânea, cujo adimplemento não começou, o efeito é *ex tunc*; *b*) se o contrato for duradouro, de prestação continuada, o distrato é *ex nunc*; e *c*) se o contrato prevê prestações diferidas no tempo e foi parcialmente cumprido, o efeito é *ex tunc*.

Orlando Gomes ressalta que geralmente o distrato é utilizado para por a termo contrato de execução continuada antes do advento do seu termo de extinção, mas nada impede que seja utilizado para encerrar contratos firmados por prazo indeterminado, eis que “Todos os contratos podem ser resiliados por distrato” (GOMES, 2009, p. 222).

³² “O instituto da *revogação* [...] implica a retração da ‘voz’, desdizendo-se seu emissor. [...] A revogação consiste na destruição do vínculo contratual mediante uma declaração dos contraentes oposta à primitiva”. (ASSIS, 2004, p. 89).

³³ “Remissão de dívida (remitir = perdoar) é uma espécie de renúncia, e consiste na dispensa do pagamento feita pelo credor, com a aceitação expressa ou tácita do devedor” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 197).

O Código Civil não limita o conteúdo do distrato, mas exige forma específica, consoante seu artigo 472: “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”. Orlando Gomes (2009) ressalta que a exigência só é válida para os contratos que tenham forma prescrita em lei. Quando um contrato deve ser feito mediante escritura pública, a mesma forma é exigida para o seu distrato. Quer dizer, ao distratar um contrato de forma livre, as partes não precisam fazer uso, no distrato da mesma forma escolhida para o contrato. Para Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011), quando somente se pede a forma escrita (sem a exigência da escritura), basta que exista um início de prova por escrito, pois esta pode ser complementada por prova testemunhal, qualquer que seja o valor do negócio³⁴.

Orlando Gomes menciona a existência de outra forma de rescisão bilateral: quando há expressamente no contrato a atribuição da faculdade de resilir a qualquer das partes, a qual chama de rescisão *convencional*:

Se eles estipulam que pode ser dissolvido antes da expiração do termo, assim o deseje uma das partes (como se verifica, por exemplo, no contrato de trabalho por tempo determinado em que se reservam o direito de resilir *ante tempus*, mediante aviso prévio), a rescisão, apesar de se efetuar em virtude da declaração e vontade de um só dos estipulantes é, em verdade, convencional, porque resulta de acordo feito no momento da conclusão do contrato. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 222).

A(2.1.2) *rescisão unilateral* é um negócio jurídico unilateral extintivo, que se expressa pela manifestação de vontade de uma das partes. “[...] as partes, no momento da contratação, autorizam-se mutuamente, a pôr a termo a contratação, por mera comunicação à outra desse intento resilitivo. Trata-se do exercício do direito de não continuar a contratação, seja por autorização legal ou contratual. É legal, quando a própria lei admite essa possibilidade de rescisão [...]” (AZEVEDO, A. V., 1997, p. 103).

Nos contratos por prazo indeterminado a rescisão unilateral é o meio próprio para dissolvê-los; do contrário, os mesmos se perpetuariam no tempo caso as partes não chegassem a um acordo quanto à sua extinção (Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello, 2007). Quer dizer, é da natureza do contrato pactuado sem determinação de prazo a

³⁴ Código Civil, artigo 227: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito”.

possibilidade de ser unilateralmente resiliado. Conforme se verá a seguir, a resilição unilateral é de suma importância ao se tratar dos contratos de distribuição, pois esses são, usualmente, firmados pelas partes por prazo indeterminado. “O direito de resilir o contrato está fundado em princípio de ordem pública (segundo o qual ninguém pode vincular-se perpetuamente), reforça e protege o princípio da liberdade de contratar, mas, ao mesmo tempo, enfraquece o da observância dos contratos” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 240). “É por isso que os contratos duradouros por tempo indeterminado aceitam, em princípio, o direito de o contratante desligar-se unilateralmente, uma vez que o engajamento perpétuo agride a liberdade individual” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 243).

Em virtude desse apontamento, pelo qual a resilição unilateral “enfraquece o [princípio] da observância dos contratos”, Orlando Gomes (2009) manifesta-se no sentido de que a possibilidade de resilição unilateral do contrato não deveria ser admitida, tendo em vista que o contrato é negócio jurídico formado por acordo de vontades. No entanto, ressalta que a faculdade de resilir o contrato pode ser exercida: “a) nos contratos por tempo indeterminado; b) nos contratos de execução continuada, ou periódica; c) nos contratos em geral, cuja execução não tenha começado; d) nos contratos benéficos; e) nos contratos de atividade” (GOMES, 2009, p. 224).

Adotar-se-á, nesse trabalho, a posição de Álvaro Vilaça Azevedo (1997, p. 102), que lembra que o termo *resilição unilateral* equivale ao termo *denúncia imotivada*, caso em que “qualquer das partes pode exercer seu direito de dar por extinto o contrato, unilateralmente, porque está, para tanto, autorizada pela convenção. É como se diz, também [...], a denúncia vazia ou imotivada”. Traz-se, contudo, a posição de Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011), que utiliza o termo *resilição unilateral* de forma mais genérica. Afirma:

A extinção do contrato pela manifestação unilateral dá-se em situações as mais diversas, cada uma delas ensejando a prática de atos com características, pressupostos, efeitos e nomes diferentes. O nosso direito reconhece a revogação, a denúncia, a renúncia, o arrependimento, o cancelamento, a retirada, o recesso, a contraordem, todos atos unilaterais de natureza extintiva, quer dizer, todos incluídos no conceito de resilição unilateral. Essa diversidade de fatos e de normas reguladoras de situações tão díspares não tem nem pode ter um tratamento legislativo homogêneo; daí as muitas disposições esparsas constantes da regulação dos diversos tipos de contrato. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 240).

O Código Civil denominou como *denúncia*³⁵ essa declaração de vontade, consoante *caput* do seu artigo 473: “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) afirma que a rescisão pode ser de contratos de qualquer espécie, quanto ao momento da sua execução: instantâneos (ainda que já executados), instantâneos com execução diferida ou duradouros (com ou sem prazo determinado). Em seguida, aponta algumas regras aplicáveis à rescisão unilateral, trazidas pelo artigo 473 do Código Civil: *a*) o ato extintivo depende de previsão legal, expressa ou implícita, não bastando que essa liberalidade conste do instrumento contratual; *b*) deve ser comunicada à outra parte, para que passe a produzir efeitos, o que ocorre, em muitas das vezes, através do envio de notificação, a qual não precisa ser judicial; e *c*) havendo investimentos, a eficácia da notificação pode ser prorrogada pelo período necessário.

Quanto aos efeitos, tem-se que a denúncia dos contratos firmados por prazo indeterminado produzem efeitos *ex nunc*, sem a exigência de pronunciamento judicial a respeito. Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011, p. 244) lembra que “a ordem pública pode ser invocada para limitar a rescisão, quando há a necessidade de proteger uma das partes, mediante regras que reduzem as hipóteses de rescisão ou dispõem sobre a notificação”. É o que ocorre no parágrafo único do artigo 473, o qual prevê: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Quer dizer, via de regra, a denúncia deve prever um prazo para a rescisão do contrato, o chamado *avisoprévio*. “O fim [propósito] da exigência é prevenir as conseqüências da ruptura brusca do contrato, mas o aviso prévio não é requisito necessário à validade da rescisão, que será eficaz ainda que não tenha sido dado” (GOMES, 2009, p. 224). Explica:

Embora válida, a denúncia desacompanhada de aviso prévio sujeita o denunciante ao pagamento de indenização dos prejuízos que a outra parte sofre, no caso, evidentemente, de ser obrigatório o pré-aviso. No contrato de trabalho, por exemplo, a obrigação de indenizar é estabelecida na lei sob a presunção de que a falta do aviso

³⁵ Orlando Gomes (2009) lembra que em determinados contratos a denúncia é conhecida por denominação específica, tal qual no contrato de trabalho, no qual a declaração de vontade do empregador em resilir o contrato é chamada de *dispensa* ou *despedida*.

prévio causa sempre dano, que se liquida mediante critério objetivo. Em outros, a notificação prévia é dispensável. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 224).

Sobre o assunto, Ruy Rosado de Aguiar Junior:

Para a questão do prazo a ser dado na notificação, deve-se atender ao que estiver disposto para o tipo de contrato de que se trata; se nada dispuser, a regra geral é a de que a notificação produz efeitos tão logo chegue ao conhecimento da outra parte. Esse princípio pode ser afastado se a própria parte autora da notificação conceder um prazo, ou quando as circunstâncias do negócio justificarem certa dilação de tempo após a notificação.

O mesmo autor lembra que após a notificação os negócios continuam sendo executados, mas sempre tendo em vista o término do negócio já estar definido, para que se preservem os interesses de ambas as partes e se evite que o rompimento acarrete maiores prejuízos. Incidem com rigor os deveres de cuidado e proteção do interesse da outra parte, ambos derivados do princípio da boa-fé.

Se o caso é regulado pelo *caput* do art. 473, a falta do aviso prévio ou a concessão de prazo insuficiente não fazem ineficaz a manifestação de rescisão, mas autorizam o pedido de indenização pelo prejuízo decorrente da falta ou da insuficiência. Nada impede que a parte prejudicada ingresse em juízo para obter, em medida cautelar ou antecipação de tutela, a concessão do prazo razoável que o autor da rescisão deixou de dar. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 245).

Acrescenta:

Já para a situação prevista no parágrafo único do art. 473 [...] a denúncia somente produzirá efeitos após o transcurso de prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. Isso significa que a execução do contrato continuará até que se complete aquele prazo. É uma situação especial, que não se confunde com a indenização devida pela falta de notificação prevista no *caput* deste artigo.(AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 247-248).

Ainda em se tratando de rescisão dos contratos, Orlando Gomes (2009) traz a possibilidade de estipulação de faculdade de resilir o contrato mediante declaração unilateral de vontade se qualquer das partes arrepender-se de tê-lo concluído. Normalmente o exercício dessa faculdade é acompanhado do pagamento de multa, também contratualmente prevista (multa penitencial). “Trata-se de compensação pecuniária atribuída à parte que se viu privada da vantagem do contrato porque a outra se arrependeu de o ter celebrado” (GOMES, 2009, p. 225).

Estipulada a multa penitencial, a parte que tiver direito ao seu recebimento não poderá se opor à rescisão do contrato, pois a multa serve, justamente, para liberar a parte do vínculo criado com a pactuação do negócio jurídico, e não deve ser confundida com cláusula penal.

Quanto aos efeitos da rescisão unilateral, tem-se que operam de forma não retroativa (*ex nunc*). Quer dizer, conforme ensinamento de Orlando Gomes (2009), nos contratos de trato sucessivo as prestações já cumpridas não são restituídas, ou seja, os efeitos já produzidos permanecem inalterados. Os contratos por tempo determinado, via de regra, não admitem denúncia, mas alguns acolhem essa liberalidade mediante o pagamento de perdas e danos pelo denunciante ao denunciado.

A (2.2) *resolução* ocorre nos casos de inexecução do contrato, e somente é compatível com os contratos bilaterais (AGUIAR JUNIOR, 2011). “Classifica-se esta em *falta de cumprimento* ou inadimplemento *stricto sensu*, *mora*, e *cumprimento defeituoso*. A *inexecução* pode ser *imputável* ou *inimputável ao devedor*” (GOMES, 2009, p. 203). Quer dizer, a dissolução do contrato por resolução se dá por inadimplemento do contrato por uma das partes, que poder ser: voluntário, por impossibilidade superveniente³⁶, ou por excessiva onerosidade superveniente³⁷. É um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial e, quando essa ação é promovida pela parte prejudicada, usualmente é denominada *rescisão* (GOMES, 2009).

Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) apresenta divergência a Orlando Gomes, relativamente à imputabilidade da inexecução ao devedor:

A resolução é modo de extinção de contrato bilateral e decorre do exercício do direito formativo-extintivo do credor não inadimplente, tendo por pressuposto a

³⁶ Exemplificativamente, no Código Civil (GOMES, 2009), artigos 234 (Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos). 235 (Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu), 238 (Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda), 248 (Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos) e 567 (Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava).

³⁷ Quanto a essa última hipótese, prevê o artigo 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

inexecução definitiva do devedor, resultante de impossibilidade a este imputável (se for inimputável, o caso é de extinção de pleno direito, caducidade, e não de resolução) ou de descumprimento do devedor, com ou sem culpa, do qual decorra a perda do interesse do credor em receber a prestação ainda possível. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 386).

Esse autor aponta as três principais características do instituto:

a) O contrato deve ser bilateral. Esse requisito de bilateralidade existe porque “somente nele há prestações recíprocas, das quais o credor se libera, resolvendo o contrato diante do incumprimento do devedor e retornando tudo à situação anterior, com perdas e danos” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 387).

b) O inadimplemento deve ser definitivo. Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) leciona que o cumprimento deve ser feito em obediência a dois princípios: pontualidade e boa-fé. Há incumprimento quando a obrigação deixa de ser cumprida no modo e no tempo devidos. Das diversas possibilidades de classificação do incumprimento, importa aqui o incumprimento definitivo (quando a prestação não puder mais ser efetuada – impossibilidade – ou exigida – modificação superveniente das circunstâncias), que dá origem à resolução do contrato. Se a impossibilidade não for imputável ao devedor, o contrato se extingue por força de lei. Havendo, contudo, culpa do devedor, o credor pode optar entre a resolução do contrato ou o adimplemento equivalente, sendo que em ambas as hipóteses terá direito a perdas e danos. A outra espécie de incumprimento definitivo que autoriza a resolução do contrato é o inadimplemento com a perda do interesse do credor pela prestação ainda possível. “A resolução por inadimplemento é própria dos contratos sinalagmático; só se justifica quando o não-cumprimento tem importância considerável. [...] Nos *contratos plurilaterais*, o inadimplemento de uma das partes não implica *resolução* a respeito dos outros, a menos que a obrigação que não foi cumprida seja essencial” (GOMES, 2009, p. 206).

c) O credor não pode ser inadimplente, pois, nos contratos bilaterais, a parte somente pode pedir a resolução pelo descumprimento da outra se ela mesma não tiver descumprido antes (AGUIAR JUNIOR, 2011).

Dispõe o Código Civil, em seu artigo 475, que “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Araken de Assis (2004) esclarece tratar-

se de uma faculdade da parte lesada, sem qualquer prioridade ou hierarquia entre as opções apresentadas, embora seja manifesta a vantagem em favor do lesado (não inadimplente). Optando a parte lesada pelo cumprimento da obrigação³⁸, o direito à indenização por perdas e danos encontra fundamento não apenas nesse mesmo artigo 475, como também no artigo 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Em se tratando de contrato bilateral, a sua resolução se justifica no momento em que uma das partes se torna inadimplente. Nessa hipótese, a faculdade de uma das partes de pedir a resolução do contrato resulta de estipulação expressa ou de previsão legal. Quando as partes acordam a existência dessa liberalidade se está diante de um *pacto comissório expresso*³⁹.

Sobre essa cláusula resolutiva expressa, Ruy Rosado de Aguiar Junior:

A cláusula resolutiva expressa é a disposição acidental do contrato bilateral segundo a qual o contrato estará resolvido no caso de o devedor não cumprir, pelo modo previsto, determinada prestação relevante para a economia do contrato. [...] Ela apenas pode estar presente no contrato bilateral, porque ali há corresponsabilidade ou reciprocidade entre as prestações, de tal sorte que a falta de uma delas quebra a equivalência que preside esse tipo de relação e gera o direito potestativo de resolução, que leva à extinção do contrato pelo inadimplemento do devedor. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 394-395).

A obrigação de indenizar, para ser resultado imediato da resolução convencional, deve estar prevista na cláusula que dispõe sobre a resolução expressa, autorizando o credor a exigir perdas e danos extrajudicialmente. [...] Isso não exclui o direito de a parte lesada promover ação indenizatória em juízo, para reparação dos danos. A limitação é apenas quanto ao procedimento que se desenvolve extrajudicialmente, iniciado pela notificação. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 393).

³⁸ “A ‘ação de cumprimento’ representa o exercício da pretensão à prestação, através da qual o contratante lesado reclama *in natura* ou pelo equivalente pecuniário, e terá natureza condenatória ou executiva. [...] O acesso imediato à demanda executória se condiciona ao instrumento contratual enquadrar-se em um dos incisos do art. 585 do CPC. [...] O inadimplente dispõe, nas duas hipóteses, como deflui do art. 475 do CÓDIGO CIVIL-02 e do art. 582 do CPC, verificados os pressupostos, da linha de defesa expressa nas exceções de contrato não cumprido e de insegurança” (ASSIS, 2004, p. 35-36).

³⁹ Sobre o tema, Orlando Gomes: “Nesse caso, a faculdade de resolução cabe apenas ao contratante prejudicado com o inadimplemento, jamais ao que deixou de cumprir as obrigações. O fundamento do pacto comissório expresso encontra-se no princípio da força obrigatória dos contratos. Uma vez que é estipulada no contrato, a faculdade de resolução se exerce, obviamente, pela forma convencional, mas, diferentemente do que se verifica com a cláusula resolutiva tácita, a resolução dispensa a sentença judicial. Havendo pacto comissório expresso, o contrato se resolve de pleno direito. Quando muito, o juiz, em caso de contestação, declara a resolução, não lhe competindo pronunciá-la, como procede quando a cláusula resolutiva é implícita. Porque se opera *ipso iure*, a parte em favor da qual se deu a resolução não pode preferir a execução do contrato. A resolução somente se justifica se o devedor está em mora, devendo ser precedida de interpelação judicial se o cumprimento da obrigação não estiver subordinado a termo. Quando se aplica a regra [...] a mora do devedor – *mora solvendi* – se constitui independentemente de interpelação”. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 208-209).

Na ausência desse acordo o pacto é presumido pela lei, que entende a existência de *cláusula resolutiva implícita* ou *tácita*⁴⁰. Essa cláusula resolutiva operará distintamente, conforme for expressa ou não, nos termos do artigo 474 do Código Civil: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

Orlando Gomes expõe, ainda, a possibilidade de resolução do contrato pela redibição:

Modalidade especial de *resolução* é a *redibição*, aplicável a certos contratos onerosos, notadamente o de compra e venda. A dissolução do contrato pela redibição tem como causa a inexecução parcial em forma específica, isto é, no cumprimento da obrigação de dar sem que a coisa tenha as qualidades próprias, devido à existência de *vícios redibitórios*. (GOMES, 2009, p. 206).

A resolução, no entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011, p. 392), tem dois efeitos principais: libera as partes das prestações não executadas e lhes impõe restituir o que receberam em razão do contrato. Tem, pois, efeito *ex tunc*, extinguindo também o contrato. Extinto o contrato, quando cabível, deve-se proceder a restituições recíprocas. Orlando Gomes esclarece:

Quando a restituição consiste em reembolso, a dívida, sendo proveniente, como é, da desconstituição judicial do contrato, deve ser paga com atualização monetária, pois, do contrário, o credor sofreria injusto empobrecimento. A revalorização do crédito impõe-se, muito embora não seja de valor a respectiva dívida, não se tratando, pois, de correção monetária. Em relação a terceiros que hajam adquirido direitos [...] entre a conclusão e a resolução do contrato, a retroação somente atinge os direitos de crédito. Se o terceiro houver adquirido direito de natureza real, este não se resolve por via da consequência. Nesse caso, pode o credor pedir indenização do dano que sofreu. Outra solução é, no entanto, defendida, com apoio no princípio de que ninguém pode transferir mais direito do que tem. Assim, os efeitos da resolução devem ser os mesmos em relação às partes e a terceiros. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 210).

⁴⁰ Sobre o tema, Orlando Gomes: “Por disposição legal, há, em todo o contrato bilateral, implicitamente, um cláusula resolutiva, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a resolução. O fundamento desse princípio é controvertido. Alguns extraem-no da noção de causa, tomando o termo no significado em que o empregam os partidários da teoria clássica. Admitindo-se que, nos contratos bilaterais, a obrigação de uma das partes é a causa da obrigação a outra, o inadimplemento acarretará resolução do contrato, pois a contra-obrigação perde sua causa. Outros fundamentam o princípio no consentimento condicional das partes, baseados na reciprocidade das obrigações, sem atentar que, se as partes prevêm a inexecução, não se justifica a omissão de cláusula que estabeleça a condição resolutória. Outros, ainda, justificam o princípio pelo vínculo que, no contrato, liga as obrigações dos contratantes, socorrendo-se da noção de causa-fim [...]. Por fim sustenta-se que a faculdade de resolução se explica pela interdependência das obrigações, próprias dos contratos bilaterais. [...] A despeito de exigir uma sentença constitutiva, o exercício da resolução por meio de ação judicial não é sua nota característica, porquanto ocorre também por outros modos”. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 206-208).

A (2.2.2) resolução do contrato por onerosidade excessiva superveniente é admitida em contratos de execução diferida, continuada ou periódica. É a “onerosidade que, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível, sobrevinha, dificultando extremamente o cumprimento de obrigação de um dos contratantes” (GOMES, 2009, p. 214). Nosso Código Civil vigente trata da matéria em seus artigos 478, 479 e 480⁴¹.

Orlando Gomes a diferencia da inexecução involuntária:

A onerosidade excessiva da prestação é apenas obstáculo ao cumprimento da obrigação. Não se trata, portanto, de inexecução por impossibilidade, mas de extrema dificuldade. Contudo, não se pode dizer que é voluntária a inexecução por motivo de excessiva onerosidade. Mas, precisamente porque não há impossibilidade, a resolução se realiza por motivo diverso. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 214).

Para que o contrato seja resolvido por onerosidade excessiva superveniente, faz-se necessária a configuração de alguns requisitos, na visão de Orlando Gomes (2009): (i) excessiva diferença entre o valor da prestação originalmente pactuada e a exigível no momento da sua execução; (ii) a onerosidade não deve ser subjetiva, quer dizer, deve ser considerada excessiva não apenas para o devedor, mas como para qualquer sujeito na mesma posição; (iii) a excessiva onerosidade deve configurar extrema vantagem para a outra parte, nos termos do artigo 478 do Código Civil (“Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato⁴². Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”); e (iv) a excessiva onerosidade deve ter sido configurada em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Cumpridos esses requisitos, o devedor pode promover a resolução do contrato. O credor pode, em resposta à demanda e para evitar a resolução, revisar o contrato, ofertando modificação equitativa do contrato. É a previsão do

⁴¹ Art. 480 “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

⁴² Ressalte-se: “Importante notar que fatos genericamente previsíveis podem ser imprevisíveis, quando tomados em sua especificidade e concretude. Em outras palavras, fatos genericamente previsíveis (como guerras ou mesmo a inflação) podem provocar efeitos concretos imprevisíveis. É o que basta para preencher o requisito da imprevisibilidade, como afirma o enunciado n° 175, aprovado na III Jornada de Direito Civil: ‘A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz’.”. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 215).

artigo 479 do Código Civil: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

O pedido de resolução do contrato por onerosidade excessiva deve partir da parte que está na iminência de tornar-se inadimplente. Consoante ensinamento de Orlando Gomes, embora a futura inexecução não seja voluntária, deve ser pronunciada pelo futuro inadimplente antes de verificar-se. Como o contrato não será resolvido de pleno direito, necessária sentença judicial decretando a resolução, cujos efeitos retroagirão à data da citação (artigo 478 do Código Civil). Orlando Gomes explica a exigência:

Não pode ficar ao arbítrio do interessado na resolução a extinção de suas obrigações, sob o fundamento de que se tornou extremamente difícil cumpri-las. Se lhe fora concedido esse poder, far-se-ia tábula rasa de princípio da força obrigatória dos contratos. A intervenção judicial é imprescindível. É o juiz quem decide se há onerosidade excessiva. Cabe-lhe verificar, outrossim, a existência do nexo de causalidade entre esta e o acontecimento extraordinário e imprevisível. O pronunciamento judicial constitui, pois, imposição dos próprios requisitos que caracterizam, no caso, a causa da dissolução. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 218).

Quanto aos limites da resolução, Araken de Assis conclui: “Em suma, a resolução [...] fundamentada de modo convincente e dotada de múltiplos efeitos, gira em torno do inadimplemento imputável ao devedor ocorrido no âmbito de contrato bilateral” (ASSIS, 2004, p. 53).

Há, ainda, a (2.2.1) resolução por inexecução involuntária, resultante de “fatos [supervenientes] que impossibilitam o cumprimento das obrigações contraídas por uma das partes” (GOMES, 2009, p. 211). É requisito, portanto, que a causa da resolução seja alheia à vontade do devedor, além de objetiva, total e definitiva⁴³.

⁴³ Quanto às causas de inexecução involuntária, Orlando Gomes: “A inexecução involuntária caracteriza-se pela impossibilidade superveniente de ser cumprida a obrigação básica que incumbe a um dos contratantes. Essa impossibilidade deve provir de caso fortuito ou de força maior, que se verifica no fato necessário, cujos efeitos o devedor não podia evitar, ou impedir. Há de ser, portanto, impossibilidade objetiva, pois, quando diz respeito à própria pessoa do devedor ou este concorre para que a prestação se torne impossível, a execução não pode ser considerada involuntária. A impossibilidade, ademais, deve ser total. Em sendo parcial, a resolução do contrato não é imperativa, porque o credor pode ter interesse em que, ainda assim, o contrato seja executado. Esse interesse pode existir, principalmente, nos contratos que têm por objetivo a prestação de várias coisas principais ou de uma coisa principal e de uma ou várias acessórias. A impossibilidade há de ser definitiva. Se temporária, como se verifica mais frequentemente nos contratos de execução continuada, não se justifica a resolução, salvo se persiste por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Normalmente, porém,

Nessa hipótese, a parte inadimplente libera-se do vínculo contratual. O contrato resolve-se em decorrência da causa de inexecução. Orlando Gomes (2009) explica que a resolução se dá de pleno direito, tal qual no pacto comissório expresso. Cabível intervenção judicial apenas quando necessário para compelir o inadimplente à restituição daquilo que lhe foi dado ou pago.

O efeito da resolução por inexecução involuntária é *ex tunc* e não obriga o inadimplente ao pagamento de perdas e danos. Orlando Gomes justifica:

É regra pacífica a de que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito, ou força maior. Justifica-se plenamente o princípio. Desde que não lhe é imputável a causa do inadimplemento, justo não seria obrigá-lo a pagar perdas e danos, pois esse dever é, no fundo, uma sanção aplicada a quem se conduz culposamente. Não obstante, permite-se que o devedor se responsabilize expressamente pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, como é responsável, se estiver em mora. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 213).

Também verifica-se diferenças quanto aos efeitos da resolução por inadimplemento involuntário em se tratando de contratos unilaterais ou bilaterais (GOMES, 2009). Na primeira hipótese a solução é mais simples, pois quem assume o risco do negócio é o credor. Assim, se a obrigação não puder ser cumprida pelo devedor, o credor é privado de ver a prestação cumprida. Nos contratos bilaterais, no entanto, a impossibilidade de prestação de uma das obrigações não impossibilita a sua contrapartida. O autor explica que a regra dominante é de que a exoneração de uma parte acarreta a da outra. “Extingue-se a pretensão de quem deixou de cumprir, mas fica impossibilitado de exigir a contraprestação, já que a obrigação perde a sua causa, rompendo-se, em verdade, o vínculo de conexão entre as obrigações” (GOMES, 2009, p. 213).

Por fim, a resolução por inexecução voluntária pressupõe, consoante ensinamento de Orlando Gomes (2009), inadimplemento, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo. Possui a característica de produzir efeitos *ex tunc* e sujeitar o inadimplente ao pagamento de perdas e danos.

Leciona Orlando Gomes (2009) que, sendo a eficácia do contrato subordinada a termo de uma das partes em favor da outra, a decadência desse termo implica a resolução automática

a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato”. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 212).

do contrato, tal qual os efeitos do pacto comissório expresso (a resolução se dá de pleno direito, ou seja, independentemente de interpelação judicial). Se de interesse do credor a execução do contrato, basta que o mesmo assim declare para que o contrato “reviva”.

A posição de Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011) quanto ao não cabimento, no ordenamento jurídico brasileiro, da rescisão como uma das hipóteses de extinção do contrato não acompanha o posicionamento de Orlando Gomes (2009). Por esse motivo, registra-se, a seguir a posição desse último autor, a qual é acompanhada por Araken de Assis.

(2.4)“A *rescisão* constitui modalidade de abertura do negócio jurídico em razão de *defeito anterior* à contratação, como defluiu do chamado vício oculto, ou do seu próprio objeto. [...] É uma ‘cirurgia jurídica’, que rompe o negócio existente, válido e eficaz para ir buscar, no suporte fático, a causa do mal, desconstituindo-o. O vocábulo ‘rescisão’, se aplicaria, nesta linha de ideias, ao desfazimento do contrato em virtude de *estado de perigo* e de *lesão*” (ASSIS, 2004, p. 86).“A rescisão é a ruptura do contrato em que houve lesão⁴⁴” (GOMES, 2009, p. 227), ainda que a lesão nem sempre determine a rescisão do contrato, pois o equilíbrio das prestações pode ser reequilibrado com a complementação do preço, por exemplo.

Ao tratar do tema, Orlando Gomes alerta para a utilização do termo rescisão no Código Civil:

O termo rescisão é usado no sentido de resilição e, mesmo, de resolução. Deve reservar-se, porém, para o modo específico de dissolução de certos contratos. O Código Civil de 2002 não emprega o termo “rescisão” em sentido técnico ou unívoco. É usado para significar ora resolução⁴⁵, ora resilição⁴⁶. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 227).

⁴⁴ “A lesão é um defeito presente no momento da celebração do contrato bilateral, quando nele houver significativa desproporção entre as prestações, com prejuízo de uma das partes. Dependendo da opção legislativa, ela pode se caracterizar como um elemento meramente objetivo (desproporção entre o valor e o preço, conforme o Código de Defesa do Consumidor) ou também com o acréscimo de um dado subjetivo (necessidade ou inexperiência da parte lesada, nos termos do art. 157 do Código Civil)” (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 255).

⁴⁵ Exemplificativamente, no Código Civil, os artigos 455 “Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização” e 810 (“Se o rendeiro, ou censuário, deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor da renda acioná-lo, tanto para que lhe pague as prestações atrasadas como para que lhe dê garantias das futuras, sob pena de rescisão do contrato”).

⁴⁶ Exemplificativamente, no Código Civil, o artigo 607 (“O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do

A rescisão somente ocorre após pronunciamento judicial pleiteado pelo interessado na extinção do contrato, e prescreve em 4 anos. Quanto à caracterização da lesão ensejadora da rescisão do contrato, aponta a doutrina:

Vem se entendendo, ultimamente, que a lesão não consiste apenas na desproporção ou desequilíbrio entre as prestações de um contrato comutativo, nem é vício de consentimento. Exige-se, para sua caracterização, um elemento subjetivo. A vantagem obtida desproporcionalmente, por uma das partes, há de ser fruto da exploração da inexperiência ou da necessidade do outro no momento da celebração do contrato. Configura-se pela conjunção desse elemento subjetivo ao clássico elemento objetivo. O Código Civil trata da lesão como causa de anulabilidade do contrato⁴⁷⁴⁸. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 228).

Essa sentença rescisória produzirá efeitos retroativos até a data de celebração do contrato, obrigando as partes a restituírem as prestações já recebidas a título de execução do contrato e – obviamente – livrando-as do cumprimento daquilo que ainda não foi executado.

Orlando Gomes (2009) traz, ainda, a possibilidade de rescisão do contrato por estado de perigo, a qual exige a configuração simultânea dos seguintes requisitos: (i) a ciência, por uma das partes, do estado de necessidade no qual a outra se encontra; e (ii) a iniquidade das condições nas quais as obrigações são contraídas.

Outra possibilidade de extinção dos contratos é trazida pela doutrina: a *morte* de uma das partes. Não inclui-se nos outros modos de dissolução.

contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior”).

⁴⁷ Vide artigo 171, inciso II, do Código Civil (“Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico [...] por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”).

⁴⁸ “A anulabilidade também priva o contrato de seus efeitos, se requerer a invalidação a pessoa a favor de quem a lei a determinou. O contrato anulável produz efeitos até ser anulado [consoante o previsto no artigo 177 do Código Civil: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”]. Podem ser anulados os contratos celebrados pelos relativamente incapazes e pelas partes cujo consentimento tenha se dado por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. A anulabilidade é diferida, relativa, sanável e provisória, isto é, o contrato subsiste até o momento em que o juiz o anula; apenas pode ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege; admite confirmação e se purifica com o decurso do tempo. [...] A anulabilidade [comina] contra quem transgredir norma ditada no propósito de proteger o outro contratante, seja porque não tem completa aptidão para celebrar o contrato, seja porque não manifestou livremente o consentimento. A contrariedade às normas pode consistir: a) na inobservância das exigências legais para o exercício da autonomia privada; b) na falta dos requisitos para que a ação da pessoa seja um ato jurídico; c) na discrepância com os princípios que informam o sistema legal”. (grifos removidos). (GOMES, 2009, p. 232-233).

Não é possível afirmar-se que resolve o contrato. Sem dúvida, impossibilita sua execução, ou faz cessá-la definitivamente, mas, a rigor, não pode ser considerada inexecução involuntária, porque seus efeitos não se igualam aos do caso fortuito. Não se justifica, também, enquadrá-la entre as causas de rescisão, [...] pois a rescisão se caracteriza por ser consequência da manifestação da vontade de um ou dos dois contratantes. (grifos removidos).(GOMES, 2009, p. 228).

Via de regra, o falecimento de uma das partes não constitui causa de dissolução dos contratos, pois as obrigações são transmitidas aos herdeiros do *de cuius*. A exceção constitui-se nos contratos *intuitu personae*, pois extingue-se, nesse caso, a razão de contratar da parte sobrevivente, qual seja, as qualidades personalíssimas da outra parte. Nas hipóteses de cabimento da extinção do contrato pela morte de uma das partes o efeito é *ex nunc*.

A morte de uma das partes do contrato *intuitu personae* equipara-se à incapacidade superveniente. O contrato extingue-se quando se verifica a impossibilidade de execução porque o devedor se tenha tornado incapaz e sua obrigação não possa ser cumprida por outrem. Nesta hipótese, entendem alguns que o contrato se extingue mediante a resolução promovida pela outra parte. (grifos removidos).(GOMES, 2009, p. 229).

5 A RESILIÇÃO UNILATERAL E IMOTIVADA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Conforme já visto anteriormente, a denúncia é um dos modos específicos de extinção de uma relação jurídica de trato sucessivo, a qual tem a eficácia de pôr termo final a um contrato estabelecido por prazo indeterminado, apagando seus efeitos a partir daí (*ex nunc*) (AZEVEDO, A.J., 2004, p. 124). Nesse capítulo será analisada apenas a hipótese de resilição unilateral dos contratos de distribuição, pelo fornecedor, os quais são, usualmente, pactuados por prazo indeterminado. Não obstante, essa indeterminação está prevista na Lei Ferrari, para os contratos de distribuição entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Especificamente, tratar-se-á da hipótese de denúncia imotivada de um contrato de distribuição, a ser feita pelo fornecedor, em um instrumento firmado sem determinação de prazo de duração do negócio jurídico. É, conforme já exposto no capítulo anterior, a possibilidade de dissolução do contrato para evitar que o mesmo se perpetue no tempo, pois, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2007, p. 72-73), “[...] a eternização do contrato instituiria em favor de um grupo econômico uma verdadeira reserva de mercado, em completa afronta ao sistema capitalista vigente”. Acrescentam:

Ninguém está obrigado a se vincular eternamente a um contrato. No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é pilar jurídico e ideológico que assegura a liberdade de contratar ou não contratar, bem como de estipular em que condições e por quanto tempo fazê-lo, a menos que norma legal específica imponha conduta adversa⁴⁹. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2007, p. 73).

Na denúncia unilateral dos contratos de distribuição vigentes indeterminadamente [...] impõe-se a concessão de aviso prévio, com antecedência adequada e compatível com o vulto e a duração do negócio de distribuição. Mas observados esses requisitos impostos pela boa-fé e a lealdade, a denúncia do contrato é direito fundado nas mesmas razões econômicas e morais que justificam a extinção do contrato no termo ajustado previamente pelas partes. Lembre-se que a provisoriedade do contrato de distribuição é da sua essência, e não coaduna com os princípios gerais do direito privado a sujeição eterna do indivíduo a uma relação contratual. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2007, p. 74).

⁴⁹ Constituição Federal, artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Paula A. Forgini (2005a, p. 448) manifesta-se, quanto ao assunto, afirmando que “A prática dos contratos de distribuição demonstra que sua extinção geralmente é ligada a eventual abuso da parte que goza de maior poderio econômico”. A partir dessa ótica a autora entende que a denúncia imotivada do contrato de distribuição pelo fornecedor deve ser analisada em suas duas dimensões: a interna, relacionada entre fornecedor e distribuidor, e a externa, relacionada aos aspectos do ato sobre o direito da concorrência. Muito embora a posição da doutrinadora, nesse trabalho se analisará apenas os aspectos internos [contratuais] da rescisão unilateral do contrato de distribuição.

Quanto às razões que levam o fornecedor a denunciar imotivadamente um contrato de distribuição, Paula A. Forgini diz que podem ser as mais variadas:

[...] por exemplo, visar à manutenção da sua reputação, liberando-se de um distribuidor desidioso ou eliminar *freeriders* que incitam o não-investimento pelos demais revendedores. Mas, concomitantemente, a denúncia pode significar uma retaliação contra aquele que não aderiu a um plano anticoncorrencial ou recusou-se a seguir determinações que lhe seriam prejudiciais. Ademais, o fornecedor pode pretender tomar para si ou para outrem o mercado conquistado pelo distribuidor.

Muitas vezes, a mera *ameaça* de rompimento produz efeitos, ainda mais nas hipóteses em que há dependência econômica. Com a ideia de que é melhor manter a relação, mesmo que em bases menos convenientes, o distribuidor, não raro, sujeita-se à imposição para evitar a falência (ou longa discussão judicial). A falta de proteção efetiva dos interesses dos revendedores pode causar malefícios não apenas às partes, mas também ao mercado, desestimulando a construção de eficientes redes de escoamento da produção. (FORGIONI, 2005a, p. 448-449).

Relativamente à denúncia imotivada dos contratos firmados sem prazo determinado de duração, “o principal problema enfrentado geralmente gravita em torno da licitude da ruptura unilateral” (FORGIONI, 2005a, p. 450). Nos termos do artigo 188, inciso I, do Código Civil, “Não constituem atos ilícitos os praticados [...] no exercício regular de um direito reconhecido”. Assim, segundo a autora, partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico autoriza esse rompimento unilateral por uma das partes – simplesmente pelo fato de que, conforme já exposto, se as partes não chegassem a um acordo quanto à extinção do contrato, o mesmo se perpetuaria no tempo –, exercido esse direito legítimo, à outra parte (a denunciada) não caberia qualquer direito à indenização. Essa ideia está em consonância com o dispositivo legal citado: não gera direito a ressarcimento de outrem aquele que pratica atos no exercício regular de direito que lhe é reconhecido. “Assistiria à qualquer das partes típico *direito potestativo* de por fim à relação contratual” (FORGIONI, 2005a, p. 451).

Rubens Edmundo Requião fala da licitude da denúncia ao tratar do artigo 720 do Código Civil, conforme se verá adiante. Afirma:

Curioso que o legislador tenha se referido a “valor devido” em face da natureza e do vulto dos investimentos realizado para exercício do contrato de agência [distribuição], afastando com isso a ideia de indenização. O legislador considerou que a rescisão do contrato de agência [distribuição] sem prazo certo [é] uma faculdade legítima, a ser exercida pela parte. De seu exercício, em princípio, não decorre ato ilícito, provocando o dever de indenizar. Assim, haverá apenas a reposição do valor do investimento, mediante a devolução da importância que for estimada como própria para compensá-lo. (REQUIÃO, 2001, p. 217).

Nesse sentido, também Álvaro Villaça Azevedo (1997, p. 105): “[...] o princípio relativo a contrato firmado sem indicação de prazo de duração é que ele pode ser denunciado a qualquer momento por qualquer dos contratantes, sem abusar dessa faculdade na intenção de prejudicar a outra parte”. Ainda, Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello (2004, p. 54): “Esse juízo de conveniência sobre a manutenção de uma parceria é privativo das partes que não de livremente optar em renovar ou não o contrato, mantê-lo vigente por prazo indeterminado ou encerrar o relacionamento duradouro”.

Por exclusão ao disposto nos parágrafos acima, cabível afirmar que o direito à indenização nos casos de denúncia imotivada do contrato de distribuição surgirá quando da abusividade dessa rescisão unilateral.

A ausência do dever de indenizar foi temperada, dando lugar à proteção de outros valores que não apenas a irrestrita liberdade de se desvincular. Mais uma vez, o caminho foi trilhado por nossa jurisprudência: atribui-se ao fabricante o direito à denúncia imotivada, ao mesmo tempo em que se exige que ela não seja “abusiva”. (grifos removidos). (FORGIONI, 2005a, p. 452).

Sobre a rescisão abusiva, Ruy Rosado de Aguiar Junior:

Na rescisão abusiva, o direito potestativo é exercido com ofensa aos princípios enumerados no art. 187, ordinariamente com desrespeito à boa-fé, praticado para escapar de obrigações legais ou contratuais; com o objetivo de prejudicar a contraparte; dar vãs a propósitos ilícitos ou preconceitos proibidos, e para o autor se beneficiar das vantagens nascidas do contrato, que deveria ser repartidas. Ou quando, sem causa aparente, o contratante rompe o contrato, provocando grande prejuízo ao contratado, sem que um legítimo ganho justifique a medida. Os princípios, em especial o da boa-fé objetiva, servem para a avaliação da conduta da parte, e nesse contexto deve também ser ponderado o comportamento (bom ou mau) do denunciado durante a execução do contrato duradouro. [...] A rescisão é um ato que deve ser praticado com a preocupação de causar o menor dano possível, e por isso exercido em condições razoáveis e no tempo oportuno. (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 249-250).

Paula A. Forgioni (2005a) conclui que a denúncia imotivada do contrato de distribuição é abusiva⁵⁰ quando *abrupta*. Explica, então, que a rescisão abrupta é aquela na qual o aviso prévio não é dado, pela parte denunciante, em tempo razoável.

Esse ‘tempo razoável’ é fixado caso a caso e dependerá de grande número de variáveis, inclusive as características dos agentes econômicos e dos mercados em que atuam [ressalvadas as particularidades das contratações regidas pela Lei Ferrari]. De qualquer forma, o embasamento da maioria das decisões é o dever de boa-fé e de lealdade que deve presidir as relações comerciais. (FORGIONI, 2005a, p. 453).

Na opinião de Paula A. Forgioni, não basta que o aviso prévio seja dado em prazo razoável: há a “pressuposição de que deve ser concedida ao distribuidor a oportunidade de redirecionar seus negócios, seja passando a distribuir produtos de outro fornecedor, seja mediante a comercialização de outro bem, adaptando sua atividade empresarial” (FORGIONI, 2005a, p. 469-470).

Essa composição doutrinária deve ser interpretada em consonância com o artigo 473 do Código Civil:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

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

Vê-se que o parágrafo único acima incorpora a noção de que a denúncia não pode se dar de forma abrupta, mas vai além: exige, do denunciante, que conceda “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” feito pelo distribuidor, e dispõe que a denúncia não produzirá seus efeitos antes de decorrido o referido prazo⁵¹.

⁵⁰ Quanto à *abusividade*, dispõe Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 129): “Há ainda, finalmente, outro ângulo sob o qual a questão pode ser analisada: o do *abuso de direito*, intimamente ligado à boa-fé objetiva em seu nível mais elementar. Há muito tempo se reconhece que os direitos devem ser exercidos *dentro de determinados limites estabelecidos pelo sistema jurídico*. Quando o exercício de um direito não respeita tais limites, diz-se que há abuso de direito. [...] O Código Civil de 2002 consagra a proibição do abuso de direito, determinando, em seu art. 187: ‘Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’”.

⁵¹ Ruy Rosado de Aguiar Junior (2011, p. 244): “A desigualdade estrutural justifica uma intervenção legislativa no sentido da limitação do direito de ruptura unilateral por iniciativa da parte mais forte. Já a proibição do exercício abusivo dos direitos constitui instrumento ético eficaz para garantir a perenidade contratual durante a execução do contrato; permite vigiar o equilíbrio entre as partes e apreciar a coerência do seu comportamento à

Paula A. Forgioni sintetiza:

Aplicando/interpretando essa disciplina [artigo 473 do Código Civil] aos contratos de distribuição celebrados por prazo indeterminado, e considerando o ordenamento jurídico brasileiro de forma sistemática, temos que: a) por ser um contrato celebrado por prazo indeterminado, o fornecedor pode denunciá-lo a qualquer momento; b) essa denúncia se dá mediante notificação à outra parte; c) no entanto, se o distribuidor “houver feito investimentos consideráveis para a (...) execução” do contrato de distribuição; d) a denúncia somente produzirá efeitos (ou seja, o contrato deixará de vincular as partes), “depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. (FORGIONI, 2005a, p. 470).

Quanto aos efeitos desse prazo, a mesma autora explica:

Na prática, isso significa que o contrato continuará irradiando sua eficácia plena até o escoamento de tal prazo. As partes permanecem vinculadas ao cumprimento das obrigações avençadas e, conseqüentemente, o fabricante não poderá deixar de fornecer os bens para que o distribuidor os revenda. O Código impõe obrigação de realizar as vendas na forma estabelecida no contrato de distribuição denunciado até o transcurso do *prazo razoável* mencionado no parágrafo único do art. 473: conseqüentemente, o distribuidor tem *direito* ao fornecimento. O eventual descumprimento da obrigação comporta os remédios previstos no ordenamento jurídico para a satisfação dos interesses do credor (por exemplo, execução específica, com todos os meios de apoio que lhe são próprios, ou mesmo perdas e danos). (FORGIONI, 2005a, p. 470).

Rubens Edmundo Requião critica a subjetividade da escolha legislativa ao falar no prazo de denúncia, pois propicia o surgimento de disputas entre as partes quanto à definição do prazo razoável:

Melhor seria [...] que o legislador tivesse adotado técnica objetiva, vinculando a dilação do prazo para o exercício da denúncia, ao tempo transcorrido do contrato, fazendo-o de modo inversamente proporcional a tal tempo decorrido. Sempre haveria margem para alguma injustiça ou inadequação do prazo ao efetivo investimento aplicado, é verdade. Pelo menos quanto a este aspecto as partes não ficariam na dependência [de] entendimentos difíceis ou de pronunciamento judicial, este condicionado pela conhecida morosidade dos trabalhos forenses. (grifos removidos). (REQUIÃO, 2001, p. 210)⁵².

Conforme exposto anteriormente nesse trabalho, Paula A. Forgioni (2005a) classifica o contrato de distribuição como figura atípica, considerando que: a) a disciplina do contrato de distribuição, no ordenamento jurídico brasileiro, limita-se à Lei Ferrari; e b) o Código

luz das circunstâncias do contrato. Sob o fundamento de abuso de direito, o juiz pode limitar o direito de ruptura unilateral do contrato em consideração ao desequilíbrio econômico e social que a ruptura poderia ocasionar”.

⁵² Discordamos dessa posição porque, conforme o próprio autor ressalva, traz a possibilidade de inadequação do prazo ao efetivo investimento aplicado, impossibilitando a amortização dos valores investidos pelo distribuidor, anulando por completo a garantia protetiva concedida pelo artigo 473 do Código Civil.

Civil, nos artigos 710 a 721, ao tratar conjuntamente da *agência* e da *distribuição*, confunde essa última com a *representação comercial*. Por esses motivos– entendimento de que o Código Civil não traz considerações específicas sobre o contrato de distribuição – a autora, em sua obra “Contrato de Distribuição”, ao tratar do tema da denúncia imotivada desse tipo contratual, não faz considerações acerca do artigo 720 do Código Civil, de seguinte redação:

Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

A interpretação do artigo 720 nos permite entender que sua redação está em consonância com a do artigo 473, pois exige: a) que o negócio jurídico tenha vigorado entre as partes por tempo suficiente para que o distribuidor possa ver recuperados os custos que investiu para a execução do contrato de distribuição – conforme se verá com mais detalhe adiante, neste trabalho – e b) que a denúncia seja concedida, pelo fornecedor ao distribuidor, em prazo não inferior a 90 dias antes do início dos seus efeitos.

Sobre o assunto, Rubens Edmundo Requião:

Pela regra estudada só poderá haver denúncia do contrato [...] com prazo indeterminado, por via do aviso prévio, com espaço (mínimo) de noventa dias após o transcurso do tempo necessário para compensar o custo do investimento aplicado para a execução do contrato. O direito de denunciar o contrato [...] só poderá ser exercido após o tempo necessário para a amortização dos investimentos, tempo que será fixado pelas partes ou pelo juiz, que poderá estimar, alternativamente, o valor do investimento a ser devolvido pelo proponente [...].[...] O período de duração do contrato, ou seja, o tempo durante o qual ele foi executado, terá relevância para o exercício do direito de denúncia unilateral do contrato. Não tendo sido amortizados os investimentos, haverá de ser considerado prazo razoável e compatível com o vulto e natureza dos mesmos, para que o agente final obtenha alguma compensação com o esforço dispendido no investir em seu negócio.(grifos removidos). (REQUIÃO, 2001, p. 208).

Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello:

O que pode ser abusivo é a manifestação de vontade de resilir unilateralmente o contrato sem prazo determinado, *sem um aviso prévio* que propicie ao distribuidor um tempo razoável para organizar sua empresa. Quando, porém, o prazo inicial for razoável para justificar o investimento do distribuidor, quando os bens imobilizados não lhe são inúteis, mesmo após a extinção do contrato de distribuição, e quando o aviso de rompimento ou de não-prorrogação é feito com antecedência prevista no próprio contrato e com a concessão de prazo suficiente para a reorganização da empresa do concessionário, não se pode atribuir ao concedente nenhum tipo de

ilicitude pelo só fato de não ter prosseguido na relação de distribuição. Tudo terá se passado dentro da normalidade do contrato e sob a observância dos princípios da lealdade e da boa-fé. Logo, não haverá lugar para o concessionário exigir do concedente nenhum tipo de indenização. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 56).

Ruy Rosado de Aguiar Junior:

Tratando-se de contrato de distribuição ou de agência por tempo indeterminado, a regra do art. 720 introduziu uma diferença: o exercício do direito de resilir somente pode acontecer depois do transcurso do prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Quer dizer: qualquer das partes pode denunciar o contrato a qualquer tempo, com aviso prévio de 90 dias; mas quando a iniciativa é do proponente, o exercício do direito potestativo somente pode acontecer depois do transcurso de prazo razoável de duração do contrato, tempo esse compatível com o investimento exigido do agente (leia-se: efetivamente realizado pelo agente). (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 332-332).

A aplicação do artigo 720 do Código Civil estende-se, também, aos contratos de distribuição regidos pela Lei Ferrari (AGUIAR JUNIOR, 2011). Isso porque a Lei Ferrari, em seu artigo 21, *caput*, determina que a concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminado. O parágrafo único, no entanto, traz uma exceção, pela qual “O contrato poderá ser inicialmente ajustado por prazo determinado, não inferior a cinco anos, e se tornará automaticamente de prazo indeterminado se nenhuma das partes manifestar à outra a intenção de não prorrogá-lo, antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada”.

No caso de desacordo das partes quanto ao prazo razoável, o Código Civil prevê a possibilidade de um juiz determiná-lo: é o parágrafo único do artigo 720 do Código Civil.

A dificuldade de determinação *a posteriori* desse prazo razoável, seja pelas partes, seja pelo juiz incitado a fazê-la, leva, na concepção de Rubens Edmundo Requião (2001), as partes a prevenir contratualmente a denúncia imotivada do contrato e consequente margem de deliberação judicial. Tendo isso em vista, explica como essa prevenção contratual é feita:

A primeira providência será determinar, com minúcias, os investimentos que deverão ser aplicados pelo agente [distribuidor] [...], na implantação do contrato e o tempo necessário para produzir seus efeitos desejados. Estes valores, então, serão amortizados ao longo do contrato ou, no caso de denúncia do mesmo, serão alvo de alguma compensação, também prevista no contrato. A segunda hipótese será declarar que, para a execução do contrato, não serão exigidos investimentos do agente [distribuidor] [...] e que, se os fizer sem exigência do [...] [concedente] fará por conta e risco próprio, sem direito a devolução do valor aplicado ou dilação do tempo necessário para que a concessão do aviso prévio. Esta situação deverá ser

real, não havendo espaço para simulações ou declarações falsas. Se, de início, as partes declararam a dispensa de investimentos, mas no decorrer da execução do contrato o [...] [concedente] formular exigências de tais investimentos, surgirá o direito aos efeitos do art. 720. Se o agente [distribuidor], com o conhecimento mas sem oposição do [...] [concedente] tomar a iniciativa espontânea de os fazer, este terá que suportar as determinações do artigo citado. (REQUIÃO, 2001, p. 211).

Rubens Edmundo Requião (2001, p. 219) questiona a extensão interpretativa do *caput* do artigo 720, na parte em que fala do “vulto do investimento exigido do agente”: o legislador considerou o investimento exigido por *imposições* contratuais, apenas, ou incluiu o investimento imposto por técnicas próprias da atividade, identificadas pelo distribuidor como necessárias para o bom desempenho do contrato? Responde: “Em qualquer das situações o investimento realizado [...] deverá ser levado em conta para efeito de determinar o prazo mínimo de atuação do agente [distribuidor] para permitir a denúncia do contrato por via do aviso prévio” (REQUIÃO, 2001, p. 219).

Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello concluem:

[...] pode-se concluir que, segundo as regras gerais do direito privado, aplicáveis aos contratos atípicos ou aos típicos que não tenham regra específica sobre a sua extinção, os contratos de distribuição em geral podem ser denunciados na forma prevista na avença, exigível apenas um pré-aviso razoável conforme os ditames da boa-fé e dos usos e costumes comerciais, sem necessidade de declinar justa causa, e a qualquer tempo, depois de escoado o termo inicialmente fixado, ou depois de transcorrido o prazo [...] suficiente para o retorno dos investimentos exigidos, quando a sua duração for indeterminada. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2007, p. 76).

5.1 CONCEITO DE PRAZO RAZOÁVEL

Paula A. Forgioni (2005a) destaca que o texto do artigo 473, quando interpretados com o fim de ser aplicado e integrado à disciplina dos contratos de distribuição, tem como objetivo a proteção do empresário que realizou investimentos para viabilizar, em específico, a celebração do contrato com o fornecedor, assegurando-lhe que o prazo do aviso prévio da denúncia feita pelo concedente será suficiente para permitir a recuperação dos valores gastos.

Tendo em vista o dispositivo legal mencionado e o artigo 720 do Código Civil, importante esclarecer o conceito de prazo razoável consoante opinião doutrinária, entendido como o “compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Para melhor entendimento

do que vem a ser o prazo razoável, Paula A. Forgioni analisa em separado a (i) natureza e o (ii) vulto dos investimentos.

Quanto à *natureza* dos investimentos, a autora afirma que o prazo concedido para que a denúncia do contrato de distribuição passe a produzir efeitos entre as partes deve permitir a “recuperação ou *amortização* dos investimentos (i) *recuperáveis* e (ii) *irrecuperáveis*, desde que incorridos para a performance do contrato de distribuição” (FORGIONI, 2005a, p. 472). É de fundamental importância que os custos estejam relacionados com a execução do contrato de distribuição que está sendo resiliado, consoante esclarece a doutrina:

A Lei exige que os investimentos a serem considerados sejam aqueles especificamente relacionados à execução do contrato [...], que correspondem a custos, denominados custos idiossincráticos, ou seja, aqueles concernentes a transações em que a identidade específica das partes produz relevantes conseqüências no plano dos custos; requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a transação. [...] Ademais, também porque a lei se refere aos investimentos relacionados à natureza do contrato, não deverão ser incluídos no cálculo do prazo previsto no parágrafo único do art. 473 os custos incorridos pelo distribuidor que (i) vão além do que seria normalmente esperado pelo revendedor diligente (= ativo e probo), atuante naquele mercado e/ou (ii) não decorrem de exigência do fornecedor. (grifos removidos). (FORGIONI, 2005a, p. 472-473).

Há que, por fim, se atentar para o fato que os investimentos objeto do art. 720 são aqueles indispensáveis e inelutavelmente vinculados à execução do contrato [...]. O investimento se dará e se esgotará exclusivamente na execução do contrato. (REQUIÃO, 2001, p. 219).

Relativamente ao conceito de *amortização*, Rubens Edmundo Requião (2001, p. 213) afirma que o mesmo é trazido pelo artigo 44, § 2º, da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as Sociedades por Ações: “A amortização consiste na distribuição aos acionistas, a título de antecipação e sem redução do capital social, de quantias que lhes poderiam tocar em caso de liquidação da companhia”. Conclui que, para os fins a que se propõe o artigo 720 do Código Civil, “a amortização dos fundos aplicados pelo agente [distribuidor] será obtida pelo ganho em produtividade ou mesmo em rendimento financeiro, que obtiver com o investimento⁵³ realizado”.

⁵³ O conceito de *investimento*, por sua vez, é trazido na mesma Lei nº 6.404/76, através do artigo 179, inciso III, como “as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa”. “O conceito de investimento implica na ideia de novidade, de aumento de produtividade ou de capacidade. O empenho considerado no art. 720 é aquele especialmente efetivado para executar o contrato [...], por exigência deste ou

Os *custos irrecuperáveis* são aqueles cujo gasto é irreversível (FORGIONI, 2005a), os quais serão perdidos com a extinção do contrato de distribuição. A autora traz como exemplo aqueles custos de promoção dos produtos, treinamento de pessoal para a comercialização do produto objeto do contrato, investimentos feitos no *layout* do ponto comercial para adaptação à marca do concedente, o qual não poderá ser utilizado para a execução de novo contrato de distribuição com outro fornecedor, dentre outros. Esses custos irrecuperáveis só serão amortizados mediante a aferição de lucros pelo distribuidor. Por conseguinte, o prazo razoável concedido pela notificação de denúncia, quanto a esses custos, deve ser contado a partir do início da vigência do contrato ou, pelo menos, de quando cada investimento, especificamente, foi feito pelo distribuidor.

Os *custos recuperáveis*, por sua vez, são os que “podem ser recuperados pelo agente econômico, seja, por exemplo, mediante (i) a venda de bens adquiridos para a execução do contrato, após a sua extinção ou (ii) o redirecionamento de atividades comerciais” (FORGIONI, 2005a, p. 473). A autora ressalta, quanto ao tema, que o aviso prévio concedido pelo fornecedor deve ser suficiente para que esses custos sejam efetivamente recuperados, ainda que os custos recuperáveis já tenham sido amortizados com a aferição de lucro durante a execução do contrato, para que “não seja o distribuidor obrigado a suportar, desde logo, um prejuízo que pode ser evitado mediante a continuação (temporária) dos efeitos do contrato de distribuição”(FORGIONI, 2005a, p. 473). O lapso temporal, em se tratando de custos recuperáveis, deve ser contado a partir da notificação da rescisão unilateral do contrato. O próprio Código Civil exige que o prazo seja respeitado pelo denunciante, para impedir que o distribuidor não seja economicamente responsável por custos que não existiriam, ou pelo menos seriam evitados, se o concedente não tivesse interesse em interromper a execução do contrato.

Esse dispositivo dá concreção ao princípio geral que obriga as partes a respeitarem a boa-fé objetiva no trato contratual; são juridicamente inadmissíveis comportamentos em que há desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do poder exercido e o sacrifício imposto à outra parte.(FORGIONI, 2005a, p. 474).

por necessidade técnica. Serão bens ou valores até então não existentes ou não separados no patrimônio do agente, mobilizados e invertidos na atividade, em face do contrato ajustado. O valor ou bem antigo, como já foi dito, adquirido anteriormente pelo agente [distribuidor] e, portanto, já figurando no patrimônio do seu estabelecimento, antes mesmo da celebração do contrato [...], mesmo que mobilizado para atender ao novo contrato, não é alvo do artigo citado. (REQUIÃO, 2001, p. 220).

A concessão de prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos efetuados coaduna com o direito de denúncia do fornecedor e com a proteção do distribuidor, pois:

[assegura] ao distribuidor tempo de permanência no mercado que viabilizará a recuperação/amortização dos investimentos realizados, seja (i) mediante obtenção de lucros (já realizados ou a realizar) que amortizem os investimentos irrecuperáveis e (ii) mediante a concessão de tempo (contado a partir da notificação da denúncia) que permita a recuperação dos demais investimentos obtida, por exemplo, mediante o redirecionamento das atividades empresariais.(FORGIONI, 2005a, p. 474).

Com o quadro a seguir, Paula A. Forgioni(2005a, p. 475) resume a questão da recuperação dos custos investidos para a execução do contrato de distribuição:

Investimentos irrecuperáveis	O prazo deve permitir sua amortização, considerados os proveitos auferidos desde o início da vigência do contrato de distribuição
Investimentos recuperáveis	O prazo deve permitir sua recuperação e deve ser computado a partir da notificação da denúncia

Ainda, em se tratando dos investimentos mencionados no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, Paula A. Forgioni (2005a) lembra que o ordenamento jurídico não consegue anular todos os riscos inerentes à atividade de mercado, sob pena de comprometimento desse. O objetivo do legislador, com a redação do dispositivo em questão, da qual deriva a obrigatoriedade de manutenção do vínculo durante o prazo mencionado no teto legal, não é liberar o distribuidor das áleas empresariais. Se assim fosse, o contrato de distribuição acabaria se tornando uma opção economicamente inviável para o fornecedor, “que arcaria com todos os riscos da atividade empresarial do distribuidor, caso decidisse exercer seu direito de denúncia” (FORGIONI, 2005a, p.475), acarretando, invariavelmente, a extinção da opção pela distribuição no ramo econômico-empresarial.

Sobre o risco de mercado, ressalta:

[...] os contratos, ao projetarem efeitos para o futuro, implicam certo “congelamento” de interesses. As partes, no momento da vinculação, acomodam suas pretensões, calculando os desdobramentos futuros das obrigações assumidas. Esse cálculo, obviamente, leva em conta vários cenários fáticos, desdobramentos vindouros e razoáveis do contexto existente quando da contratação. Enfim, todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu “risco típico”; o risco é inerente (=caracteriza) à atividade empresarial. Ao contratar, as partes estão obrigadas a considerar esse risco, sob pena de serem impelidas ao prejuízo.

Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal de coisas: a parte que desconsidera o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado. O agente econômico que despreza o risco, “errando” a sua jogada ou previsão, sofre perdas econômicas. Igualmente, a parte pode frustrar-se porque o cenário futuro que concebeu no momento da contratação não se verificou. Tudo isso faz parte da dinâmica de mercado.(grifos removidos). (FORGIONI, 2005a, p. 476).

A autora afirma, portanto, baseando-se na citação acima, que a determinação do “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” realizados pelo distribuidor, durante o qual os efeitos da denúncia feita pelo fornecedor ficarão suspensos, sem alterar a execução do contrato⁵⁴, devem ser considerados os *resultados* da atividade econômica desenvolvida pelo distribuidor em razão do contrato de distribuição. Isso porque o objetivo da concessão do *prazo razoável*, consoante previsão legal, objetiva “garantir ao revendedor, pura e simplesmente, o retorno integral do numerário investido, mas sim de evitar que a denúncia imotivada do fornecedor cause-lhe prejuízos não relacionados à álea normal do negócio” (FORGIONI, 2005a, p. 476).

Por fim, afasta a argumentação de que o risco da denúncia imotivada seria assumido pelo distribuidor no momento da contratação, afirmando que o artigo 473 do Código Civil traz uma *garantia*, que funciona como proteção à rescisão abrupta do contrato por parte do fornecedor e que, portanto, trata esse risco como extraordinário, excluindo-o do âmbito dos riscos normais do negócio. Sustenta, inclusive que essa proteção concedida pelo Código Civil pode ser vista como um incentivo legal às vendas indiretas:

[...] o Código considera a denúncia abrupta como risco que ultrapassa a moldura típica do contrato e causa sacrifício econômico desnecessário, contrário à boa-fé. O poder de denúncia (inclusive quando previsto expressamente no texto contratual), se exercido nesses termos, contrastaria com a função econômica, jurídica e social que lhe é própria. Ao contrário do que sustentam alguns, a proteção concedida, desde que na justa medida, está longe de ser apenas questão de “equidade”: é benéfica para todos (não apenas para os distribuidores) porque a existência de garantias contra o abuso gera, em última instância, estímulo à distribuição indireta. Os agentes econômicos são atraídos para a atividade de revenda, na medida em que o ordenamento jurídico assegura-lhes que não serão prejudicados por comportamentos oportunistas de seus parceiros comerciais; deverão apenas suportar as áleas da sua atividade. (FORGIONI, 2005a, p. 477).

⁵⁴ Rubens Edmundo Requião (2001, p. 211) lembra, quanto ao prazo concedido de aviso prévio na denúncia do contrato de distribuição que “Durante seu transcurso, o contrato terá que ser cumprido pelas partes, sob pena de cometimento de falta grave”.

5.2 O DEVER DE INDENIZAR NO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Quanto aos efeitos da denúncia imotivada abusiva do contrato de distribuição, Humberto Theodoro Junior e Adriana Mandim Theodor de Mello ressaltam que “[...] a consequência ligada ao *rompimento abusivo* do contrato por prazo indeterminado será a responsabilização civil do contratante denunciante. Jamais a invalidade do ato de denúncia” (grifo nosso) (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 73).

Realmente, o Direito Civil não se compadece não só com a prática de atos contrários ao direito positivo (ilícito stricto sensu). Ao reverso, ainda que tenha o ato sido praticado no exercício de um direito reconhecido, há ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes. Com efeito, a "ilicitude" que rende ensejo à responsabilidade civil é de ser entendida de forma não tão restrita, transbordando do conceito de "ilegalidade", para atingir também a ausência de boa-fé e as ofensas aos bons costumes. (REsp 1112796 / PR. Recurso Especial 2007/0001795-0. Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento. 10/08/2010).

Ainda que abusiva a denúncia, a extinção operará efeitos, em respeito à liberdade de desvinculação das partes, principalmente em se tratando de um contrato pactuado sem determinação de prazo de duração. A consequência advinda da abusividade será a obrigação ao pagamento de valores a título de indenização, do fornecedor ao distribuidor.

Nessa hipótese é juridicamente inválido o pleito de manutenção do vínculo por via judicial. Não há de se falar de *validade* ou *invalidade* do ato de vontade do fornecedor que não mais pretende permanecer contratualmente vinculado ao distribuidor (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004).

Porque a vontade constitui o elemento cerne do suporte fático, somente os atos jurídicos (= atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos) passam pelo plano da validade. [...] Quanto ao ato ilícito *lato sensu*, [...] apesar de apenas se tratar de conduta, também seria um contra-senso considera-lo nulo, porque apenas beneficiaria o agente infrator. A invalidade é, na verdade, uma sanção, uma punição que visa a privar das vantagens que possa obter do ato jurídico aquele que o pratica contrariando as normas jurídicas. Ora, o ato ilícito traz consigo, já como efeito específico, uma penalidade, e, por isso, tê-lo como nulo implicaria negar a punição ao infrator, uma vez que, de ordinário, a invalidade acarreta a ineficácia do ato. [...] Por isso somente atos jurídicos lícitos passam pelo plano da validade, onde o direito faz a triagem entre os válidos e os não válidos (=inválidos). (grifos removidos). (MELLO, Marcos Bernardes de. *apud*THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 73)

Pode-se dizer, então, que a sanção para a extinção abusiva do contrato de distribuição é a criação, para o autor da extinção, de um dever de indenizar⁵⁵, nunca a invalidação dessa extinção.

Em resumo:

[...] havendo lesão injusta na denúncia do contrato de concessão mercantil, não há direito para qualquer das partes forçar o seu restabelecimento por meio de medida cautelar ou antecipatória. O que se admite é apenas o exercício da pretensão à competente indenização de perdas e danos, que a nenhum título justifica a antecipação de um efeito (a prorrogação do contrato) que nem mesmo a sentença final de mérito poderá proporcionar. (THEODORO JUNIOR; MELLO, 2004, p. 74)

Uma das pretensões indenizatórias do distribuidor, quando da denúncia do contrato de distribuição pelo fornecedor, é a relativa ao *fundo de comércio*. Alega-se que o arbítrio do fornecedor, ao resilir unilateralmente o contrato quando não mais lhe interessar manter o vínculo, é injusto com o distribuidor, que montou uma estrutura com o fim de executar adequadamente o contrato, promovendo a marca e escoando a produção do concedente, bem como criando e ampliando uma rede de clientes. Todos esses esforços não podem deixar de ser compensados quando da extinção do contrato de distribuição (REINALDO FILHO, 2001).

Esse direito a indenização pela perda do fundo de comércio foi reconhecido pelo STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.255.315 - SP (2011/0113496-4). No caso, a ministra-relatora reconhece o panorama fático no qual a fornecedora, ao resilir o contrato, apodera-se do fundo de comércio criado pela distribuidora.

⁵⁵ Sobre o surgimento desse dever de indenizar, Demócrito Ramos Reinaldo Filho: “De fato, a indeterminação temporal da vigência do contrato funciona como causa para que o distribuidor passe a estruturar-se no sentido de manter-se no ramo por longo período. Como já explicamos, no contrato por prazo certo ele tem como aferir se a margem de comercialização pode cobrir os gastos iniciais com a estrutura de comercialização. Em contrato dessa natureza, com vigência dentro de um prazo definido, o distribuidor pode avaliar se o resultado lucrativo da operação de revenda compensa o investimento inicial com a aquisição dos equipamentos necessários à implementação da infraestrutura de distribuição. Nessa situação, só faz o investimento estritamente necessário à implementação das atividades, sem expandi-lo a mais do que justifique a limitação do prazo de vigência, sob pena de sofrer prejuízos. Mas em contrato sem prazo de vigência pré-definido essa situação se altera, pois o distribuidor perde a noção do tamanho do investimento suficiente à lucratividade do negócio, já que não tem previsão de quando este pode vir a ser encerrado. Diante dessa indenização, geralmente é levado a investir na perspectiva de que a relação contratual se prolongue no tempo, sendo legítimo que assim atue, sobretudo quando a relação começa a dar sinais de durabilidade pela ultrapassagem dos primeiros anos de vigência do contrato. Envolvido nessas circunstâncias, não é justo que o distribuidor seja surpreendido com a ruptura abrupta do contrato, sem direito a qualquer tipo de indenização”. (REINALDO FILHO, 2001, p. 478).

Primeiramente a decisão reconhece não apenas o grande volume monetário investido na execução do contrato, mas também que, ao longo da vigência do mesmo, a distribuidora moldou seu negócio com o propósito de adaptar-se ao da sua contratante:

Esse acordo verbal tinha por objeto a comercialização de sulfato de sódio contaminado por cromo, produzido pela recorrente, sendo certo que, diante das características nocivas do produto, a recorrida foi obrigada a “desenvolver um knowhow próprio, com logística específica de armazenamento e transporte do material contaminado, tanto no Brasil quanto na Argentina” (fl. 1.898, e-STJ). Afirma, ainda, que a SOCIPAR “investiu vultosa quantia no negócio”, sendo que “o forte entrosamento entre ambas fez com que a autora se tornasse a única distribuidora da Bayer Argentina e a maior distribuidora da Bayer no Brasil” (fl. 1.899, e-STJ).

Em seguida, a ministra-relatora aponta que a denúncia do contrato pela contratante serviu para apoderar-se da atividade que estava sendo exercida pela sua distribuidora.

Prossegue consignando que, “após quatorze anos ininterruptos de negócios sólidos, constantes e crescentes, a ré simplesmente, sem explicações, rompeu a relação com a autora”. Nesse ponto, transcreve trecho da contestação, em que a BAYER alega ter a resilição derivado de uma “decisão mercadológica de sua casa matriz situada na Alemanha” de, “em nível mundial (...), concentrar suas atividades na área de cromo em somente duas unidades. A primeira localizada na vizinha Argentina, e a segunda localizada na África do Sul” (fl. 1.899, e-STJ). Nota contudo que, “meses após a transferência da linha de produção do Brasil para a Argentina, ao contrário do que fora acordado com a autora, a ré não se limitou a encerrar suas atividades produtivas, mas sim passou a realizar a importação e distribuição dos subprodutos da Bayer Argentina, revendendo-os diretamente à rede de clientes construída ao longo dos anos pela autora. Em paralelo, e por decisão da matriz, conforme expressamente confessado, a Bayer Argentina deixou de fornecer os produtos à autora” (fl. 1.901, e-STJ). Frisa, ademais, ter a BAYER proibido a venda do sulfato de sódio à empresa Klabin, salientando que “esse estratégia sufocou negocialmente a autora e a colocou numa camisa-de-força, já que de nada adiantaria a aquisição dos produtos se a ré ou suas aliadas impedissem a respectiva venda ao maior cliente existente no Brasil” (fl. 1.901, e-STJ). O Tribunal Estadual encerra sua minuciosa análise concluindo ter a BAYER “se apoderado de grande parte do fundo de comércio da recorrida”. Ou seja, surrupiou-lhe a clientela. Muito embora seja evidente o interesse [unilateral] da ré de tomar tal decisão (...), para a análise do pedido da autora basta o dado objetivo: a ré rompeu os antigos laços mantidos com a autora e numa 'jogada' empresarial tomou-lhe o mercado desenvolvido com muito esforço e investimento”. (fl. 1.901, e-STJ). Esse, portanto, é o panorama fático delineado pelo TJ/SP, a servir de base para o presente julgamento. (REsp 1255315 / SP. Recurso Especial 2011/0113496-4. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 13/09/2011. Data da Publicação/Fonte. DJe 27/09/2011). *(grifo nosso)*

A constatação de apoderamento do fundo de comércio da distribuidora pela fornecedora serve de base para que a ministra-relatora para a determinação do *quantum* indenizatório devido pela fornecedora à distribuidora. Vê-se:

[...] os prejuízos reclamados pela SOCIPAR decorrem da rescisão imotivada do contrato de distribuição, procedimento que, consoante concluiu o TJ/SP, se revelou um artifício utilizado pela BAYER para se apoderar da carteira de clientes construída pela SOCIPAR ao longo de quase 15 anos de parceria. Nesse aspecto, a leitura do acórdão recorrido deixa claro que o Tribunal Estadual fundamentou o dever de indenizar da BAYER no estratagema por ela arquitetado para assumir graciosamente a carteira de clientes da SOCIPAR, conduta desleal e abusiva violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual. (REsp 1255315 / SP. Recurso Especial 2011/0113496-4. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 13/09/2011. Data da Publicação/Fonte. DJe 27/09/2011). (grifo *nosso*)

Observe-se, também, aspectos do julgamento do Recurso Especial nº 1.112.796 - PR (2007/0001795-0). O ministro-relator, também nesse caso reconhece a perda do fundo de comércio pela distribuidora, quando da rescisão do contrato de distribuição.

[...] diante da cognição restrita no âmbito desta instância especial, mostra-se como premissa fática inafastável a ocorrência de "invasão de área" incentivada pela recorrente, bem como venda direta a outros distribuidores e comerciantes da região, nada obstante os contratos firmados pelas partes em litígio garantissem exclusividade na distribuição à autora [...]. (REsp 1112796 / PR. Recurso Especial 2007/0001795-0. Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento. 10/08/2010). (grifos *nosso*s).

Sobre o tema, manifestou-se o TJRS:

FUNDO DE COMÉRCIO. Estando comprovado que a demandante se organizou de modo a bem exercer a atividade de distribuição de produtos da vendedora, se adaptando a tal perfil na sua área de atuação, devem de ser indenizados os bens corpóreos e incorpóreos que integravam o estabelecimento comercial da distribuidora, cujo objetivo era possibilitar o desenvolvimento da atividade contratada. Considerando que na atividade de distribuição concorrem dois componentes distintos, a saber, o trabalho do distribuidor em captar a clientela e o interesse pela marca do produto distribuído, na aferição da parte incorpórea do fundo de comércio relativo à clientela, há que se avaliar a participação de um e outro dos interesses, estimando a participação do distribuidor em 1/3 do valor total estabelecido para este item do fundo empresarial, e o restante atribuído a participação pelo interesse na marca do produto. (Apelação Cível Nº 70019570597, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 02/07/2008) (grifos *nosso*s).

As demais pretensões indenizatórias, como lucros cessantes e danos morais, consoante a doutrina, decorrem da ausência de concessão de prazo razoável, impossibilitando que a distribuidora i) recupere, conforme o exposto, os valores que investiu para a execução do contrato e ii) reestruture o seu negócio para não ter prejuízos com a rescisão unilateral do contrato.

Exemplificativamente:

Já restou esclarecido que as demandadas, ao não notificarem previamente a autora acerca da rescisão⁵⁶ do contrato de distribuição lato sensu, malferiram os princípios da boa-fé e da lealdade contratual, praticando, com isso, ato ilícito, passível de responsabilidade civil [...]. Evidentemente que toda a atividade empresária possui riscos, os quais, em princípio, são assumidos de antemão pelo empreendedor. Entretanto, o rompimento abrupto do contrato de distribuição, com prazo indeterminado, excede aos riscos inerentes à atividade empresária, configurando abuso de direito e violando os princípios da boa-fé e da lealdade contratual. Aliás, é uníssona a doutrina em afirmar que, em se cuidando de contrato de distribuição *lato sensu*, por prazo indeterminado, é direito do distribuidor ver-se comunicado previamente, e com prazo razoável, da rescisão do pacto. Com essa conduta oportuniza-se ao distribuidor redirecionar suas atividades, seja passando a distribuir produtos de outro fornecedor, seja mediante a comercialização de outro produto, adaptando sua atividade empresarial. Agora, ao não fazê-lo, o fornecedor impõe prejuízo injustificado e ilícito ao distribuidor, que não tem a obrigação de arcar com tal despesa, devendo o fornecedor, corolário lógico, suportar com as consequências de sua conduta. (Apelação Cível Nº 70042146720, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 26/05/2011). (grifo nosso).

6. Lucros Cessantes: presente a necessidade de ressarcimento pelos lucros cessantes. Não se pode esquecer que, além de manter contrato de distribuição verbal com a empresa fabricante por cerca de dez anos, a distribuidora somente foi comunicada da rescisão unilateral do contrato, que vigorava por prazo indeterminado, no dia 09.09.1998, sendo imediatamente suspensas as vendas de bebidas. (Apelação Cível Nº 70025638628, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 17/09/2009) (grifos nossos).

7. Danos morais: pertinente a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por dano moral no caso concreto. Somente a paralisação das atividades, sem prévio aviso, já seria elemento capaz de provocar abalo no íntimo do administrador da empresa, representado pela insegurança financeira, bem como a preocupação com as necessidades administrativas daí advindas. Não obstante aos efeitos negativos resultados somam-se a isso os demais reflexos nascidos do abrupto encerramento do contrato, apresentados em efeito cascata, por óbvio, em momento inoportuno: demissões de inúmeros funcionários da empresa, pagamento de encargos decorrentes da quebra de contratos, perspectiva de mercado abalada, readaptação de clientela entre outros. Tais circunstâncias, sozinhas, são capazes de gerar abalo psicológico, causando sofrimento e humilhação que, fugindo à normalidade do cotidiano, produzem desequilíbrio no bem estar, circunstância ensejadora do ressarcimento a título de danos morais, portanto. [...] (Apelação Cível Nº 70025638628, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 17/09/2009) (grifos nossos).

No mesmo sentido manifesta-se o TJRS, relacionando os danos indenizáveis à ausência de concessão prazo razoável na rescisão unilateral imotivada do contrato de distribuição:

⁵⁶ Entende-se tratar, no caso, de *resilição* do contrato de distribuição, sendo a expressão *rescisão* erroneamente utilizada pelo relator.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AGRAVO RETIDO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. RESILIÇÃO UNILATERAL. AUSÊNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL PARA REORGANIZAÇÃO DAS ATIVIDADES. BOA-FÉ CONTRATUAL. [...] VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. O arcabouço probatório constante dos autos permite concluir que as partes firmaram um contrato de distribuição para a formação de uma clientela regular na região metropolitana de Porto Alegre com o intuito de aumentar a lucratividade e consolidar a marca do fabricante. A rescisão contratual de forma unilateral sem concessão de um prazo razoável, certamente surpreendeu a distribuidora, violando o princípio da boa-fé contratual, pois a extinção do negócio jurídico deveria ter sido previamente discutida com a demandante, concedendo-lhe um tempo razoável para que esta pudesse reorganizar as suas atividades antes de perder a condição de distribuidora dos produtos da vendedora, que desenvolvia por 21 anos. LUCROS CESSANTES. FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE LUCRO FUTURO. DEVER DE INDENIZAR. A rescisão contratual, de forma unilateral e inesperada, causou uma perda considerável dos ganhos que a distribuidora pretendia auferir com a revenda dos produtos da ré. Logo, inequívoca a frustração da expectativa de lucro da distribuidora em razão da quebra do contrato, gerando o dever de indenizar para a demandada. Os lucros cessantes devem ser apurados em liquidação de sentença por arbitramento, levando em conta o período de aviso prévio definido neste julgamento, descontado, por óbvio, o período que efetivamente a demandada concedeu. Para o cálculo dos lucros cessantes deverá ser considerada a média dos lucros líquidos mensais apurados no período de duração do último contrato de distribuição pactuado entre os litigantes. DANOS EMERGENTES. RESCISÕES DE CONTRATOS TRABALHISTAS. No que concerne às despesas efetuadas com acertos trabalhistas, entende-se que a ruptura contratual empreendida de forma abrupta certamente deu causa à dispensa de diversos empregados da distribuidora, haja vista que a demandante não teve condições de deslocar tais empregados para outra atividade. Assim, a ré deverá arcar com os custos decorrentes das demissões efetuadas pela autora. Precedente desta Corte. [...] (Apelação Cível Nº 70019570597, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 02/07/2008) (grifos nossos).

Muito embora a posição da doutrina, pode-se constatar, em algumas ocasiões, que os tribunais reconhecem o direito a pretensões indenizatórias pura e simplesmente pela rescisão do contrato pela fornecedora.

Observe-se, por exemplo, que a decisão a seguir não analisa a questão do aviso prévio, apenas relaciona, diretamente, o rompimento do contrato ao dever de indenizar pelos investimentos realizados.

Notícia o aresto ora hostilizado haver intenso relacionamento comercial entre as empresas litigantes, sendo a autora, "durante mais de vinte anos", distribuidora exclusiva da "Indústria de Bebidas Antártica Polar Ltda" na região geográfica indicada na inicial. A relação contratual existente entre as partes remonta ao ano de 1.984, perdurando até que a indústria de bebidas (atual AMBEV) promoveu a denúncia motivada do pacto, mediante notificação extrajudicial em 03.07.1998. Em relação aos elevados aportes financeiros realizados pela empresa autora para se adequar ao "Projeto Excelência 2.000", o ato judicial impugnado chegou a conclusão positiva acerca de sua existência, nos termos dos seguintes fundamentos: "Na hipótese em exame, as provas informam à saciedade os esforços financeiros da distribuidora no afã de bem desempenhar suas obrigações e atender às

expectativas da concedente, em especial a partir de 1.995, quando da implantação do multicitado programa de qualidade total denominado - "Projeto Excelência 2.000", em que se viu obrigada a padronizar os uniformes de seus funcionários, pintar seus caminhões, adquirir equipamentos, contratar e treinar mão-de-obra com padrão diferenciado de salários, e implantar sistema informatizado de controle de estoque". Finalmente, conclui o acórdão pela existência de nexo causal entre "o ato unilateral de rompimento do contrato e os prejuízos conseqüentes" suportados pela autora. (fl. 826). (REsp 1112796 / PR. Recurso Especial 2007/0001795-0. Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA. Data do Julgamento. 10/08/2010).

O mesmo ocorre na decisão abaixo:

[...] “na hipótese dos autos há de se enfatizar não só a perda da boa imagem da autora, como de sua clientela e o poder econômico da ré, mas especialmente o aspecto punitivo, já que pela aberta confissão da ré, tudo leva a crer que é política e estratégia do grupo econômico à qual pertence, esmagar quem quer que seja para conseguir seus objetivos, inclusive destruir, se for preciso, seus parceiros de longa data. Ela age sem ética e de má-fé no único intuito de obter lucro a qualquer preço. (REsp 1255315 / SP. Recurso Especial 2011/0113496-4. Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 13/09/2011. Data da Publicação/Fonte. DJe 27/09/2011). *(grifo nosso)*

6 CONCLUSÕES

Verificou-se, nesse trabalho, o surgimento da figura do distribuidor após as mudanças econômicas trazidas pela Revolução Industrial, principalmente no que tange ao grande volume de mercadorias que se passou a produzir. Fixada a importância jurídica do contrato de distribuição no meio econômico e empresarial, dada sua capacidade de organizar todo o processo de escoamento de mercadorias de um empresário até seu mercado consumidor, beneficiando reciprocamente fornecedor e distribuidor, passou-se a analisar pormenorizadamente essa figura contratual.

Viu-se que, a despeito da existência de lei especial regulamentando uma das espécies do gênero distribuição, constituindo, na opinião da doutrina, verdadeiro microsistema jurídico – a Lei Ferrari, aplicável à concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre –, seus dispositivos não podem ser analogicamente aplicados a casos não previstos no seu texto, como nas hipóteses de distribuição de bebidas, por exemplo, por determinação expressa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Verificou-se, em seguida, consoante apontamento doutrinário de Paula A. Forgioni, os fatores usualmente considerados por um empresário quando da necessidade de escolher entre o sistema de venda direta ou indireta de mercadorias, caracterizando essa última hipótese o surgimento de um contrato de distribuição, passo inicial para o surgimento de uma complexa rede de distribuição. Pode-se apontar que a principal vantagem da opção pela venda indireta é o contato mais direto com o consumidor final, possibilitando a aprimoramento e adequação da produção do fornecedor às exigências e preferências do mercado no qual ele está inserido ou pretende se inserir. Há, quando dessa opção pelo sistema de venda indireta por meio de um distribuidor, a transferência da propriedade da mercadoria. Cabe ao distribuidor adquirir a propriedade do bem para só então revende-lo. Esse é o grande traço distintivo da distribuição das demais espécies contratuais a ela semelhantes, como a agência e a comissão, por exemplo. Essa ideia de *revenda* do produto também afasta a legislação consumerista do regulamento do contrato firmado entre fornecedor e distribuidor.

Viu-se que o valor de venda do produto é determinado pelo distribuidor, e que a diferença desse valor para o montante que o distribuidor pagou ao fornecedor na sua aquisição constituirá o seu proveito econômico.

O contrato de distribuição, classificável como de trato sucessivo, em virtude das reiteradas operações de compra e venda mercantil, é entendido pela doutrina como um contrato de colaboração, podendo levar à formação de uma verdadeira rede organizada de distribuição, como acontece com os distribuidores de automóveis, por exemplo.

Quanto à tipicidade do contrato de distribuição, concluímos o mesmo ser *socialmente típico*, pois, embora a não aplicabilidade genérica da Lei Ferrari e a confusão dos artigos 710 a 721 do Código Civil com a figura da agência, verifica-se, no dia-a-dia empresarial, a adoção das mesmas (ou muito semelhantes) soluções para o escoamento da produção via distribuidor. Se observados diversos instrumentos contratuais de distribuição se verá que a prática do mercado econômico faz com que os mesmos tenham praticamente as mesmas previsões de direitos e obrigações recíprocos. Classificou-se, em seguida, o contrato de distribuição como sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual, não solene e de prestações sucessivas.

Relativamente à diferenciação entre o contrato de distribuição e o contrato de agência (e o contrato de representação comercial), o ponto principal é de que, na agência e na representação, o contratante busca alguém que, em virtude de suas características pessoais – como o fato de ser conhecido no mercado de determinada zona – o auxilie na inserção de seus produtos nesse mercado ainda desconhecido para o fornecedor/contratante. Quando da opção por um distribuidor, em detrimento de um agente, o fornecedor atenta mais à logística do escoamento da produção. Nesses casos, não importa se o produtor já está ou não inserido no mercado; o fator relevante para a escolha é que ele não consegue, por si só, abastecer os compradores, e atingir o comprador de forma adequada, conforme o desejado.

Pode-se dizer que a escolha entre um agente ou um distribuidor não dependerá unicamente de estratégias de mercado, mas também das características do produto que o fabricante pretende comercializar. Por essa razão são raros os casos de agenciamento de automóveis e bebidas, por exemplo, assim como os de distribuição de um produto novo, inexistente em um mercado em específico. Em resumo, o distribuidor se beneficia do mercado do fabricante, enquanto o agente auxilia esse último na construção de um mercado.

Por fim, em se tratando da rescisão unilateral imotivada dos contratos de distribuição, viu-se que trata-se de uma das formas de extinção dos contratos, especialmente no âmbito dos contratos de trato sucessivo pactuados por prazo indeterminado. É o meio próprio para extinguir esses últimos, pois, do contrário, perpetuaria sua execução no tempo na inexistência de acordo das partes quanto à sua extinção.

Embora na grande maioria das vezes o exercício de rescindir unilateralmente o contrato seja lícito, o fornecedor acaba cometendo abuso quanto ao prazo concedido para a sua eficácia. A ilicitude passa a gravitar em torno dos termos da ruptura, e não do exercício do direito de ruptura. Surge, então, nos termos dos artigos 473 e 720 do Código Civil, o dever de o fornecedor indenizar o distribuidor pela abusividade.

Conclui-se que essa abusividade surge quando o fornecedor denuncia o contrato de forma abrupta, assim considerada a rescisão na qual o prazo concedido para a extinção dos efeitos do contrato não é suficiente para: *i*) o redirecionamento dos negócios do distribuidor; e *ii*) para a recuperação dos investimentos feitos pelo distribuidor para a adequada execução do contrato.

Caracterizada a abusividade na rescisão unilateral, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm reconhecido, conforme viu-se nas decisões colacionadas, o direito à indenização da perda do fundo de comércio pelo distribuidor, que montou uma estrutura com o propósito de promover a marca e escoar a produção do fornecedor, conseqüentemente criando e ampliando a rede de compradores dos produtos, a qual passa a ser integralmente apropriada pelo fornecedor a partir da extinção do contrato, bem como lucros cessantes, danos emergentes e danos morais.

Constata-se, no entanto, que em algumas decisões essas pretensões indenizatórias são concedidas sem que tenha havido análise da razoabilidade do aviso prévio concedido, caracterizando verdadeiro exagero na prestação jurisdicional, ignorando a função da rescisão unilateral relativamente aos contratos de prestação sucessiva pactuados por prazo indeterminado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**, volIV, tomo II: da extinção do contrato. CoordenadorSálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ASSIS, Araken de.**Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Contratos Nominados**: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte. CoordenadoresMiguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça de. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.737, p. 97-111, mar, 1997.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de distribuição. Causa final dos contratos de trato sucessivo. Resilição unilateral e seu momento de eficácia. Interpretação contratual. Negócio *per relationem* e preço determinável. Conceito de “compra” de contrato e abuso de direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 826, p. 119-136, ago, 2004.
- FORGIONI, Paula A. **Contrato de Distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. _____. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FORGIONI, Paula Andréa .TullioAscarelli, a teoria geral do direito e os contratos de distribuição. **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. São Paulo, v. 02, p. 11-35, 2005.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paula de Crescenzo Marino; CoordenadorEdvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LILLA, Paulo Eduardo. O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo código civil. **Revista dos Tribunais**.São Paulo, v. 710, p. 229-247, dez, 1994.
- MARZORATI, Osvaldo J. **Sistemas de distribución comercial**: agencia, distribución, concesión, franchising. 3. Ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- REALE, Miguel. Concessão Comercial *in* **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Contrato de distribuição de bebidas: casos em que sua resilição enseja indenização e critérios para fixação dos valores. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 22, p. 486-477, 2001.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. O contrato de representação comercial e o novo código civil. O contrato de agência e distribuição. O poder de denunciar o contrato sem prazo determinado e o dever de indenizar os investimentos realizados pelo representante ou pelo agente. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba, n. 31, p. 206-221, 2001.

_____. **Nova regulamentação da representação comercial autônoma: o contrato de agência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Representação comercial e distribuição comercial: importância dos traços distintivos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 101, p. 114-118, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Concessão comercial de revenda de veículos automotores: resolução por culpa da concessionária. Questões processuais em torno da apelação e da coisa julgada (Parecer). **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 44, p. 120-170, nov, 2006.

_____; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista dos Tribunais**, v. 790, p. 11-44, ago, 2001.

_____; _____. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo código civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial: indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 825, p. 35-74, jul, 2004.

_____; _____. Responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial: apontamentos. **Revista Magister de Direito Empresarial**, n. 15, p. 54-97, jun/jul, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo Código Civil**, vol X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, voll: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis; introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. São Paulo: Malheiros, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.