



André Rodrigues Parente

O Encerramento do Contrato de Distribuição Comercial: aviso prévio e indenização de clientela. Contributos do Direito Português e Europeu para a compreensão do Direito Brasileiro.

Tese de doutoramento apresentada por André Rodrigues Parente para obtenção de grau de Doutor em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Tarso Domingues e com a coorientação da Professora Doutora e Livre Docente Paula Andrea Forgioni

PORTO

2022

DEDICATORIA

Dedico essa tese à minha esposa Ticiania e aos meus amados filhos André e Bernardo Parente, meu porto seguro, pelo amor incondicional e apoio irrestrito que sempre me ofertaram.

RESUMO

O contrato de distribuição comercial (concessão comercial), embora relativamente recente no formato atualmente aplicado, possui inquestionável importância econômica como método de distribuição e escoamento da produção do fabricante, como também em sua estratégia de promover os seus produtos em novos mercados e públicos consumidores. Através de uma relação estável e colaborativa, produtor e distribuidor se unem em um pacto contratual, com viés mutualístico, em que o distribuidor, em seu nome e por sua conta, é integrado na rede de distribuição do fabricante e, como tal recebe deste orientação e alguma intervenção, em tese, moderada, e assim, instrumentalizado através de compras para posterior revenda, atua no sentido de alargar o mercado consumidor do fabricante, em áreas não ou poucos exploradas, recebendo, nesse processo, lucro

por meio da revenda dos produtos que adquire. Dado o caráter colaborativo e duradouro dos pactos de distribuição, bem como os investimentos realizados, é vulgar a verificação de contratos com forte dependência econômica e, assim, com nítida assimetria entre os contratantes durante toda a vigência da relação pactuada; desde, muitas vezes, o momento pré-contratual, de negociação, à assinatura do contrato normalmente de adesão, até o seu desenlace. Cumpre analisar se, ao distribuidor comercial, assiste o direito a uma tutela, tal qual o agente, ao final do contrato, pesando, em tal abordagem, as similitudes e as diferenças fisiológicas entre os tipos contratuais. Especificamente, é de verificar, sob a ótica do presente trabalho, questões atinentes, fundamentalmente, ao pré-aviso decorrente da denúncia imotivada, bem como à aplicação da indenização de clientela, ao distribuidor, por extensão analógica do regime da agência. A abordagem focará no direito brasileiro, cuja temática da indenização de clientela ainda é muito pouco difundida, utilizando-se, contudo, como baliza de avaliação, a experiência normativa, doutrinária e jurisprudencial de Portugal quanto à *vexata quaestio*.

Palavras Chave: Distribuição Comercial. Dependência econômica. Denúncia. Aviso Prévio. Indenização de Clientela

ABSTRACT

The commercial distribution contract (commercial concession), although relatively recent in the format currently applied, has unquestionable economic importance as a method of distribution and product flow for the manufacturer, and in his strategy to promote his products in new markets and consumer audiences. Through a stable and collaborative relationship, producer and distributor are united in a contract, with a mutual bias, in which the distributor, in his name and on his behalf, is integrated in the manufacturer's distribution network and, as such, receives guidance and some intervention, in theory moderate, from the manufacturer. Thus, through purchases for subsequent resale, he acts to expand the manufacturer's consumer market in areas that are not or little explored, receiving, in this process, profit through the resale of the products he purchases. Given the collaborative and lasting nature of distribution agreements, as well as the investments made, it is possible to conclude contracts with strong economic dependence and, therefore, with clear asymmetry between the contracting parties during the entire period of the agreed relation; from the pre-contractual moment of negotiation, through the signature of the contract, until its termination. It is necessary to analyse whether a commercial distributor is entitled to the same protection as is an agent at the end of the contract, bearing in mind the similarities and differences between the types of contract. Specifically, it is important to verify, in the present work, the issues raised by the prior notice of termination without cause, as well as the applicability of the client indemnity for a distributor, by analogy with the agency system. The approach will focus on the Brazilian law, where the subject of customer indemnity is still very little discussed, using, however, as a benchmark for evaluation, the normative, doctrinal and jurisprudential experience of Portugal regarding the *vexata quaestio*.

Key words: Commercial Distribution. Economic dependence. Termination. Prior Notice. Client Compensation.

SUMÁRIO

Introdução	11
CAPITULO 1 Distribuição Comercial: Evolução Histórica, Conceitos Gerais, Características e distinção de figuras afins	19
1.1 Origem e Evolução Histórica	19
1.2 Da Dubiedade Terminológica	22
1.3 Conceituação	25
1.4 Características	28
1.5 Regime Jurídico	33
1.5.1 Contrato legalmente atípico	34
1.5.2 Contrato misto	36
1.5.3 Contrato quadro	38
1.5.4 Contrato de colaboração	39
1.6 Distinção face figuras semelhantes	42
1.6.1 Distribuição x Mandato	43
1.6.2 Distribuição x Fornecimento	44
1.6.3 Distribuição x Agência	45
1.6.4 Distribuição x Franquia	49
1.6.5 Distribuição x Contrato de Emprego	50
CAPITULO 2 Os Fundamentos Econômicos dos Contratos de Distribuição Comercial	52
2.1 Das Estruturas de Governança	54
2.2 Teoria dos Custos de Transação (TCT)	56
2.2.1 Custos de coordenação, motivação e custos idiossincráticos	59
2.3 Racionalidade Limitada	61
2.4 Oportunismo	63
2.4.1 <i>Hold Up</i>	65
2.4.2 <i>Free Riding</i>	66
2.5 Da aplicação temática à casuística dos contratos de distribuição	67
2.6 Da explicação econômica do sucesso da Distribuição Comercial	70

	CAPITULO 3 Dependência Econômica e Abuso de tal Condição nos Contratos de Distribuição Comercial	76
3.1	Dependência Econômica	76
3.1.1	Marcas de prestígio e fama	84
3.1.2	Poder de compra (buyer power)	86
3.1.3	Situação de Crise e dificuldade de abastecimento	88
3.1.4	Vínculos duradouros e exigência de investimentos específicos	89
3.2	Do Abuso de Direito: Exploração da Condição de Dependência Econômica e a necessária coibição	90
3.2.1	Do abuso de “direito”: conceito, história e incidência	90
3.2.2	Da aplicação casuística do abuso nos contratos de distribuição	92
3.3	Do combate ao abuso	96
3.3.1	O instituto dos contratos dentro do contexto histórico-econômico dos séculos XIX e XX	96
3.3.2	Autonomia de vontade	102
3.3.3	Função social do contrato	109
3.3.4	Força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda)	115
3.3.5	Boa-fé objetiva	118
3.4	Do sistema de proteção ao abuso no direito comparado	120
3.5	Das consequências do abuso	123
	CAPÍTULO 4 Denúncia contratual imotivada e pré-aviso mínimo	126
4.1	Denúncia contratual. Direito Potestativo. Exercício abusivo	126
4.1.1	Formas de encerramento contratual	126
4.2	Maiores considerações acerca da denúncia imotivada: Direito Potestativo. Pressupostos, Limitações e Consequências	133
4.3	Análise do art. 473 do Código Civil brasileiro. Resilição Contratual. Extensão compulsória do ajuste em caso de abuso.	143
4.4	Denúncia Contratual. Aviso prévio. Impactos do art. 473 do CCB. Prazo Estabilizador. Indenização por gastos de confiança	148
4.4.1	Legítima e fundada expectativa	155
4.4.2	Natureza e vulto dos investimentos	158

4.4.3	Indenização pelos gastos de confiança	159
4.4.4	Extensão compulsória do vínculo com base no art. 473 do CC brasileiro e Solução Alternativa em Perdas e Danos - Incompatibilidade	163
4.5	Extensão compulsória do vínculo: privilégios dos instrumentos com investimentos significativos ou incidências em situações de mero aviso prévio	168
4.6	Ausência de aviso prévio e previsão de cláusulas de não indenizar	171
4.7	Prazo do Aviso Prévio. Enquadramento legal, elementos e critérios	173
4.7.1	Aviso Prévio e seu contexto histórico	173
4.7.2	Enquadramento legal no Brasil	175
4.7.3	Aviso prévio nos Contratos de concessão comercial em Portugal	177
4.7.4	Elementos e critérios da definição do prazo do aviso	181
4.8	Posicionamento da jurisprudência brasileira sobre a temática do aviso prévio e prazo estabilizador	190
4.8.1	Sugestão de prazo	193
4.9	Ausência de aviso prévio nos Contratos de Distribuição Comercial	198
	CAPITULO 5 - Da Indenização de Clientela do agente comercial	202
5.1	Conceito da Indenização de Clientela. Evolução Histórica. Modelos alemão e francês	202
5.2	Da Indenização de Clientela no Brasil	210
5.3	Da Indenização de Clientela em Portugal	213
5.3.1	Características Gerais	213
5.3.2	Pressupostos Constitutivos	214
5.3.2.1	A angariação de novos clientes para a outra parte ou o aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente	214
5.3.2.2	Benefício considerável à outra parte, após o encerramento contratual, da atividade desenvolvida pelo agente	218
5.3.2.3	O agente deixar de receber retribuição por contratos angariados após a cessação da agência	219
5.3.3	Fatos Impeditivos à Atribuição de Indenização de Clientela	220

5.3.3.1	Extinção contratual por razões imputáveis ao agente	220
5.3.3.2	Cessão da Posição Contratual	221
5.4	O fenômeno da clientela e sua abordagem jurídica	222
5.5	Fundamentos da Indenização de Clientela	226
5.5.1	Enriquecimento sem causa do principal	227
5.5.2	Reparação de danos	232
5.5.3	Ativo comum (clientela)	234
5.5.4	Retribuição diferida	235
5.5.5	Teoria assistencial	236
5.5.6	Posição adotada	238
5.6	Do caráter imperativo da Indenização de Clientela	241
5.7	Da antecipação do pagamento da Indenização de Clientela no curso do contrato	248
	CAPITULO 6 Da aplicação do instituto da Indenização de Clientela ao Distribuidor Comercial	254
6.1	Da necessidade de tutela do Distribuidor Comercial	254
6.2	Da agência como paradigma legal ideal ao contrato de Distribuição Comercial – aplicação analógica	256
6.3	Da lei brasileira de Concessão Comercial e sua inaptidão para regular, por analogia, as demais relações de Distribuição Comercial	271
6.4	Da norma paradigma no Brasil	276
6.5	Da Indenização de Clientela do Distribuidor – abordagem no direito comparado	282
6.6	Da Indenização de Clientela do Distribuidor – aplicação no Brasil	295
6.7	Critérios para aplicação da Indenização de Clientela ao Distribuidor	303
6.8	Cálculo da Indenização de Clientela	311
6.9	Da conclusão. Resposta à problemática enfrentada	318
	Bibliografia	324

SIGLAS E ABREVIATURAS

- Ac : Acórdão
- Al(s): alínea
- Art(s): Artigo(s)
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
- CC: Código Civil
- CCB:Código Civil Brasileiro
- CEE – Comunidade Econômica Europeia
- Dec.-Lei – Decreto-lei
- GWB : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- HGB – Handelsgesetzbuch (Código Comercial alemão)
- LCA – Lei do Contrato de Agência
- n.– número
- NCPC: Novo Código de Processo Civil brasileiro
- op. cit. – obra citada
- p. – página
- pp – páginas
- proc – processo
- RESP: Recurso Especial
- ss. – seguintes

- STJ: Superior Tribunal de Justiça
- TCT: Teoria dos Custos de Transação
- TJRS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
- TJSP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- TJRJ: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- vol. – volume

Introdução

Os contratos de distribuição, embora relativamente recentes no mundo jurídico, e, ainda, via de regra, legalmente atípicos na maioria dos ordenamentos, possuem consagrada tipicidade social¹, sendo, de forma incontestada, figura fundamental para o processo de promoção do negócio do fabricante, escoamento da sua produção e, na mesma toada, para o desbravamento de novas áreas de exploração comercial, permitindo, através de complexidade e heterogeneidade² de suas operações fisiológicas³, o acesso de produtos a novos mercados consumidores.

Agindo sobre seu círculo de clientes⁴, o distribuidor assume, pelo contrato de distribuição, obrigações referentes à criação e/ou desenvolvimento de clientela sobre os produtos do fabricante, utilizando seus conhecimentos e prestígio local, associados à implantação de medidas e atividades promocionais, com cunho publicitário, com o fim de inserir o produto, ou mesmo desenvolvê-lo, em dado mercado⁵.

A distribuição comercial, por característica natural, é tipo contratual estável, encetando relações longevas. As partes contratuais, numa típica relação mutualista⁶, ao se doarem pela consecução dos seus objetivos contratuais, culminam por colaborar com o sucesso da parte contrária e, assim, por consequência, do pacto firmado.

¹ Para Maria Helena Brito “(...) tipicidade social 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.”. BRITO, Maria Helena - O Contrato de concessão comercial, p. 168.

² Que o caracteriza como contrato misto. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 45.

³ PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cassação do vínculo, p. 62.

⁴ Conforme será destacado ao longo da investigação, o distribuidor atua, comercialmente, sobre seu ciclo de clientela, o que, nesse particular, diferencia a distribuição da agência, na medida em que nesta, o agente atua para o principal, intermediando relações diretamente com o cliente do principal. Há, contudo, com pertinente sentido, quem defenda que a clientela não é integralmente do distribuidor (na verdade, o é apenas juridicamente), mas, na verdade (fática e economicamente), tanto do distribuidor quanto do principal. Muitas vezes, até, quando em voga marcas com notoriedade, mais do próprio fabricante do que do distribuidor. Vide, nesse sentido, Martinez Sanz, para quem: “Pese a que, jurídicamente, los clientes sean del concesionario – quien actúa em nombre e por cuenta propia -, resulta indiscuto que, factica y economicamente, también lo son del fabricante. Se estaria, em realidad, ante um dato em buena medida ambivalente o neutro (...)” MARTINEZ SANZ, Fernando – La indemnización por clientela em los contratos de agencia y concesión, p. 344.

⁵ VIEIRA, José Alberto - O contrato de concessão comercial, p. 125.

⁶ Cientes, contudo, que as partes de um contrato nunca possuem interesses integralmente convergentes. Naturalmente, em certa altura, embora o trabalho de uma parte, no caso da distribuição, colabore para o sucesso da outra, as partes contratantes possuem interesses antagônicos.

Se durante a vigência dos contratos de distribuição as tensões entre distribuidores e fornecedores permanecem mais atenuadas, seja pela necessidade de foco na atividade fim da distribuição, seja pelo fato de estar sendo remunerado pelo seu suor durante o caminhar do contrato, seja pelo próprio receio do distribuidor, via de regra, economicamente mais frágil⁷ em relação ao fornecedor, é, quando da sua finalização⁸ que se ganham relevo os principais pontos de conflito surgidos ao longo da vida contratual⁹.

Especialmente, nesse sentido, porque, para o distribuidor, quando do encerramento do vínculo decorre, muito das vezes, a considerar o volume de investimentos realizados e, eventualmente, a dificuldade de adequação de tais despesas em outros negócios, a sua quebra e, assim, a extinção da empresa do distribuidor e, com isso, de todos os esforços e energias que se voltaram ao desenvolvimento da atividade comercial.

Mais ainda A própria estabilidade dos pactos de distribuição e sua vigência por prazos normalmente bem longos retiram, com frequência, a mobilidade e a motivação do distribuidor, verdadeiramente “acostumado” àquela relação, suas características e até vícios, a buscar novas parcerias.

A natureza dos investimentos realizados pelo distribuidor, bem como sua baixa comutatividade, no sentido de poderem ser aproveitados em outras relações contratuais, motivam o distribuidor a, na medida do seu limite, manter vigente sua relação contratual e desencorajam, por sua parte, que promovam o encerramento dos pactos firmados.

E é exatamente quanto ao encerramento do vínculo da distribuição, ou, mais precisamente, do ato volitivo de denunciar o contrato – ou a sua falta - e das consequências que daí decorrem, num cotejo permanente entre a liberdade contratual das partes e, porque não, sua pontual limitação, em função da assimetria econômica e negocial das partes, que se pretende atentar as considerações, estudos e pesquisas desta tese de doutorado.

⁷ Na maioria das vezes, embora possa haver, em tese, dependência econômica ao contrário, ou seja, do fornecedor frente ao distribuidor.

⁸ Interessante, nesse diapasão, a lição de Bonini, para quem: “Tem-se, assim, a possibilidade de um conflito muito particular no momento da extinção do contrato de distribuição por ato do fornecedor, seja por causa de sua natureza de contrato de execução alongada no tempo, seja por causa de sua incompletude, com possibilidade de se exigir adaptações das partes no decorrer do tempo”. BONINI, Paulo Rogério – Extinção do contrato de distribuição: fundamentos da responsabilidade contratual, p. 149.

⁹ Nesse sentido, feliz a colocação de Vieira, para quem, sobre o contrato de concessão comercial: “(...) o ponto nevrálgico do contrato de concessão comercial: a extinção.” E destaca, mais à frente: “Na constância do contrato, o esforço despendido pelo concessionário no incremento da clientela beneficia-o também. (...) O pior vem depois, com a cessação da relação contratual.” VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 107.

Importante, desde logo, destacar que a perspectiva sob a qual será analisada a relação entre distribuidor e fornecedor será a estritamente privada, particular, fixada exclusivamente entre estes, sem se lançar sobre as questões externas, embora valiosas, envolvendo, por exemplo, os impactos do encerramento da distribuição comercial sobre o direito concorrencial¹⁰.

A ausência legislativa de uma norma que regule a distribuição comercial - via de regra-, se, por um lado, dificulta a atuação do respectivo intérprete, pela falta de uma escora na lei para a solução das situações postas¹¹, por outro potencializa as contribuições teóricas e jurisprudenciais, que, na medida do surgimento de problemas cotidianos, moldam a solução sob a ótica jurídica.

Numa outra perspectiva, outrossim, a ausência de um tipo normatizado em lei autoriza que as partes, dentro do enorme quadrante de autonomia de liberdade que possuem, desenhem e definam o contexto contratual que lhes melhor aprover, dentro da dinâmica da realidade econômica que estão inseridas, colaborando para rejuvenescer o sistema¹².

A falta de norma específica exige, ainda com maior frequência, o cotejamento prático casuístico da aplicação principiológica, especialmente, entre eles, do princípio da autonomia contratual, mesmo ciente da natural dependência econômica existente entre distribuidor e fabricante, capaz de afetar a justa definição do instrumento contratual, e o da boa-fé objetiva, princípio esse potente para infirmar cláusulas e previsões ajustadas que enfrem a solidariedade que deve reger a relação entre as partes de um contrato.

¹⁰Quando, nos dizeres de Forgioni “(...) o negócio é inserido no contexto do mercado e analisados os efeitos que ali produzirá (...)”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 21.

¹¹Nesse sentido, interessante a ótica apresentada por David, para quem: “(...) na verdade, sendo certo que mesmo no âmbito dos contratos típicos são frequentes as questões suscitadas em torno destas operações de interpretação e qualificação contratual e da respectiva subsunção jurídica, é sem dúvida no domínio da atipicidade que as mesmas colocam especiais dificuldades. Desde logo, porque, neste domínio, o intérprete não encontra para o efeito qualquer apoio na lei, seja através de uma descrição do acervo normativo que há de limitar a liberdade negocial das partes no negócio em apreço, seja através de uma descrição dos seus traços essenciais (*essentialia*). DAVID, Mariana Soares - A aplicação analógica do regime jurídico da cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial: tradição ou verdadeira analogia?, p. 890.” No mesmo sentido, vide Pinto, para quem: “Como antes se viu, tanto entre nós como na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, os negócios que sempre de suporte à distribuição integrada permanecem legalmente atípicos, pelo que faltam, em geral, regras que resolvam, de modo taxativo, o problema.”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de Distribuição, p. 691.

¹²Vide, nesse sentido, Lacerda Barata, para quem: “A possibilidade de as partes celebrarem contratos atípicos faculta-lhes, assim, sintonizarem-se com as renovadas necessidades práticas, antecipando-se, muitas vezes, nessa tarefa, ao legislador.”. BARATA, Carlos Lacerda – Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência, p. 9.

Ademais disso, à mingua de um regime normativo próprio, capaz de tutelar o direito dos distribuidores, verifica-se, no ordenamento jurídico brasileiro, hesitação, na contramão do desenvolvimento europeu sobre a matéria, na indicação do paradigma que irá regular a tutela do distribuidor, notadamente quanto à figura da Indenização da Clientela que angariou e, por conta do encerramento contratual, permanecerá unicamente com o fornecedor.

O objetivo, pois, nuclear, das investigações apresentadas nesta tese será apreciar, de forma crítica, postos os preceitos referentes à distribuição comercial, seu aspecto econômico e, mais ainda, questões envolvendo a dependência econômica e os princípios das relações contratuais, os paradigmas e fundamentos utilizados pela jurisprudência brasileira para tutelar o encerramento da relação contratual de distribuição. Especificamente, quanto ao aviso prévio decorrente da denúncia imotivada dos vínculos, e, ainda, quanto à indenização de clientela, pontos nucleares da abordagem que se pretende realizar nessa persecução investigativa.

Serão utilizados, durante o processo de investigação, a doutrina, a jurisprudência e as referências legislativas comparadas de outros países sobre o tema, especialmente as de Portugal. Contudo, registre-se desde já, que, na medida em que a questão, na grande maioria dos países europeus, já é mais disseminada, os olhos do presente estudo se focam na temática no Brasil, cujo desenvolvimento do tema julga-se ser mais embrionário.

O foco será, assim, no apontamento da realidade brasileira, para, a partir da experiência europeia e, mais principalmente, portuguesa, sugerir-se, humildemente, caminhos e soluções para as grandes angústias que envolvem a questão. Mais notadamente, para as aspirações do presente estudo, consonte suso anunciado, as discussões envolvendo a denúncia contratual e seu conseqüente aviso prévio, bem como a Indenização de Clientela do distribuidor comercial.

Com a denúncia do vínculo de distribuição comercial, a primeira discussão que normalmente emerge é se o aviso prévio previsto no contrato, quando por escrito, ou mesmo sua renúncia prévia, é soberano, ou se os princípios da boa-fé objetiva, da lealdade e solidariedade entre as partes exigem que, casuisticamente, seja avaliado, dependendo de diversos elementos, entre os quais o vulto dos investimentos realizados e a duração do negócio, o justo pré-aviso que deverá incidir na situação concreta.

A partir de estudos realizados, bem como tendo em conta critérios como a idade dos contratos de distribuição, além dos investimentos realizados pela parte, é objetivo deste estudo sugerir determinados prazos de aviso prévio, quando, eventualmente, os alinhados pelas partes não reflitam a realidade do contrato denunciado, colaborando, de algum modo, no sentido de uniformizar a jurisprudência nacional brasileira.

Noutros termos, será analisado se, pelo critério da ponderação e proporcionalidade, há um mínimo de duração imperativa aos contratos que, ainda que imposto, não infirme, mas a ela restrinja, a liberdade da parte de não permanecer vinculada a um contrato que não intente fazê-lo, tendo em vista a justa expectativa da contraparte, que, ao realizar investimentos, imaginou um lapso contratual que permitisse o retorno ou amortização de tais custos.

Comumente, os distribuidores reclamam indenização, ou medida acautelatória, alegando abuso de direito pela quebra abrupta do contrato. Respalhada por forte corrente doutrinária e jurisprudencial¹³, argumentam que a dispensa abrupta é abusiva, e, como tal, gera perdas e danos¹⁴.

Nem a jurisprudência brasileira, todavia, nem mesmo a doutrina, ainda convergiram na definição de como se determina a razoabilidade, ciente de tal dificuldade objetiva, fora do contexto casuístico da vida contratual, do tempo de pré-aviso.

O fundamento que lastreia a estipulação do justo prazo de pré-aviso é que referido aviso prévio deve permitir ao distribuidor a chance de se reorganizar, de reestruturar seu negócio, de buscar novos rumos, dando sobrevivência à sua atividade empresarial.

Faltam, ainda, critérios mais sólidos e claros para a definição do tempo de pré-aviso, objetivamente analisado, evitando soluções extremamente díspares para fatos similares¹⁵. Muitas vezes, o prazo definido ao pré-aviso, antes do início da vigência

¹³ Vide Agravo Regimental no Recurso Especial 1.224.400-PR, julgado pelo STJ brasileiro em 04.09.2012, de relatoria da Ministra Isabel Gallotti.

¹⁴ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 299-300.

¹⁵ Se Forgioni dá notícia que a jurisprudência brasileira parece estar se inclinando à adoção de um parâmetro de um mês de pré-aviso para cada ano de contrato, é ainda possível encontrar vários julgamentos com parametrização diversa. Nesse sentido, a Apelação Civil nº 2006.001.44800, Julgamento 21/11/2006, TJ/RJ, expressa que o aviso prévio de 90 (noventa) dias para a rescisão do contrato de distribuição stricto sensu trata-se de prazo razoável para contrato de 4 (quatro) anos de vigência. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 315.

contratual, não se afigura o mais justo para aplicação ao final do contrato, considerando as diversas situações, quais sejam investimentos, tempo de contrato, entre outros pontos, ocorridos durante sua vida do pacto, inimaginadas quando de sua estipulação.

Os fornecedores, por sua vez, defendem-se com a tese do exercício regular de um direito seu assegurado pelo sistema, ou, noutros termos, do direito potestativo de qualquer das partes pôr fim ao contrato, na medida em que “(...) a imposição de obrigações eternas ou vitalícias, sem fundamento na lei ou na vontade declarada, fere o senso de liberdade humano e se aproxima da noção de escravidão, tão repudiada pelo Direito e pela Justiça (...)”.¹⁶

Questão ainda mais complexa é a da aplicação da Indenização de Clientela no Brasil, especificamente para os distribuidores comerciais. Referido instituto, se de uso e conhecimento comum em Portugal e União Europeia, inclusive em virtude da Directiva 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986, embora, sem dúvidas, com divergências entre os países, é figura raramente tratada no Brasil. Inclusive o próprio *nomen juris* quase não é visto na doutrina brasileira e em arestos jurisprudenciais.

Sua extensão, por analogia, ao campo da distribuição comercial ainda é uma temática repleta de espinhos, contradições e, até, de preconceitos¹⁷. Como muito bem critica Martinez Sanz¹⁸, o que se percebe é a falta de um tratamento técnico e criterioso sobre a problemática da extensão analógica ao caso concreto, preferindo-se, ao revés, precipitar análises mais superficiais, paralelas ao núcleo do instituto, decidindo-se de acordo com concepções preformatadas e sem profundidade dogmática.

Ainda há, claramente, uma interferência dos demais tipos indenizatórios sobre a Indenização de Clientela. Não existe, como, em sua ontologia deveria existir, de forma plena,

¹⁶ MELLO, Adriana Theodoro de; THEODORO JUNIOR, Humberto – Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denuncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial, p. 20.

¹⁷ E esse preconceito, conforme valiosa contribuição de Larenz, citado por Martinez Sanz: “Entendida esta noción, aqui, em sentido negativo, como barreras al conocimiento que provienen del entorno social del que juzga, de su origen y formación.” MARTINEZ SANZ, Fernando – La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, p. 315.

¹⁸ Martinez Sanz, senão vejamos: “Puede afirmarse que la cuestión, sencillamente, no ha sido objeto de verdadero estudio, siendo fruto las opiniones vertidas, con demasiada frecuencia, más de las propias preconcepciones y deseos de los autores, que de um verdadeiro examen de si: a) cabe realmente aplicar el procedimiento de la analogia en este caso; b) si se cumplen los presupuestos dicho procedimiento de extensión de normas; c) cuál es la finalidad perseguida por el legislador, y d) cuál es la verdadeira naturaliza de la compensación por clientela y si tendría sentido em sede de concessión.” E arremata o autor espanhol: “Em buen número de casos se percibe que el discurso invierte el procedimiento lógico: em lugar de desembocar em una consecuencia producto de argumentos dogmáticos, se parte de la idea a la que se quiere llegar, y solo luego se suministran los argumentos necesarios para justificarla.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 309/316.

na jurisprudência brasileira, a independência e autonomia da indenização de clientela frente a qualquer outra.

Se novel e ainda esparsa a compreensão, pela doutrina e jurisprudência brasileira, ao instituto da Indenização de Clientela, menos sedimentada ainda é a definição do critério, normativo ou não, a balizar a quantificação de tal indenização¹⁹.

É nesse universo de disparidades que pretendo concentrar minhas investigações, visando, assim, colaborar, de algum modo, a se conferir maior maturidade jurídica a tão relevante questão.

Se a mira das nossas análises será o direito brasileiro, utilizaremos, como dito, o direito positivo europeu e, mais notadamente, do direito português, bem como sua doutrina e jurisprudência, como elementos de estudo balizador comparado.

Definidos o propósito e os nortes da investigação que empreenderemos, percorremos, durante a travessia investigativa, um sedutor e necessário estudo da própria caracterização da distribuição comercial, sua análise histórica, fisiológica e seu regime jurídico.

Importantíssimo será, ainda, o aprofundamento de temas relacionados às formas de extinção do vínculo contratual, além das constantes visitas que se farão necessárias ao direito civil para investigações relacionadas ao enriquecimento sem causa e à temática do dano.

A Indenização de Clientela merecerá, por óbvio, alguma atenção, especialmente no que tange à sua compreensão ontológica e seu regime jurídico, embora seja matéria já bastante debatida em toda a geografia europeia. Uma abordagem mais visceral do instituto mostra-se determinante para a avaliação acerca da possibilidade de sua extensão ao campo da distribuição comercial e, se sim, sob que e quais aspectos.

Esperamos, assim, de forma inovadora, após o palmilhar da trilha suso anunciada, poder contribuir, por nossas investigações e pesquisas, ainda que somando um pequeno grão de areia, especialmente a partir de uma análise comparada ao modelo português e europeu, com a estruturação do instituto da Indenização de Clientela e sua aplicação aos contratos de

¹⁹ FORGIONI, Paula Andrea – Op. Cit., p. 321-322

distribuição no Brasil, ciente das dificuldades e espinhos²⁰ que repousam sobre a *vexata quaestio*.

Sabe-se que, se de um lado, agência e distribuição comercial possuem escopo econômico similar, de colaborar na promoção dos negócios do fabricante e principal, por outro, possuem distinções fisiológicas que impõem sensatos questionamentos à possibilidade de extensão analógica de um regramento ao outro tipo contratual.

O distribuidor, como sabido, possui muito mais estrutura do que, em tese, o agente e atua por sua conta e em nome próprio, revendendo diretamente os produtos à sua própria clientela.

Referidas questões, embora confirmem interessantes temperos à análise do tema, não permitem, necessariamente, concluir-se que, por tais motivos, o distribuidor, especialmente ao término do contrato de distribuição, tal qual o agente, não necessite de tutela similar à garantida ao agente.

Nesse viés, a maturidade, quanto ao tema, do sistema jurídico, legal, doutrinário e jurisprudencial português, embora não imune a críticas, orientará²¹, como dito, uma análise comparada, permitindo olhares reflexivos e, porque não, inspirando o desenvolvimento da discussão no Brasil.

²⁰ Sobre o tema, acosto-me novamente na doutrina do espanhol Martínez Sanz, para quem: “Se há dicho, probablemente con razón, que la extensión analógica de la compensación por clientela es una de las cuestiones más polémicas y que mayor trascendencia económica encierra de todo el derecho de la distribución.” MARTINEZ SANZS – Op. Cit., p. 310.

²¹Sem contudo, perder de vista o encaminhamento dado ao tema em países como Alemanha, França, Itália e Espanha.

CAPITULO 1 Distribuição Comercial: Evolução histórica, conceitos gerais, características e distinção de figuras afins

1.1 Origem e evolução histórica

A despeito de datar do século XII²² a origem e base dos contratos colaborativos da distribuição comercial, foi, efetivamente, com a Revolução Industrial²³ e, em sua decorrência, com o crescimento maciço da produção, a qual ultrapassou a mera necessidade do auto-consumo, que passou-se a exigir²⁴ o desenvolvimento de formas e meios profissionais de fazer inserir estes produtos em novos mercados consumidores.

Principalmente, entre tais formas, a utilização mais frequente de intermediários, capazes de ultrapassar os muros e barreiras geográficas do fabricante e, assim, promover o escoamento de tal produção, criando novos mercados consumidores²⁵ e capilarizando o acesso novos bens e produtos.

Feliz, nesse sentido, a descrição de André Marie-Elizabeth, para quem a “distribuição é filha da abundância”²⁶.

De fato, foi com a necessidade de expansão dos acessos a novos mercados consumidores, bem como com a necessidade de incremento dos já existentes, diante do aumento de produção ocasionado pela Revolução Industrial, que se assistiu ao desenvolvimento da distribuição comercial, esta como canal mais organizado e efetivo de distribuição da produção do fabricante.

Contudo, de forma mais precisa, tem-se, de fato, que apenas a partir da segunda metade do século XX²⁷ a distribuição comercial passou a ser entendida no formato similar ao

²² Cfr. já tivemos oportunidade de destacar em nosso PARENTE, André Rodrigues – O contrato de Agência Brasileiro e a indenização de clientela: uma análise crítica, reflexiva e comparativa com o sistema português, pp.1-2.

²³ ANTUNES, José A. Engrácia – Op. Cit., p. 435.

²⁴ Para Pinto Monteiro “A produção orientada pela o auto-consumo ou canalizada através de um comerciante incipiente, exercido, via de regra, pelo próprio fabricante, deu lugar, a partir da revolução industrial, a uma produção excedentária, em série ou em massa, e fez avultar a necessidade de escoamento dos bens.” MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 37.

²⁵ MONTEIRO, António Pinto – Op. Cit, p. 44.

²⁶ In *Les Contrats de la Grande Distribution, 1, Litec, Paris, 1995, apud* ANTUNES, José A. Engrácia – Op.cit. p. 436.

atualmente verificado²⁸. Contratos de venda exclusiva e de fornecimento de cerveja²⁹, respectivamente na Itália e Alemanha³⁰, sinalizavam a chegada da distribuição comercial como instrumento contratual a regular tais situações.

Certamente, colaborou para a consolidação da distribuição comercial, o fato de ser realizada de forma terceirizada à atividade do fabricante, com valorização da especialização, do *outsourcing*³¹ e valendo-se do conhecimento cultural da região pelo distribuidor, que ainda empresta sua credibilidade e boa reputação local ao processo de desbravamento do novo mercado.

Sem precisar assumir os custos e riscos de explorar atividade periférica à sua principal, e, sem dúvidas, de algum modo, transferindo parte do seu risco negocial ao distribuidor, que prometia comprar volumes habituais de produtos, o fornecedor passou a confiar³² tal atividade à pessoa ou empresa focada no tema, estabelecida, via de regra, na própria região da distribuição, utilizando-se, fundamentalmente, de sua credibilidade na área, para, assim, criar um público consumidor dos produtos que fabricava.

²⁷ Mais precisamente, Melo menciona a Segunda Guerra Mundial como marco para a evolução desse tipo contratual, vejamos: “A origem dessa espécie contratual decorre da impotência do empresariado atuar diretamente no ampliado mercado consumidor após a Segunda Guerra Mundial. A produção em massa e a necessidade de pulverizar produtos propiciaram um campo fértil para a inventividade humana nas relações comerciais, culminando com o chamado contrato de concessão comercial, mais tarde rebatizado de contrato de distribuição.”. MELO, Claudineu de – Contrato de distribuição, p. 2. No mesmo sentido é o registro de Maria Helena Brito para quem: “O desenvolvimento da concessão comercial é um fenômeno relativamente recente, que corresponde ao interesse da empresa industrial em impor aos distribuidores a execução de sua política comercial.” BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 21.

²⁸ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 51.

²⁹ MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 108.

³⁰ Para Azevedo “Os contratos de concessão comercial têm proveniência, segundo pesquisas efetuadas por CHULIÁ VICENT e BELTRÁN ALANDETE, na Alemanha, com a venda e distribuição de cervejas, consistindo a relação contratual na venda do fabricante das mesmas a um distribuidor e, deste a um revendedor, que vende ao consumidor final. Nos Estados Unidos estes contratos tiveram o seu apogeu nos anos vinte, com o setor dos concessionários de automóveis. Com efeito, o comércio dos automóveis constituía uma indústria em grande expansão, com a produção em massa a funcionar na sua plenitude.”. AZEVEDO, Carlos Leandro de Oliveira – O contrato de concessão comercial a cessação e a indenização de clientela.

³¹ Nesse aspecto, interessante o entendimento de Azevedo, para quem “Considerando que este tipo de contratação está cada vez mais divulgada, permite concluir que os grandes produtores já destrincharam que as vantagens do contrato de concessão comercial, são muito superiores aos obstáculos que dele resultam, e além disso, permite-lhes facilidades na gestão dos negócios de maior dimensão.” AZEVEDO, Carlos Leandro de Oliveira – O contrato de concessão comercial a cessação e a indenização de clientela.

³² Confiar e, de certo modo, colaborar com o distribuidor, orientando sua atuação. A inclusão do distribuidor na rede de distribuição do fabricante autoriza e, porque não, até exige, uma colaboração das partes, a bem do resultado comum favorável. O excesso, contudo, é nefasto e não harmoniza com a autonomia e com a independência do distribuidor que, assumindo os riscos do seu negócio, opta por atuar em uma relação estável, habitual e de colaboração ao fabricante.

O fornecedor passou, cada vez mais, a compreender e aceitar sua parcial incompetência, ou mesmo a desnecessidade de dispêndio de tais esforços e custos para atingir áreas que o faria, de forma mais efetiva, e, talvez, menos custosa, recorrendo à figura de terceiros, autônomos e especialistas nisso³³.

Se ainda possível realizar a distribuição direta³⁴, internalizada, nas proximidades de sua sede, de sua região fabril, mais fácil seria utilizar-se da distribuição indireta, por meio do apoio de distribuidores, para regiões mais distantes. Até porque, com a globalização das atividades comerciais, o sucesso da distribuição passou a exigir o conhecimento cada vez maior de cada região e do respectivo segmento comercial objeto da atividade do fornecedor³⁵.

Importa ainda destacar que, firmada e estabelecida sua proeminência³⁶ e seu protagonismo no desenvolver da atividade comercial, a distribuição comercial continua em constante evolução e, nos tempos atuais, questões como a distribuição seletiva e a distribuição autorizada, entre outras várias, mostram essa atualização do tipo contratual.

Socialmente típica, a via da distribuição comercial é cada vez mais utilizada com o fim de instrumentalizar, através de contratos bilaterais, relações colaborativas e duradouras, mutualistas, envolvendo, fundamentalmente, a atração de clientela aos produtos que comercializa, o que o faz por meio de compra para posterior revenda.

Se inquestionavelmente típica em sua perspectiva social, no ponto de vista legal a distribuição permanece atípica na grande maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais³⁷.

³³ Sobre o tema, Pinto Monteiro arremata que “Cada vez mais se tornou indispensável a intervenção de especialistas: estes não só se concentram na atividade da distribuição, desenvolvendo-a e aperfeiçoando-a, como libertam dessa preocupação o produtor, autonomatizando-a.”. MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 37.

³⁴ Marzorati ao tratar da distribuição direta, explica que “(...) nada hay de ilícito en que el panadero distribuya por sí mismo el pan que amassa”. MARZORATI, Osvaldo J. – Sistemas de distribución comercial, p.116

³⁵ Nesse sentido, vide DAVID, Mariana Soares – Op. Cit., p. 885-908.

³⁶ Nesse sentido, destaque-se o arremate de Berti, quando afirma que “l’analisi econômica (egiuridica) há evidenziato una tendenza oposta ala politica di integrazione verticale, sussistendo diversi motivi, lalora congiunturali, chi hanno sinpo imprese di grandi e media dimensione a dare corso ad una attività di decentramento, ivvero di ‘diverticalizzazione’(...) della poepeia attività, verso altre imprese (spesso di dimensione minori) relativamente a quelle fasi della produzione ritenute non piú convenienti ad uma gestione da compiersi all’interno dell’azienda.”. BERTI, Carlos – Subcontrato, subfornitura e decentramento produtivo tra imprese, p. 57.

³⁷ Exceção feita aos regimes jurídicos da Bélgica (lei de 27 de Julho de 1961, alterada por lei de 13 de Abril de 1971), do Brasil – especificamente para concessionários de veículos - (lei n. 6729, de 28 de Novembro de 1979), e Macau (Código Comercial, art. 657º – 678º).

O sucesso da distribuição comercial, indubitável na organização econômica mundial, não é a ponto de afastar a existência de gargalos e desafios próprios da relação entre fabricante e distribuidor. Até por suas características fisiológicas, os pactos envolvidos numa relação contratual distributiva têm viés e aptidão para a dependência econômica de uma parte a outra do contrato.

E dependência econômica, apesar de não passar de uma mera característica de relação entre as partes, sem revelar, por si, qualquer irregularidade e vício, é ambiente fertilíssimo à verificação do abuso; esse sim, proibido e objeto de combate.

A distribuição comercial moderna convive com nós górdios, entre os quais, dentre outros, destacam-se a avaliação do grau de autonomia das partes contratantes, inclusive para os fins de renúncia antecipada de direitos indenizatórios e, ainda, a questão da possibilidade de extensão analógica dos regramentos da agência, especialmente os que aduzem ao encerramento do pacto contratual, para o ambiente da distribuição comercial.

O desafio da distribuição comercial é o de continuar protagonizando sua eficiência no cotidiano econômico do mundo, e, ao mesmo tempo, buscar e encontrar soluções aos seus gargalos, com base na equidade e boa-fé contratual, sem, contudo, fugir da sua essência, do seu tipo, e nem rumar em sentido contrário ao seu desenvolvimento.

1.2 Da dubiedade terminológica

Importante, ainda no lançar das bases da presente investigação, expor a diferença terminológica sobre o contrato de distribuição no Brasil e em Portugal, uma vez que, em relação aos seus *nomen juris*, tais países qualificam de forma diferente alguns tipos contratuais.

No âmbito português, além de em diversos outros países, notadamente da Europa, a distribuição comercial é compreendida como gênero³⁸, como categoria da qual são espécies,

³⁸Pinto Monteiro destaca, sobre o tema, que “(...) os contratos de distribuição comercial, pese embora o fim, de que compartilham, se mostre susceptível de ser prosseguido por meios diferentes, mas comungando de um

fundamentalmente^{39,40}, a agência, a franquia e a concessão comercial, as quais, embora com individualidades próprias, que lhes dão sentido e singularidade, relacionam-se à atividade fim, colaborativa, de difundir, escoar e promover os produtos e serviços da sua contraparte em determinado mercado geográfico e consumidor.

Sobre o tema, inclusive, Martinez Sanz qualifica a Distribuição Comercial como uma categoria de direito com substantividade própria, mais ampla que o mero contrato de distribuição comercial. Para o autor, a categoria de Contratos de Distribuição Comercial, a quem chama de Direito da Intermediação Distributiva⁴¹, seria “(...) aquel conjunto de relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con l productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquél y los consumidores (...)”⁴².

A doutora, e livre docente, Forgioni⁴³, no mesmo sentido, aponta a diferença entre as expressões contratos da distribuição e contrato de distribuição. Destaca que:

A primeira, como anota a doutrina italiana, identifica determinada categoria de contratos cuja função econômica é aquela de ‘organizzare e curare lo smercio dei prodotti di um fabricante in um dado territorio’ (...) Por sua vez, contrato de distribuição, (...), coincide com a concessão comercial sendo, portanto, um dos contratos da distribuição.⁴⁴

conjunto essencial de notas comuns que permitem enquadrá-los numa mesma categoria.”. MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 27.

³⁹Para Pinto Monteiro, além dos habituais contratos de franquia, agência e concessão comercial, enquadram-se na categoria de contrato de distribuição os contratos de mediação e comissão. MONTEIRO, António Pinto – Op. Cit., p. 27.

⁴⁰CUNHA, Carolina – O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho.

⁴¹MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 35.

⁴²MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 28-29.

⁴³FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 35.

⁴⁴No mesmo sentido, vide Borges, para quem: “É assim que se fala na existência de um gênero contratual denominado ‘contratos da distribuição’, no bojo do qual estão inseridos (i) a comissão, (ii) a agência, (iii) a concessão comercial e (iv) o *franchising*. Todos se enquadram no gênero dos contratos da distribuição. Cada um deles apresenta suas peculiaridades, implicando posições jurídicas diferentes, no recorte das vinculações contratuais, para cada uma das partes, sendo certo que a escolha de um deles não é indiferente do ponto de vista econômico.”. BORGES, Ronaldo Souza – Da aplicabilidade da indenização de clientela no contrato de concessão comercial: a compensação do concessionário pela angariação de clientela

Embora valiosa a relação com o consumidor, objeto de estudo específico, é na intermediação, nas relações com o produtor, que se centra o direito da distribuição⁴⁵. A distribuição comercial que ora se cogita é aquela objeto da relação entre o fabricante e o empresário com quem comercialmente se relaciona, a título colaborativo. O acesso do produto ao consumidor final é palco de outra ambiência jurídica, de extrema importância, necessária tutela e murada por princípios próprios.

No Brasil, por sua vez, o uso do contrato de distribuição é usualmente utilizado como espécie, inclusive dissociada da figura da concessão comercial. Esta, na legislação brasileira, é espécie de contrato comercial específico para veículos automotores terrestres, objeto, inclusive, de lei própria – Lei Renato Ferrari, n. 6729/79. A distribuição comercial seria, por exclusão, a concessão para todos os demais bens e produtos que não veículos automotivos terrestres⁴⁶.

Escapa do tradicional conceito de distribuição comercial, no Brasil, a franquia e a agência, institutos, ao contrário do contrato de distribuição, legalmente típicos, e objeto, respectivamente, de regulação pelas Leis 8.955/94 e 4.886/65.

A análise da presente tese será exclusivamente voltada ao contrato de distribuição comercial como espécie, sem considerar os tipos da agência e da franquia, apenas, em bem verdade, paralelamente e na indicação de paradigma.

Não abordaremos – senão num ou outro ponto de contato ou justificando a própria falta de contato -, outrossim, a distribuição de veículos automotores, a tal concessão comercial brasileira, que por sua individualidade e singularidade, possuem normas e regras próprias, inaplicáveis às demais modalidades de distribuição comercial

⁴⁵ Destaca o notável professor português, Monteiro: “(...) a actividade desenvolvida a montante, de intermediação, instrumental e preparatória daquela transmissão (...)”. MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 35. No mesmo sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Op. Cit., p. 43. No mesmo sentido é a doutrina de Antunes, para quem os: “(...) contratos de distribuição comercial, que têm por objectivo fundamental regular as relações entre os produtores e distribuidores em sentido amplo.”. ANTUNES, José Engrácia – Op. Cit., p. 435.

⁴⁶ Sobre o tema, valiosa a doutora de Forgioni, para quem “A Lei 6.729/1979 esclarece que a distribuição de veículos automotores efetivar-se-á por meio de concessão comercial entre produtores e distribuidores. Talvez, por essa razão, a praxe comercial refira como contratos de concessão aqueles sobre a égide do citado diploma legal, guardando a expressão contratos de distribuição para abarcar os que tratam de outros produtos.” FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 39.

1.3 Conceituação

É sabido que a razão de ser do contrato de distribuição, sua função ontológica, é permitir, viabilizar, fora da estrutura internalizada do fabricante, mas a ela integrada, a promoção dos produtos e marcas do fabricante, a exploração e a conquista de novos mercados; a angariação de nova clientela, fora dos limites geográficos do produtor, através da ajuda, apoio e prestígio do distribuidor, que, para tal, utiliza, como instrumento típico para o cumprimento dos seus objetivos contratuais, a compra para revenda dos produtos da sua contraparte, o fabricante.

A distribuição comercial permite que, sem arcar, diretamente, com os custos e riscos de uma operação internalizada, o fabricante descentralize a atividade de distribuição de sua produção, assim como garanta o desenvolvimento de canais de venda e exploração de novos mercados, mantendo, contudo, através do contrato firmado com o distribuidor, uma integração que lhe garante alguma orientação, instrução e controle de tal atividade.

Essa, como espécime contratual, lança seu olhar à relação fornecedor⁴⁷ e distribuidor, e não entre esses e o consumidor final, como dito alhures, que, por seu valor e importância, é objeto de trato específico pela legislação consumerista⁴⁸.

Através de uma relação habitual, profissional, colaborativa e essencialmente duradoura⁴⁹, assumindo algumas obrigações, o distribuidor adquire produtos do fornecedor para revendê-los, autonomamente, com busca e finalidade lucrativas, através de sua estrutura, equipe e gestão próprias, nas áreas definidas contratualmente.

Estimulando o seu círculo próprio (pelo menos juridicamente seu) de clientes⁵⁰, o concessionário fomenta o número de compradores e o volume de compra de produtos do

⁴⁷Nesse contexto, as figuras do fornecedor ou do produtor, como bem destacado por Paola, compreendem “(...) o titular de bens imateriais (marcas, patentes, *know-how*) que, conquanto não os utilize diretamente, licencia o seu uso a terceiros, de forma que estes, como veremos, não apenas comercializem, mas também produzam o bem a ser comercializado, ou, no caso de serviços, sejam os responsáveis diretos pela sua prestação.”. PAOLA, Leonardo Sperb – Contratos de Distribuição: vida e morte da relação contratual, p. 15.

⁴⁸ MONTEIRO, António Pinto – Op. Cit., p. 35.

⁴⁹ O que caracteriza tal tipo contratual como contrato relacional.

⁵⁰ Vide, sobre o tema, quanto à clientela, nota de rodapé indicada na introdução, bem como tópico específico do Capítulo 5 desse trabalho.

concedente, atuando, assim, seja na criação, seja na promoção e no desenvolvimento do mercado e da clientela daquele, em sua área de atuação⁵¹.

Integrado à rede de distribuidores do fabricante, o distribuidor aceita que o fabricante oriente sua atividade de distribuição, intervindo, de uma forma admissível, em sua operação, ao exigir o cumprimento de obrigações e a satisfação de exigências, uma vez que aquela integração, se realizada com a devida boa-fé e dentro nos estritos limites que a ela se impõe, tende a trazer resultados econômicos favoráveis ao mesmo.

A ausência de regra, de tipificações legais acerca da distribuição comercial, o que não lhe retira sua tipicidade social⁵², entrega, como dito alhures, a cargo da doutrina e jurisprudência^{53,54}, o espinho de definir e conceituar o que seria o contrato de distribuição comercial.

Nesse sentido, para os fins dessa investigação, valho-me da definição⁵⁵ da Professora Doutora e Livre Docente Paula A. Forgioni, para quem o contrato de distribuição é

⁵¹ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 125.

⁵² Conforme Monteiro, para quem: “O contrato de distribuição comercial não beneficia de um regime jurídico próprio. É, nessa medida, um contrato legalmente atípico, pese embora a tipicidade social de que goza.” No mesmo sentido, vide Mello e Theodoro Júnior. MONTEIRO, António Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 49. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – 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, pp. 41/42.

⁵³ Nesse sentido, destaco a definição trazida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão 2287/06.6 TBPMS.CI, com relatoria de Arlindo Oliveira, julgado em 18.02/2014. Nos termos do julgamento unânime, a *“O contrato de concessão comercial é aquele em que o concessionário, actuando em seu nome e por conta própria, compra ao fabricante ou ao fornecedor mercadorias para revender a terceiros, assumindo os riscos da comercialização, comprometendo-se a satisfazer certas obrigações (como adquirir uma quota mínima de bens e prestar assistência pós-venda aos clientes) e a observar determinadas regras, que visam definir e executar a política comercial e que corporizam a integração do concessionário na rede ou cadeia de distribuição do concedente, beneficiando do monopólio da venda de tais bens. Trata-se de um contrato atípico misto (...)”*.

⁵⁴ No mesmo sentido, vide Acórdão do STJ Português, julgado em 20/6/2013 (proc. 178/07.2TVPR.T.P1.S1, Rel. Serra Baptista): “O contrato de concessão comercial, contrato consensual (art. 219.o do CC) e assim assente na autonomia privada, oneroso, atípico e inominado, modalidade dos contratos de cooperação comercial, mormente na vertente de contratos de distribuição, pode ser entendido como um contrato-quadro, que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa, por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações — mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes — sujeitando-se, ainda, a um certo controlo e fiscalização do concedente. / Sendo, pois, os seguintes os traços caracterizadores de tal contrato: (i) estabilidade do vínculo; (ii) dever de venda dos produtos a cargo do concedente; (iii) dever de aquisição impendente sobre o concessionário; (iv) dever de revenda; (v) actuação do concessionário, em nome e por conta própria; (vi) autonomia; (vii) exclusividade; (viii) zona de actuação”.

⁵⁵No mesmo sentido, Monteiro, define o contrato de distribuição como: *“(...) contrato-quadro que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando*

(...) contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração e de caráter estável, que acarreta um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens e serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que esse os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.⁵⁶

Em sentido similar, o Supremo Tribunal de Justiça português, por ocasião do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n. 06/2019, de 4 de novembro, enfrentou temática relativa à concessão comercial e, no bojo do julgado, definiu o referido tipo contratual:

A concessão comercial constitui um método de organização das relações entre produtor e distribuidor, a par duma técnica de distribuição de produtos no mercado. A operação económica que subjaz a este contrato, intermediando a produção e o consumo, visa precisamente a comercialização de um produto ou gama de produtos. (...) este contrato se apresenta como um contrato juridicamente inominado que, em traços gerais, se pode descrever como aquele pelo qual um empresário - o concedente - se obriga a vender a outro - o concessionário - ficando este último, em contrapartida, obrigado a comprar ao primeiro, certos produtos para revenda, em nome e por conta própria, bem como a observar determinados

certas obrigações — mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes — e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente (...)” e que funda “(...) *uma relação de colaboração estável, duradoura, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente estabelecidos, os bens que este se obrigou a distribuir.*” Martinez Sanz, por sua vez, enfatiza, sobre a distribuição comercial, que: “(...) la concesión non se agota en una simple relación de cambio (...). Antes, ao contrario, ese elemento – certamente existente – perde protagonismo en beneficio de datos como la integración del concesionario en la red del concedente, la función económica de distribución, el dato de la colaboración entre as partes, o la representación económica de los intereses del concedente por el distribuidor.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 39-40. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 321.

⁵⁶ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 81-82.

deveres emergentes da sua integração na rede de distribuição do concedente, tendo por finalidade criar e disciplinar uma relação jurídica de colaboração estável e duradoura entre as partes, cuja execução se traduz na celebração futura entre as partes, de sucessivos contratos de compra e venda.

1.4 Características

Os contratos de distribuição são dotados de características essenciais que os distinguem de outros tipos contratuais, conferindo-lhe traços próprios e singulares. São elas^{57,58}, fundamentalmente:

a) Atividade habitual, exercida de forma não eventual. A distribuição exige a constância na relação; uma habitualidade na atividade de compra e venda. A ausência de perenidade e constância na relação entre fabricante e distribuidor desnatura a distribuição comercial, equiparando-a à mera compra e venda mercantil. O tempo faz parte, na distribuição, da própria função do contrato; de sua causa⁵⁹. De fato, nos contratos duradouros,

⁵⁷ ANTUNES, José A. Engrácia – Op. Cit., p. 448-449.

⁵⁸ O Supremo Tribunal de Justiça português (processo 391/06.0TBBNV.E1.S1-A, j. em 19/09/2019, pela 1ª Secção, com relatoria de Fernando Samões), acerca do tema, apresentou os seguintes elementos caracterizadores da concessão comercial: “(...) o contrato de concessão comercial tem como elementos caracterizadores: o carácter duradouro; a actuação autónoma do concessionário, em nome próprio e por conta própria, assim se transferindo o risco de comercialização do produtor para o distribuidor; o objecto mediato é constituído por bens produzidos ou distribuídos pelo concedente; a obrigação do concedente celebrar, no futuro, sucessivos contratos de venda (dever de venda dos produtos a cargo do concedente); a obrigação do concessionário de celebrar - no futuro - sucessivos contratos de compra (dever de aquisição impendente sobre o concessionário); o dever de revenda por parte do concessionário dos produtos que constituem o objecto do contrato, não sendo necessária a delimitação de uma zona geográfica ou humana a que o mesmo se refere; a obrigação do concessionário orientar a sua actividade empresarial em função das finalidades do contrato e do concedente fornecer ao concessionário os meios necessários ao exercício da sua actividade - obrigação de promoção; a exclusividade (na maioria dos casos)”. Em sentido idêntico, vide o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n. 06/2019, de 4 de novembro, do mesmo STJ português.

⁵⁹ Nesse sentido, vide Azevedo, para quem: “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 *essentialia negotii*. O tempo faz parte, nesses contratos, de sua causa final, ou de sua função, ou de sua causa”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Contrato de distribuição, p. 124.

como os de distribuição comercial, só com o decurso do tempo, e daí sua essencialidade, que há a correta “conformação global da prestação”⁶⁰.

O tempo – na verdade, o decurso dele -, e, com isso, o caráter duradouro do contrato é fundamental para que sua função seja atingida. É só assim que o distribuidor cumprirá seu escopo de, integrado à rede de distribuição do fabricante, colaborar na promoção dos seus produtos em determinado mercado consumidor. A revenda não é objeto da distribuição; é o instrumento utilizado pelo distribuidor para realizar seu objetivo pactual de atuar na promoção dos produtos do fabricante.⁶¹

b) Revenda com finalidade lucrativa. É na revenda e na consequente busca pelo lucro⁶² que o distribuidor é remunerado por sua atuação empresarial⁶³. O lucro é a tal ponto relevante na distribuição, como em todos os contratos empresariais, que é por e em busca dele que toda a atividade empresarial é direcionada, sendo, sem dúvidas, a função econômica do negócio⁶⁵. O contrato de distribuição irá reger exatamente o conjunto de tratativas para a viabilização de tais vendas e compras para a revenda posterior, o que exigirá, pelo distribuidor, a realização de todos os seus esforços para revender os produtos adquiridos e, assim, colaborando com o fabricante, ter sucesso em sua operação econômica. O faturamento

⁶⁰ É o que, com habitual propriedade, destaca Ferreira Pinto, para quem: “O que singulariza as relações obrigacionais duradouras(...) em sentido estrito – e, concomitantemente, os contratos duradouros (...) – é a circunstância de, nelas, o tempo assumir uma função essencial, a que o direito reconhece uma específica relevância jurídica: a duração, a persistência temporal da obrigação é decisiva para a conformação global da prestação, na medida em que o seu objeto é exclusivamente determinável ou quantificável em função do período de tempo em que deva ser realizada.”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Resolução dos Contratos Duradouros, p. 465.

⁶¹ Vide, nesse sentido, Martinez Sanz, Fernando – Op. Cit., p. 318.

⁶² A busca pelo lucro é uma característica comum a todos os contratos empresariais, o que os difere, entre outros, dos contratos de natureza consumerista, em que apenas uma das partes busca auferir lucro, e dos contratos civis, em que é possível verificar situações, como no caso da doação, em que não há lucro por qualquer dos contratantes. Vide, nesse sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais – Teoria Geral e Aplicação, p. 39.

⁶³ Há quem entenda, posição, de antemão, que discordamos, pois o instrumento utilizado pelo distribuidor para atingir os objetivos do contrato (compra para posterior revenda) não infirma sua condição de promotor e colaborador do fabricante, que não existe remuneração na distribuição, mas apenas uma diferença entre preço de compra e venda. Nesse sentido, destaca Martinez Sanz que: “No estaríamos, em este ultimo caso, ante uma verdadeira remuneración por el trabajo de promoción realizado, sino ante la simple diferencia entre el precio de compra y el precio de venta.”. Pensamos que a remuneração do distribuidor existe e está contida dentro dessa margem de revenda do produto adquirido para esse fim. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 340-341.

⁶⁴ Vide, nesse aspecto, trecho do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ português n. 6/20019, publ. em 04/11, nos termos do qual, “A Ré Recorrente não “continua a pagar” o que quer que seja à Autora Recorrida, porquanto nunca pagou, mesmo na pendência da relação comercial, qualquer remuneração pela implementação, desenvolvimento e consolidação das marcas Tena e Libero no mercado, sendo a Autora Recorrida remunerada apenas através do lucro obtido com a revenda de tais produtos, assumindo, portanto, o risco do negócio, como é elemento característico do contrato de concessão comercial,(...)”

⁶⁵Vide, sobre o tema, FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais: teoria geral e aplicação, p. 38-39.

do distribuidor, diferente do que ocorre na agência, não é comissionado, mas resultado da revenda e eventuais assistências técnicas que realiza sobre os produtos do fabricante. E é dentro da margem entre o valor de compra e de venda que, certamente, está o lucro do distribuidor⁶⁶;

c) Atuação em nome e por conta própria. Diferente, por exemplo, da agência, em que o agente atua por conta própria, mas em nome de terceiros, o distribuidor atua em nome próprio, perseguindo o lucro e assumindo, autonomamente, os riscos que entender por correr. Ademais, a atuação dos distribuidor, por ser em nome e risco próprios, exige investimentos maiores da sua parte do que normalmente são exigidos a uma atividade de mera intermediação. Entre outros, o distribuidor tem de possuir espaço físico estruturado para manter os produtos do fabricante, deve possuir o estoque necessário para não deixar faltar produto do fabricante no mercado em que atua⁶⁷, deve possuir toda a estrutura logística para encaminhar o produto até o seu destino, com a revenda, além, entre outros, de toda a estrutura operacional e de pessoal na retaguarda disso tudo;

d) O distribuidor é autônomo. Age fora da estrutura do fornecedor e por sua conta e risco, auxiliando no processo de escoamento da produção do fabricante e na exploração, para aquele, de novos mercados, emprestando sua credibilidade e conhecimento da região. Sua autonomia não impede a previsão, e nem é desidratada pela sujeição contratualmente prevista, de obrigações relacionadas a orientar a atividade de revenda. Ao distribuidor compete, entre outras, a missão de penetrar a marca do fabricante em determinada região e, nesse sentido, integra sua rede distributiva. Nada mais natural que o contrato preveja obrigações de zelo, de direcionamento das atividades e práticas específicas⁶⁸.

A integração do distribuidor na rede do fornecedor, é, inclusive, característica fundamental, para Pinto Monteiro, do conceito de distribuidor. Sem integrar a rede de

⁶⁶Nesse sentido também é lição de Martinez Sanz, para quem: “ Como es sabido, los concesionarios operan revendiendo mercancías adquiridas previamente, por cuenta y en nombre propio, siendo su ganancia el margen o beneficio comercial. El agente, por contra, atua siempre por cuenta ajena, consistiendo su ganancia, per regra general, en una comisión.” MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 340.

⁶⁷ Situação que, inclusive, afronta reputacionalmente contra a própria marca do fabricante.

⁶⁸ Dutra destaca, sobre a questão, que o “Controle Externo sobre o distribuidor e suas atividades, diante do fato de que, em última análise, é o distribuidor responsável pela imagem da marca do fabricante, junto aos consumidores, uma vez que o distribuidor é a última linha que liga o consumidor ao produto, torna-se fundamental o fabricante precaver-se para que a imagem do seu produto não seja deturpada pelo distribuidor, zelando com relação ao transporte da mercadoria, ao preço de revenda, entre outros fatores.” DUTRA, Silvio – Contrato de distribuição.

distribuidores e, outrossim, sem partilharem de uma mesma política comercial, que autoriza a imposição de algum controle na atividade do distribuidor pelo fornecedor, aquele não passaria de um “comerciante tradicional”⁶⁹.

A rede de distribuição pode ser caracterizada, conforme bem colocado por Sperb⁷⁰,

(...) como um grupamento de sociedades e também como uma superorganização empresarial que, sob o controle do fornecedor, engloba as organizações semi-autônomas dos diversos distribuidores.” Ao final, arremata o doutor que “(...) a função econômica de distribuição reclama uma atividade empresarial que conjuga atores econômicos formalmente autônomos.

Ao fabricante não interessa, unicamente, realizar a venda ao distribuidor para posterior revenda. A distribuição não se subsume a meramente isso. É ínsito à distribuição, através de integração do distribuidor em sua rede, o acompanhamento da revenda ao consumidor final.⁷¹

De fato, até pelo caráter colaborativo da distribuição comercial, seria fadar o pacto ao insucesso caso o fabricante se limitasse a tratar o distribuidor como consumidor final e, assim, não se preocupasse e, de algum modo, colaborasse com o processo de revenda. O fornecedor, aliado aos esforços do distribuidor, deve agir para inserir e promover seus produtos no mercado⁷². Essa interação entres os contratantes, que, em sua margem,

⁶⁹Salienta ainda o aclamado autor português que é exatamente por integrar a rede de distribuidores do fornecedor, e, assim, partilhar do escopo colaborativo da distribuição e, ainda, submeter-me a controles, em níveis variados, que a agência se afigura como regime jurídico vocacionado a equacionar questões relativas à distribuição. MONTEIRO, António Pinto – Op. Cit., p. 41-44.

⁷⁰ PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 223.

⁷¹ Vide, nesse sentido, Paola, para quem: “O concedente vende os produtos ao concessionário, mas não deixa por exclusiva conta deste a revenda no mercado consumidor: quer “seguir” seus produtos até o consumidor. A concessão justamente lhe propicia essa possibilidade de controle sobre o processo distributivo e imposição ao concessionário de sua política comercial, sem assunção dos ônus e riscos da distribuição direta.”. PAOLA, Leonardo Sperb – Contratos de distribuição: vida e morte da relação contratual, p. 34.

⁷²Vide, nesse sentido, PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 61.

inevitavelmente, pode revelar interesses contrapostos, é própria da distribuição e parte do seu sucesso.

É a partir da integração do distribuidor à rede do fabricante que este acompanha o caminho do seu produto até o consumidor final e, por conta disso, que há, de algum modo, a solidariedade de interesses econômicos entre as partes. É fundamental ao fabricante obter a informação do seu produto junto ao consumidor, e tal acesso é obtido via participação do distribuidor e do retalhista para quem seu produto é revendido. Sem integração, o produtor não teria o acesso, efetivo, da resposta do consumidor em relação ao seu produto.⁷³

Baldi, no mesmo sentido, enfatiza que “Il contratto, inserendo il concessionario nella rete distributiva del concedente, pone inoltre a carico del primo obblighi concernenti la vendita, pubblicità, mínimo di forniture, ecc (...)”⁷⁴.

Importa, sobre o tema, destacar que, apesar de comumente prevista, entende-se que a exclusividade não é, pesem valorosas opiniões em contrário⁷⁵, característica essencial da distribuição comercial⁷⁶.

A exclusividade decorre, em cada caso concreto, de estipulação bilateral das partes⁷⁷. Sua ausência, nesse sentido, não desnatura o tipo contratual⁷⁸. É o caso, cada vez mais presente na dinâmica econômica hodierna, da distribuição seletiva, em que, sem qualquer garantia de exclusividade, é garantido, por contrato, ao distribuidor que cumpra determinados requisitos e que se amoldem no perfil estabelecido pelo fabricante, o direito de distribuir seus produtos, convivendo, em tais casos, com outros distribuidores.

No mesmo sentido, a compreensão quanto a figura da dependência econômica como característica comum, porém não obrigatória. É sabido, e essa é, inclusive, base para as

⁷³ Vide, nesse sentido, Brito, Maria Helena – Op. Cit., p. 23.

⁷⁴ BALDI, Roberto – Il diritto della distribuzione commerciale nell’Europa Comunitaria’, p. 75.

⁷⁵ Vide, por todos, IGLESIAS PRADA, Juan Luis – Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil, p. 255.

⁷⁶ Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ex vi do RESP 1799627/SP, julgado em 23/04/2019, pela 3ª turma do STJ, sob a rel. do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, para quem “A exclusividade, compreendida como o direito do distribuidor de ser o único a comercializar o produto distribuído em determinado território ou em relação a determinados consumidores, não é elemento indispensável do contrato de concessão comercial.”

⁷⁷ Nesse sentido é o vaticínio de Baldi, ao enfatizar que: “Si osserva que l’esclusiva, (...) nel rapporto di concessione di vendita é sempre l’effetto di una pattuizione.”. BALDI, Roberto – Op. Cit., p. 77.

⁷⁸ BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 170/174. No mesmo sentido, MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 47.

investigações que se materializam no presente trabalho, que os contratos de distribuição encetam, muitas vezes, relações de dependência econômica. O, normalmente, poderio econômico do fornecedor, aliado à integração do distribuir na rede de distribuição, bem como a presença de marcas fortes, com alto poder de venda, são, sem dúvidas, campos extremamente férteis à proliferação de dependência econômica.

Não se pode daí, contudo, generalizar a dependência econômica como uma constante, como algo que caracteriza todos os pactos de distribuição comercial. Os distribuidores são empresários, na maioria das vezes, estruturados; o negócio da distribuição requer investimentos vultosos e, sem dúvidas, a credibilidade e a reputação do distribuidor, aliado aos casos em que os mesmos possuem poder de negociação e compra, esvaziam a figura da dependência. Sem contar que, quanto menor for o *selling power* do produto distribuído, menor tende a ser chance de dependência do distribuidor ao fornecedor.

De modo que, ciente que a dependência econômica é um situação frequente nas relações de distribuição comercial, tal condição não é absoluta, e, assim, não pode ser considerada para fins de conceituação do citado tipo contratual⁷⁹.

1.5 Regime Jurídico

Apontam da definição indicada supra, o regime jurídico do contrato de distribuição, quais sejam sua atipicidade, seu caráter misto, colaborativo, relacional, e, ainda, sua concepção como contrato-quadro.

⁷⁹ Em sentido contrário, vide Mello e Theodoro Júnior, para quem: “Apontam-se para os contratos de distribuição, no plano da revenda ou concessão mercantil, as seguintes características: (...) c) contratos com controle e dependência econômica.”. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – 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, p. 45.

1.5.1 Contrato legalmente atípico

Em quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo⁸⁰, os contratos de distribuição comercial não são objeto de tipificação legal⁸¹, o que não lhes retira a tipicidade social^{82,83,84}.

Conforme anunciado algures, a atividade econômica moderna, com a globalização e inexistência de barreiras geográficas, exige e fundamenta, cada vez mais, a relação de distribuição comercial, que se tornou uma forma contratual amplamente difundida e reconhecida, por sua função e eficiência econômica, tanto pela sociedade, quanto pela ordem

⁸⁰ Vide, nesse aspecto, nota de rodapé 14 de MONTEIRO, António Pinto – Op. Cit., p. 28-29, quando destaca, como exceção à atipicidade legal da Distribuição Comercial, os exemplos da Bélgica (lei de 27 de Julho de 1961, alterada por lei de 13 de Abril de 1971), o Brasil (lei n. 6729, de 28 de Novembro de 1979), e Macau (Código Comercial, art. 657º – 678º).

⁸¹ Sobre o tema, vide decisão do Supremo Tribunal de Justiça português (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015 (Processo n.º 2368/07.9TBVCD.P1.S1), in, www.dgsi.pt), ao destacar que: “O contrato de concessão comercial é um contrato atípico, uma modalidade dos contratos de cooperação comercial, mormente na vertente dos contratos de distribuição, pelo qual um comerciante independente, o concessionário, se obriga a comprar a outro, o concedente Ac 2409 da 5a Câmara Cível TJ-PR, j, em 20.04.1988, de relatoria do Des. Fleury Fernandes, determinados bens de marca, para os revender em determinada área territorial, normalmente, mas nem sempre, com direito de exclusividade.”

⁸² Tipicidade social, no vaticínio de Maria Helena Brito, “(...) 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 função económico-social que desempenham.” BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 168. Ainda sobre noção de tipicidade social, vide VASCONCELOS, P. Pais – Contratos atípicos, p. 59.

⁸³ Joana Alves destaca que: “... negócios cuja tipicidade social é reconhecida e valorada mais ainda claramente juridicamente atípicos (contrato de concessão e o de franquia)”. Adiante, arremata que: “Efectivamente, sendo reconhecida a importância dos contratos de concessão e de franquia, no quadro geral de relações comerciais do dia de hoje, e atenta a ausência dos competentes e respectivos enquadramentos jurídicos, (...)”. ALVES, Joana Neto – A aplicação analógica da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial e de franquia (Franchising), p. 02-06. Em sentido idêntico, Engrácia Antunes vaticina que “Apesar e sua atipicidade legal, trata-se indubitavelmente de um contrato socialmente típico, perfeitamente sedimentado na prática dos negócios, correspondendo mesmo a uma das modalidades mais difundidas da distribuição comercial de bens ou serviços de marca ou grande qualidade (...)”. ANTUNES, José A. Engrácia – Op. Cit., p. 446.

⁸⁴ Valioso o vaticínio de Rui Pinto Duarte, que, sobre a questão, destaca que: “Esclarecendo que julgamos que a palavra ‘tipo’ se deve reservar para os modelos socialmente reconhecíveis dá-se a chave da resposta. Para que de ‘tipo legal’ se possa falar há de poder encontrar na lei elementos que nos permitam delimitar um modelo que seja reconhecível fora (e, por via de regra, antes) do mundo do Direito.” E continua: “Naturalmente que qualquer conceito jurídico que seja utilizado na descrição de facto a que a lei se quer aplicar há-de poder ser identificado com uma abstracção da realidade social; o que atribuímos de particular aos tipos é identificarem-se com abstracções da realidade social prévias às normas que lhes dão relevância jurídica.” DUARTE, Rui Pinto – Tipicidade e atipicidade dos contratos, p. 55-56.

jurídica. Esse reconhecimento pelo tráfico jurídico é que caracteriza a distribuição como modelo contratual com nítida tipicidade social⁸⁵.

Importante ser destacado que, apesar da previsão contida nos art. 710 a 721 do Código Civil Brasileiro⁸⁶ e, ainda, da Lei Renato Ferrari (Lei n. 6729, de 28 de Novembro de 1979), o contrato de distribuição no Brasil ainda é materialmente atípico⁸⁷.

A Lei Renato Ferrari dispõe, como anuncia sua ementa, apenas sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, possuindo, pois, até em função de sua especificidade, abrangência restrita a tais operações^{88,89}.

Já a previsão contida nos artigos 710 e seguintes do Código Civil brasileiro, embora atecnicamente mencione, em seu Capítulo XII, o termo Da Agência e Distribuição, o texto legal não traz relação com a concessão de vendas, mas, em verdade, trata o que a doutrina e jurisprudência chamam de agência qualificada, modalidade em que o agente tem, em sua disposição, a coisa a ser negociada. Não se trata, como dito, de legiferação acerca da

⁸⁵ Vide, nesse sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 52-54.

⁸⁶ Vide, nesse sentido, o artigo da Professora Doutora Maria Bernardete Miranda, nominado “Distinção entre o contrato de agência e de distribuição”.

⁸⁷ Acerca da questão, vide Dutra, “O fato é que o Contrato de Distribuição conhecido no meio empresarial, cuja característica é a aquisição do produto, com o compromisso de revendê-lo, em um determinado território, permanece atípico, ainda que a Lei Ferrari tenha disciplinado o instituto no segmento de veículos automotores e terrestres, isto porque, a Lei Ferrari não pode ser aplicada a todos os contratos de concessão de forma indistinta, posto que a Lei é específica e trata apenas de um determinado segmento (‘distribuição de veículos automotores e terrestres’), com peculiaridades que salvo melhor juízo, muitas das vezes não podem ser estendidas a outros seguimentos, por essa razão o Professor Fábio Ulhoa Coelho diz que o Contrato de Concessão em geral é atípico (...)”. DUTRA, Silvio – Op. Cit.

⁸⁸ Sobre o tema, Forgioni arremata “Em se tratando de um diploma legal específico, talhado para determinado setor da economia, a Lei 6.729, de 1979, não admite interpretação extensiva, sob pena de, artificialmente, causar marcadas distorções, fazendo incidir sobre mercados com outras peculiaridades, regras concebidas exclusivamente para a distribuição de veículos automotores.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de Distribuição, p. 66.

⁸⁹ No mesmo sentido, vide Ac 2409 da 5ª Câmara Cível TJ-PR, j, em 20.04.1988, de relatoria do Des. Fleury Fernandes, cuja ementa se transcreve: “CONTRATO. DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS COM EXCLUSIVIDADE. CLÁUSULA QUE PREVÊ A RESOLUÇÃO MEDIANTE DENÚNCIA VAZIA DE QUALQUER DAS PARTES MEDIANTE PRÉ AVISO DE SEIS MESES. VALIDADE. ART. 115, DO CÓDIGO CIVIL. LEI 6.729/79. INAPLICABILIDADE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. APELO IMPROVIDO. Havendo o contrato de distribuição e revenda exclusiva de bebidas previsto expressamente a possibilidade de resolução por denúncia vazia de qualquer das partes, não está obrigada a indenizar a concessionária a concedente que a notifica com antecedência de seis meses, prevista na convenção. Trata-se de avença atípica onde tem plena validade a referida cláusula que não é contrária a lei ou aos costumes comerciais. **A lei 6.729/79, porque destinada a regular concessão mercantil especialíssima, não se aplica a esses contratos, ainda em seus pontos omissos que, em tal hipótese, reclama observância das normas gerais das obrigações e dos contratos.**” (grifo nosso)

Distribuição Comercial, mas de uma atecnia já exaustivamente criticada pelos doutrinadores⁹⁰, capaz de gerar dúvidas e equívocos na aplicação das normas legais.

Inclusive, a matéria foi objeto de análise da I Jornada de Direito Comercial organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que, sobre o tema, emitiu o Enunciado de n. 31, nos termos do qual:

O contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco.⁹¹

1.5.2 Contrato misto

O contrato de distribuição é misto por envolver elementos de outros tipos contratuais, que se aglutinam, formando, porém, um todo distinto dos seus paradigmas.^{92,93} De fato, trata-se de um instrumento complexo, para o qual contribuem elementos de vários moldes contratuais⁹⁴, alguns até previstos em lei, mas que com ele não se confundem⁹⁵, uma

⁹⁰ Gomes, acerca da questão, dispara: “O Código Civil de 2002 não contribuiu para dirimir a confusão, por vezes feita, entre agência e distribuição. Ao contrário, designou como distribuição a modalidade do contrato de agência em que o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada. (...) Conclui-se que o contrato de distribuição previsto no Código Civil não se identifica com o tipo social do contrato de distribuição.”. GOMES, Orlando – Contratos, p. 402.

⁹¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - Jornada de Direito Comercial, p. 53.

⁹² Carolina Cunha, nesse aspecto, conceitua o contrato misto como uma “(...) verdadeira fusão de tipos: as prestações estão ‘entre si unidas numa causa-função comum (mista) diversa dos factores típicos concorrentes mas resultante deles como um produto”. CUNHA, Carolina – O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho.

⁹³ Ferreira Pinto utiliza, por sua vez, o termo “mistura de tipos”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 62.

⁹⁴ Sobre o caráter misto da distribuição comercial, Gibran destaca que: “Entende-se, portanto, que o contrato em análise é oriundo da mescla de vários outros, tais como de agência, de venda e compra e de fornecimento, mas com ele não mais se identificam dada a especialidade para o qual é utilizado atualmente.”. GIBRAN, Sandro

vez que o amalga dos tipos que colaboram ao contrato de distribuição forma uma modalidade nova, autônoma em sua fisiologia, a despeito das colaborações dos contratos que formam sua gênese.

Os elementos característicos da distribuição sugerem variações e acréscimos de outros tipos contratuais, reunindo, no mesmo pacto, regras de mais de um negócio⁹⁶. A principal delas, sem dúvidas, é a compra e venda. Contudo, para fundamentar a distribuição comercial, tais vendas devem ser a base de uma operação continuada, não estanque, e, por premissa, em condições mais favoráveis e vantajosas ao distribuidor do que a um mero comprador pontual.

O Código Civil de Portugal⁹⁷ prevê, em seu art. 405, n. 2, que contratos mistos são os que reúnem, “(...) no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente, regulados na lei (...)”.

Da caracterização de contrato misto decorre a possibilidade deste ser regulado, em caso de vazio legal, pelas normas dos tipos contratuais que ao mesmo contribuem, cabendo à doutrina e a jurisprudência o socorro para a solução de possíveis e eventuais conflitos.

Relevante comentar ainda que normalmente à distribuição propriamente dita, com compras e vendas regulares e sucessivas, em uma relação habitual e contínua, os ditos contratos costumam envolver a prestação de serviços correlatos, que se acoplam como acessórios da atividade primordial.

É comum verificar obrigações ao distribuidor relativas ao fornecimento de garantia dos produtos negociados, à assistência técnica do produto do principal, manutenção e reparação, previsão de compras mínimas, exigências de estoque e peças de reposição, entre outros.⁹⁸

Mansur – Os efeitos do contrato de distribuição ao consumidor e a atuação do free rider como elemento de redução do preço final dos bens de consumo, p. 87.

⁹⁵ Nesse aspecto, valiosa a análise do inteiro teor do Recurso Extraordinário 78.051, proferido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, de relatoria do Ministro Thompson Flores, em 27.08.1974, tendo como recorrente a Shell Brasil S.A e como recorrido Auto Posto Diadema Ltda.

⁹⁶ Ver, nesse sentido, DUARTE, Rui Pinto – Tipicidade e atipicidade dos contratos, p. 59-60.

⁹⁷ PORTUGAL – Código Civil.

⁹⁸ Para uma maior abordagem sobre o tema, vide FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de Distribuição, p. 44. No mesmo sentido, vide MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – O regime

1.5.3 Contrato quadro

Considera-se contrato-quadro aquele tipo contratual que visa definir as principais regras às quais serão submetidos os acordos a celebrar rapidamente no futuro, os quais funcionam, por isso, como contratos de aplicação ou de execução do primeiro.⁹⁹

Contrato-quadro no sentido de que o contrato inicial fornece um quadro de cláusulas e, assim, normas convencionais, que regularão os contratos futuros a serem firmados pelas mesmas partes¹⁰⁰.

Há, em tais contratos, o traço característico comum de haver um contrato inicial contendo as bases e premissas para todos os demais contratos que daí se sucedem. Por tal razão, o contrato inicial possui uma posição fundamental¹⁰¹, pois lá estão previstas as regras que regularão todos os pactos futuros entre os contraentes.

Os contratos-quadros fazem sentido quando em voga relações estáveis, longevas, tal qual as típicas de distribuição comercial, na medida em que o contrato inicial lança a matriz e o regramento de vários outros futuros contratos, de execução, ressaltando, assim, sua visão de longevidade.

É, em bem verdade, uma espécie de contrato guarda-chuva¹⁰², que ampara e envolve diversas operações posteriores, lastreadas na sua regulamentação geral.

Como contrato-quadro, como bem enfatiza Pinto Monteiro¹⁰³,

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, p. 44.

⁹⁹GUIMARÃES, Maria Raquel de Almeida Graça Silva – O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos, p. 62.

¹⁰⁰Vide, nesse sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 56.

¹⁰¹Segundo Brito, “(...) um papel que se aproxima de lei”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 21.

¹⁰²O contrato-quadro, na Inglaterra, é conhecido como *umbrella agrément*. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 58. Na Alemanha, por sua vez, chamam-no *Rahmenvertrag*, e, na França, *contrat-cadre*.

¹⁰³MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 17.

(...) o contrato de concessão comercial funda uma relação de colaboração estável, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração, de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente fixados, os bens que este se obrigou a distribuir (...).

De fato, o contrato de distribuição é tipicamente um contrato-quadro¹⁰⁴. Através do ajustamento de regras gerais, diversas operações futuras, típicas da realização habitual de compras e vendas constantes entre fabricante e distribuidor, são realizadas ao amparo do pacto entabulado, desburocratizando a relação, conferindo ainda rapidez e dinâmica ao cotidiano das partes contratantes e evitando instrumentalizações repetitivas.

1.5.4 Contrato de colaboração

Os contratos de distribuição comercial, e, como gênero, os contratos da distribuição, são considerados contratos de colaboração¹⁰⁵. Como tal, por meio de um pacto relacional, que se estende no tempo, as partes fixam as bases para uma relação futura, amparada em um conceito colaborativo, de interdependência entre os atores, “(...) uma vez que o sucesso de uma parte (e do negócio) reverterá em benefício da outra.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Vide, nesse sentido, a doutrina do notável português ANTUNES, José A. Engrácia – Op. Cit., p. 447, para quem: "Antes do mais, o contrato de concessão comercial constitui um contrato-quadro ("Rahmenvertrag", "contrat-quadre") no sentido em que visa criar e disciplinar uma relação jurídica de colaboração estável e duradoura entre as partes, cuja execução se traduz na celebração futura entre estas de sucessivos contratos de compra e venda";

¹⁰⁵ O Supremo Tribunal de Justiça português, no Acórdão 06B2110, de Relatoria de Salvador da Costa, j. em 29.06.2006, ao caracterizar a concessão, definiu que essa “É essencialmente uma das espécies dos contratos de cooperação comercial derivante de uma relação jurídica complexa, em que algumas das obrigações dele decorrentes se reportam à constituição de futuras relações jurídicas entre as partes, concretizadas pelos respectivos actos constitutivos, implicando novas manifestações de vontade, como ocorre em relação à transferência do direito de propriedade sobre os bens em causa por via de sucessivos contratos de compra e venda com função de execução do primeiro.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 65.

O distribuidor colabora, através do seu conhecimento e credibilidade, para a exploração econômica em região geográfica que supostamente o fornecedor não alcançaria sem o seu apoio, inserindo ou fortificando ali, não só sua produção, mas sua marca e reputação e, doutra banda, o fornecedor orienta e organiza a sua atuação, lhe confere melhores preços para revenda e investe no mercado a ser explorado. Trata-se de nítida relação mutualista.

Os contratos de colaboração, como sabido, são figuras relativamente recentes na prática contratual. Se, atualmente, sua importância e valor são reconhecidos, no passado, a utilização dos mesmos era escassa. Seu incremento ocorreu a partir da segunda metade do século XX, quando os empresários perceberam – com o aumento pujante da produção - que, mesmo mantendo a independência e autonomia entre as partes, sem a necessidade de estabelecer sociedades, realizar grandes investimentos e correr maiores riscos, era possível desenvolver uma relação buscando um fim comum, através de esforços conjugados.

Como muito bem vaticina Forgioni¹⁰⁷,

(...) os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm âleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre os dois polos.

É característica dos pactos de colaboração, e, entre os quais, os contratos de distribuição, a interdependência entre os pactuantes, e, nesse sentido, a convergência, embora nunca absoluta, de interesses entre os mesmos. Há um fim maior, comum às partes, que os unem, em colaboração, com o objetivo de atingi-lo.

E no caso da distribuição comercial, é muito nítido¹⁰⁸ o seu viés colaborativo. O fabricante insere o distribuidor em sua rede de distribuidores, auxiliando-o, orientando-o e

¹⁰⁷FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 193.

controlando-o no exercício do seu mister, bem como facilitando a compra de seus produtos e investindo no mercado em que atua, e o distribuidor, por sua vez, em uma relação concertada com o fabricante, irá realizar os investimentos que o negócio e mercado exigirem, customizar as atividades de sua empresa, admitir as orientações da contraparte para, assim, revender os produtos do fabricante no mercado em que atua; ambos os contraentes imbuídos do propósito comum de angariar clientes e, assim, aumentar o volume de vendas e a imagem da marca naquele dito mercado.¹⁰⁹

Em tais vínculos, a performance de uma das partes afeta, necessariamente, os resultados da contraparte, de forma que tais relações, interdependentes, para sua melhor fruição, e até como condição do seu sucesso, exigem a presença de confiança e, porque não, de *affectio contractus*¹¹⁰ entre as partes.

O próprio projeto do Novo Código Comercial Brasileiro, no seu art. 385, embora ainda não seja lei em vigor, já antecipa, na própria definição do contrato de distribuição, seu viés colaborativo, ao dispor que “(...) a distribuição é contrato de colaboração empresarial por intermediação, em que o colaborador (distribuidor) comercializa produtos fabricados pelo fornecedor (distribuído) (...)”.

Essa vinculação excessiva do distribuidor ao fabricante, muitas vezes exercida com exigências de exclusividade, considerada ainda o caráter relacional, duradouro de tais pactos, culmina por gerar uma relação de dependência.

E é exatamente em função desse caráter contributivo, envolvido em instrumentos normalmente duradouros, com laços de fidelidade e até dependência¹¹¹, do ponto de vista

¹⁰⁸Cfr. entendimento, pacificado pelo STJ português, nos termos do qual "O contrato de distribuição comercial é um negócio jurídico bilateral (contrato) mediante o qual uma das partes, o distribuidor, se vincula a adquirir à outra parte, o principal (produtor ou importador-fornecedor), uma quantidade de bens comerciais para posterior colocação no mercado numa certa área e por sua conta e risco. A concessão comercial é um dos contratos da distribuição comercial, ao lado da agência e do franchising, pelo qual o concessionário se obriga a comprar certa quantidade de produto e a revendê-lo durante certo período de tempo." - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2018 (Processo n.º 1212/12.0TBSTS.P1.S1), in, www.dgsi.pt.

¹⁰⁹ Vide, nesse sentido BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 203/212.

¹¹⁰ Vide, quanto aos pactos colaborativos, VIÉGAS, Francisco de Assis – Denúncia contratual e dever de pré-aviso, p. 209. No que toca a *affectio contractus*, vide SCHREIBER, Anderson – Equilíbrio contratual e dever de renegociar, p. 295.

¹¹¹ Nessa linha de ideias, valho-me dos ensinamentos postos no voto proferido pela Egrégia 3.a Turma do STJ brasileiro, no REsp 1403272/RS, da relatoria do Min. Marco Bellizze segundo o qual o contrato de distribuição é: “(...) contrato celebrado entre empresários, a fim de dar consecução a operações comerciais de compra e venda, para posterior revenda, a viabilizar o desenvolvimento da atividade econômica empreendida por cada contratante. Deve-se, pois, peremptoriamente, afastar a ideia de hipossuficiência do distribuidor

econômico, que atinge os distribuidores que, especialmente nas situações de denúncia contratual, reforça a exigência de garantias de pré-aviso¹¹², que permitam uma reorganização, um reordenamento da atividade econômica do distribuidor, em caso de encerramento imotivado do vínculo pelo concedente.

A colaboração do distribuidor ao fabricante não autoriza o abuso de direito dessa para com aquele. Nem, por óbvio, do distribuidor ao fabricante. A interdependência, fluida e sadia, entre as partes, é salutar para o cotidiano da vida contratual, na medida em que o esforço do distribuidor, além de viabilizar seu lucro, atua em igual sentido aos interesses do fabricante.

Há, todavia, uma linha tênue, que precisa ser respeitada, garantindo que a colaboração não se transforme em uma amarra da qual o distribuidor não consiga sair sem que daí resulte sua bancarrota.

1.6 Distinção face a figuras semelhantes

Definida a distribuição comercial, cumpre, para uma melhor compreensão do instituto, diferenciá-la de institutos afins.

Importa, para tal, termos em conta que a análise a ser realizada aqui é a da distribuição comercial¹¹³ como espécie, e não como grupamento de contratos relacionados à distribuição da produção do fabricante, envolvendo a agência e a franquia.

(concessionário), ou mesmo de dependência jurídica deste em relação ao fabricante (concedente). O que há, nessa relação contratual, na verdade, é um justificado e, portanto, legítimo poder de controle exercido pela fornecedora quanto à atividade desempenhada pelo distribuidor, a considerar o seu envolvimento direto com a clientela, a imagem e a marca daquela, com repercussão no próprio êxito de seu negócio. Tampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, encerra desequilíbrio contratual (...)

¹¹² MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 49-50.

¹¹³ MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 27.

1.6.1 Distribuição x Mandato

No mandato, assim como na agência, a atuação se dá em nome de terceiro. Na distribuição comercial, por sua vez, o distribuidor atua em nome próprio; não há intermediação por conta de outrem.

O distribuidor adquire mercadorias para revendê-las, agindo, assim, por sua própria conta e risco. Já o mandatário, por sua vez, é investido de poderes por outrem para, em seu nome, realizar atos jurídicos, dentro, por óbvio, dos limites dos poderes conferidos.

Ademais o mandatário, ao contrário do distribuidor, tem direito ao ressarcimento pelas despesas que contrair no exercício de suas atividades¹¹⁴, bem como, no caso do mandato comercial, sua remuneração não possui vinculação direta com os resultados do seu trabalho¹¹⁵.

Outrossim, é sabido a distribuição tem como traço constitutivo ser uma relação estável, ou seja, duradoura¹¹⁶, cujos objetivos só são plenamente atingidos com o avançar de, pelo menos, determinado período. Não se trata de contrato de efetivação estanque, imediata, sob pena de, nesse viés, equivaler a uma mera compra e venda¹¹⁷.

O mandato, por sua vez, não tem o viés relacional, próprios dos contratos duradouros. Tende, em bem verdade, a ser aplicação pontual¹¹⁸, de utilização ocasional, para determinado ato jurídico. Como muito bem vaticina Orlando Gomes, “Se o interessado na realização de um negócio jurídico não pode, ou não quer, praticá-lo, tem a possibilidade de efetua-lo por intermédio de outra pessoa.”¹¹⁹ Nada impede, contudo, que o contrato de mandato possa conter alguma duração na extensão temporal dos poderes transmitidos. Não necessita, contudo, da extensão temporal como elemento à consecução dos seus objetivos.

¹¹⁴ Vide arts. 1167, alínea c do Código Civil Português. PORTUGAL – Código Civil.

¹¹⁵ Vide art. 232 do Código Comercial Português. PORTUGAL – Op. Cit.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de direito privado, p. 31.

¹¹⁷ A compra e venda para revenda é o instrumento, o meio utilizado pela distribuição comercial para o atingimento dos seus objetivos colaborativos, de desbramento de novos mercados para o fabricante e escoamento de sua produção. Tais escopos não se materializam é um ato unitário, necessitando de estratégias, projetos e, fundamentalmente, de algum tempo para a ocorrência.

¹¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo – Op. Cit., p. 680.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 387.

Ademais disso, embora a fidejucia esteja presente em ambos os tipos contratuais, no mandato é seu elemento mais caro e seu núcleo duro. Não se pode cogitar, sob qualquer aspecto, a continuidade do pacto, ainda que pontualmente, sem a vontade de um dos contraentes.

Já na distribuição, apesar de, inexoravelmente, estar em causa a *affectio contratus* que, como cimento unificador, liga os contraentes em um objetivo convergente em pactos relacionais e colaborativos, é de cogitar, em nome da metanorma da boa-fé e sua vertente da solidariedade entre os contratantes, a possibilidade de, temporariamente, haver continuidade do contrato ser vontade de uma das partes. É o que vaticina o art. 473 do Código Civil Brasileiro¹²⁰, conforme será adiante melhor abordado.

1.6.2 Distribuição x Fornecimento

A maior diferença entre tais tipos reside na questão de que, enquanto na distribuição o fornecedor acaba por possuir algum controle, direção sobre a atuação do distribuidor, que integra sua rede, no fornecimento, esse controle inexistente, limitando-se o fornecedor a vender as quantidades estabelecidas no instrumento avençado¹²¹.

O distribuidor difere do mero fornecedor pois, diferente desse, compõe uma rede integrada do fabricante e, como tal, adere a uma política de preços e a um determinado nível de controle.

O contrato de fornecimento cinge-se à realização de compras e vendas, sucessivas ou não, que as partes realizam entre si, carecendo, contudo, em tais pactos, duas das principais características identificadoras do contrato de distribuição: a) o caráter colaborativo entre os contratantes, de interdependência e de relativa convergência de interesses, e; b) a integração do distribuidor no canal e de rede de distribuidores do produtor, o que, com isso, acarreta um sinalagma entre as partes, uma coordenação orientada pelo fabricante no sentido de auxiliar a realização das atividades do distribuidor e, assim, garantir sua melhor eficiência.

¹²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil comentado e legislação extravagante.

¹²¹ No mesmo sentido, MONTEIRO, António Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 40.

Não há, na distribuição, a impessoalidade e a descontinuidade próprias do contrato de fornecimento. Em um pacto relacional como o da distribuição o elemento tempo, simbolizando aqui a repetitividade de relações entre as partes, é traço marcante, diferente do que ocorre, ou pode ocorrer, no fornecimento.

Sem contar ainda que, pela própria fisiologia da distribuição, a compra realizada deve ser objeto de revenda, o que, ontologicamente, não é necessário para a caracterização do fornecimento¹²². Basta, nesse sentido, que se forneça ao comprador, em negócio definitivo, o objeto do que se adquiriu.

1.6.3 Distribuição x Agência

A legislação brasileira, com a chegada do seu Código Civil de 2002, foi objeto, como dito alhures, de várias críticas¹²³, especialmente pelo fato de indicar, no título do seu Capítulo XII, a referência “Da Agência e Distribuição”, passando a falsa inicial impressão de que a distribuição comercial passou a ser contrato com tipicidade legal no Brasil, quando, na verdade, conforme pacificado, a Agência e Distribuição é contrato único, mas ramificável em mais de uma espécie.

O termo distribuição, nos moldes previstos nos art. 710 a 721 do Código Civil Brasileiro relaciona-se à forma de agência qualificada, em que o agente detém o produto que intermedia. O art. 710 do CCB é expresso nesse sentido, ao estabelecer que “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.”

De toda forma, indubitavelmente, há, certamente, similitudes entre os contratos de agência e distribuição comercial que a aproximam a ponto de serem, ambos, espécies do mesmo gênero: os contratos da distribuição comercial.

¹²² Vide, nesse sentido, BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 134-135.

¹²³ Ver, por todos, FORGIONI, Paula Andrea – Op. Cit., p. 76.

Tanto o agente quanto o distribuidor atuam à jusante da relação comercial¹²⁴, visando escoar produção, fazer penetrar, através de sua credibilidade local, os produtos, serviços e a reputação da marca para qual atuam em áreas respectivas, assumindo, para tal, um conjunto de obrigações e admitindo algum controle sobre sua atividade.

Muito importante, quanto ao tema, ressaltar essa aproximação fisiológica entre os dois tipos, o da agência e o da distribuição, no sentido de que ambos possuem escopo comum, qual seja o de promover a distribuição dos produtos do fornecedor/principal em determinado mercado, ou, noutros termos, de atuar para colocar tais produtos em contato com seu público consumidor¹²⁵. Ambos, ainda, são tipos contratuais marcados por uma vertente comum de dependência dos concessionários e agentes aos produtores¹²⁶.

A principal diferença entre a agência e a distribuição está no fato de que o agente não atua em nome próprio, mas em nome do principal, diversamente da distribuição, em que o distribuidor age por conta própria¹²⁷ e em seu próprio nome e responsabilidade¹²⁸.

A compra e revenda, ressalte-se, é meio, o instrumento¹²⁹ utilizado pelo distribuidor para atingir seu escopo contratual, de promover o produto e a marca do fabricante no mercado em que explora.

¹²⁴ DAVID, Mariana Soares – Op. Cit., p. 885-908.

¹²⁵ Vide, nesse sentido, a lição de Martínez Sanz, para quem: “(...) ese deber de promoción, absolutamente básico en el esquema contractual de la concesión (...). En efecto, es el dato de la promoción de la distribución – y no la exclusiva –, el elemento que verdaderamente cualifica al contrato de concesión. El distribuidor compra para promover la distribución de los productos del concedente entre el público.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 318

¹²⁶ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 118.

¹²⁷ Pereira destaca que “Ao contrário do agente, o concessionário atua em seu nome e por conta própria, adquire (em princípio) a propriedade da mercadoria, compra para revenda e assume os riscos da comercialização”. PEREIRA, Alexandre Libório Dias – Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ. No mesmo viés, Baldi, ao definir o “concessionario de vendita”, enaltece a diferença entre esse e o agente, ao destacar que: “Il concessionario, come ogni commerciante, tratta in nome e per conto proprio, in proprio acquista la merce e la revende a terzi: in ciò sta essenzialmente la differenza con l’agente di commercio, che tratta per conto del proponente, ed in nome di questi, quando há il potere de concludere contratti.”. BALDI, Roberto – Op. Cit., p. 75.

¹²⁸ Monteiro, acerca da temática, destaca que “(...) o concessionário, apesar de ser também colaborador do concedente e de reunir um conjunto de notas comuns com o agente, surge, no entanto, como um comerciante independente que compra para revenda, negociando em seu nome e por conta própria.”. MONTEIRO, António Pinto – Op. Cit., p. 39-40.

¹²⁹ No mesmo sentido, de Martínez Sanz, para quem: “En consecuencia, el papel que pueda cumplir la compraventa em el contrato de concesión es tan sólo instrumental: constituye el médio a través del cual el concessionario procede a cumplir su obligación básica, que no es outra que la de promover la distribución de los productos del concedente el mercado, (...)”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 318-319.

O distribuidor não é remunerado via comissionamento, tal qual ocorre na agência. Até pelo fato de atuar em nome de terceiro, o agente é mero intermediário, recebendo uma comissão pelos negócios que media. O distribuidor comercial, a seu turno, auferir remuneração a partir da margem aplicada no preço de revenda dos produtos que distribui.

Não há qualquer pagamento do fabricante ao distribuidor, que, como dito, é remunerado em suas atividades diretamente pela clientela. Aliás, que tem de pagar valores é o distribuidor ao fabricante, decorrente das compras que deste realiza para fins de revenda.

O agente, muito mais que distribuidor, apesar de ser, também, autônomo, aproxima-se da figura de um prestador de serviços. Não por outra razão, não raro relações envolvendo agentes comerciais são enfrentadas pela Justiça do Trabalho que, verificando, no caso levado a exame, a presença de subordinação do mesmo ao principal, qualifica a relação como empregatícia.

Na distribuição comercial, apesar de presente, via de regra, uma relação de dependência, merecedora da devida tutela, quando abusiva, do distribuidor ao fabricante, não se vislumbra, comumente, subordinação entre a pessoa física do distribuidor, até porque, normalmente é constituída uma empresa para esse fim, e a contraparte.

A própria figura da revenda, núcleo e objeto da distribuição comercial, termina por exigir do distribuidor investimentos mais expressivos do que normalmente é feito pelo agente comercial. Esse, como, na essência, apenas intermedia os negócios, entre clientela e principal, não precisa de grandes estruturas para a efetivação do seu mister¹³⁰. Enquanto, normalmente, na agência, é a força pessoal de trabalho do agente que se coloca à disposição do principal, na distribuição comercial, o distribuidor oferta ao fabricante, para somar em uma relação colaborativa, sua estrutura empresarial.¹³¹

Como, em regra, o distribuidor necessita realizar mais investimentos que o agente para o exercício da atividade que se propõe, e, ainda, pelo fato do distribuidor ser remunerado

¹³⁰ Vide ALVES, Joana Neto – Op. Cit. p. 24.

¹³¹ Vide, nesse sentido, PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 615.

pelo lucro, se obtiver, a sua atividade o expõe a um risco¹³² maior que aquele a que está inserido o agente comercial.

E, também por tal exposição ao risco, seu ganho, em termos de margem, é normalmente mais elevado do que os experimentados pelos agentes. Para contraprestar todos os investimentos que realiza, e os riscos e áleas que incorre, é natural que os resultados que receba o distribuidor superem as recebidas pelos agentes.¹³³

Para o exercício de suas funções, integrada à rede de distribuição do produtor, o distribuidor

(...) é obrigado a possuir instalações adequadas à actividade de revenda e assistência pós-venda, a especializar o seu pessoal de manutenção e reparação de produtos, a dirigir sua actividade ao incremento da clientela da marca, a criar um stock de peças sobressalentes, etc. (...) tudo isto implica, forçosamente, um considerável investimento financeiro (...) ¹³⁴.

Pelo fato de concretizar o negócio e não apenas de mediar a relação, os laços entre o cliente e o distribuidor são mais fortes que a mantida pelo agente¹³⁵. Efetivamente, o distribuidor interage, embora integrado na rede de distribuição do fornecedor, com o seu cliente, diversamente do agente, que, embora também autônomo, relaciona-se com a clientela do principal.

¹³² Pinto Monteiro, para quem: “(...) em princípio, o concessionário terá de fazer investimentos de muito maior vulto do que o agente e corre riscos de que esse último está livre.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 67.

¹³³ Nesse sentido, destaca Martinez Sanz, que: “La cuestión se conduce, em definitiva, a la función que cumple el margen de reventa en el contrato de concesión, y obliga a preguntarse por qué es superior, efetivamente, a la comisión del agente. La respuesta há de hallarse sin duda alguna em la diversa distribución de riesgos operada por uno y otro contrato. El concessionário, em efeto, assume riesgos con los que non ha de pechar el agente.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 342.

¹³⁴ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 16.

¹³⁵ Nesse sentido, vide ALBERTO, José Alberto. O Contrato de Concessão Comercial, Reimpressão, Coimbra, 2006, p. 127

1.6.4 Distribuição x Franquia

A franquia, tal qual a distribuição comercial, são, ambas, espécies de estratégia distributiva, com viés relacional e colaborativo, como forma de desbravamento de novas áreas comerciais às contrapartes com quem pactuam, ou ainda como incremento às áreas que já exploram, embora com suas nuances particulares, na medida em que, na franquia, há a transferência da tecnológica e conhecimento para a execução do produto ou serviço.

Pela franquia, o franqueador, por uma lado, possui uma fórmula bem sucedida, que será, do outro lado, transmitida para execução pelo franqueado, de molde controlado e fiscalizado, nessa atividade, pelo franqueador, que o faz, nessa migração de *know-how*¹³⁶, para que o produto e/ou serviço franqueado não perca qualidade e eficiência.

Embora, tanto na distribuição quanto na franquia, o distribuidor e o franqueado atuem em nome próprio e por sua própria conta, o distribuidor, com seu lucro e resultado da sua atividade comercial, não precisa remunerar o fabricante, ao contrário do que ocorre na franquia¹³⁷.

Ademais disso, enquanto a franquia dissemina não só o produto ou o serviço do franqueador, mas, antes disso, seu próprio conceito de negócio¹³⁸, na distribuição comercial o foco é o escoamento mais diretamente do produto em si, o que não impede que não se possa exigir do distribuidor condutas condizentes com os valores do fabricante.

E nesse aspecto, segue outra diferença entre os tipos contratuais: a distribuição comercial não é o formato indicado para a distribuição de serviços, mas tão somente de produtos. Já na franquia, além de haver tal aptidão, é, na prática comercial, muito aplicada. Por óbvio que não há como o franqueador realizar o serviço ao franqueado, mas transfere-lhe

¹³⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima – O contrato de franquia (franchising), p. 78.

¹³⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. – O contrato de franquia (franchising), p. 55. Segundo o autor, “(...) cremos que o critério decisivo para destrinçar um contrato do outro, além da existência de uma prestação pecuniária ligada à entrada ou pertença à cadeia e das prestações periódicas, passa essencialmente pelo grau de integração da empresa do distribuidor na organização do produto.”

¹³⁸ Ribeiro para quem: “Então, a franquia não é, essencialmente, uma operação de distribuição de mercadorias mas antes, sem dúvida, uma operação de difusão de serviços adaptável a uma finalidade suplementare – a distribuição de produtos. Pode até afirmar-se que a franquia ‘já não é mais um sistema de distribuição’, para se concluir que se tornou um sistema muito mais universal.” RIBEIRO, Maria de Fátima – Op. Cit., p. 82-83.

o conhecimento e o *modus operandi*, com o seu devido controle, para que esse consiga realizá-lo com o nível de excelência que conferiu ao franqueador o sucesso da sua marca.

Tanto a franquia quanto a distribuição exigem, como elemento essencial ao seu funcionamento, a integração do franquiado e do distribuidor à uma rede integrada, sob orientação, razoável, da contraparte¹³⁹.

Na franquia, a tal ponto que, “A imagem da homogeneidade da rede torna-se, então, mais importante do que a do produto.”¹⁴⁰. Tal integração costuma causar forte dependência econômica dos distribuidores e franqueados em relação aos fabricantes e franqueadores¹⁴¹.

1.6.5 Distribuição x Contrato de Emprego

Embora ambos, distribuidores e empregados, em última *ratio*, possuam relações de potencial dependência¹⁴² com os fornecedores e empregadores, o distribuidor é autônomo, assumindo os riscos da sua atividade empresarial, diferente do empregado que atua em nome e por conta do empregador.

Nas relações de emprego, a ausência de risco do empregado é elevado a princípio, qual seja, o princípio da alteridade, o qual determina que o contrato de trabalho transfere a uma das partes, no caso, ao empregador, “(...) todos os riscos a ele inerentes e sobre ele

¹³⁹ Ribeiro destaca que, na franquia, esse controle é bem mais rigoroso do que na distribuição comercial, sendo, então, mais estreita a colaboração entre as partes nos contratos de *franchising*. É, pois, fator presente com forte intensidade, nos contratos de franquia, a dependência econômica do franqueado em relação ao franqueador. Idem – Op. Cit., p. 86. No mesmo sentido, Vasconcelos, “(...) dado o grau de integração da empresa franqueada na rede, muito mais forte do que na concessão (...)”. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 54.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima – Op. Cit., p. 83.

¹⁴¹ É o que ressalta Brito, para quem: “Essas circunstâncias determinam uma situação de forte dependência econômica do franchisista em relação ao franchisor. Embora a empresa do franchisista seja juridicamente autônoma, do *franchising* resulta a integração na empresa do *franchisor* das empresas do vários *franchisistas*.”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 18.

¹⁴² MONTEIRO, António Pinto – Contraste de distribuição comercial, p. 49.

incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado (...)”¹⁴³.

Já para o distribuidor, a autonomia lhe é característica fisiológica, e o seu esvaziamento pode tirar-lhe a essência. O distribuidor não pode transferir ao fabricante, com quem voluntariamente aderiu em um pacto, com obrigações conjuntas e perspectivas de lucro também, os riscos do seu eventual insucesso.

O que não significa que referida autonomia impeça a adoção de casuísticas tutelas¹⁴⁴ ao distribuidor, na linha do que se verifica com os contratos de emprego e também de agência, especialmente quando do desenlace dos contratos firmados, em que, muitas vezes, toda a atividade empresarial do distribuidor fica sujeita a um risco de inanição completa¹⁴⁵.

A autonomia do distribuidor é plenamente harmonizável com medidas de tutela que, em bem verdade, promovam a equidade da relação contratual e até, em certa medida, evitem a ocorrência de abuso do poder econômico pelo fabricante.

¹⁴³ TRIBUNAL Regional do Trabalho Brasileiro da 3ª Região - Acórdão da 1ª Turma do TRT brasileiro da 3ª região, no Recurso Ordinário RO 0000889-58.2014.5.03.0129, julgado em 23 de setembro de 2015. Relator. Des. Luiz Otavio Linhares Renault.

¹⁴⁴ Nesse sentido, vale destacar a comparação, “a grosso modo”, feita por Dietrich, senão vejamos: “Grosso modo, poderia afirmar que o direito constante no artigo 27, “j”, da Lei 4.886/65 pode ser comparado aos equivalentes direitos trabalhistas, no caso de afastamento do empregado sem justa causa.”. DIETRICH, William Galle – Indenização antecipada do representante e a fidelidade canina às leis”

¹⁴⁵ Nesse sentido, apontou o STJ português, no corpo do AUJ 06/2019, de 04/11, quando, ao tratar da analogia no que toca à indenização de clientela do agente, arrematou que: “A este propósito, Doutrina e Jurisprudência têm vindo a fazer sentir a questão da aplicação analógica ao contrato de concessão comercial, do regime de indemnização de clientela no contrato de agência, quer porque a concessão comercial se assume como contrato atípico, outrossim, porque a necessidade de protecção do concessionário, uma vez confrontado com a denúncia do respectivo negócio jurídico, não difere em termos substantivos, daquela que enfrenta o agente, uma vez colocado em idêntica situação, qual seja, a extinção da relação jurídica estabelecida.”

CAPITULO 2 Os Fundamentos Econômicos dos Contratos de Distribuição Comercial

Uma vez realizado o enquadramento da distribuição comercial sob a perspectiva conceitual, com a apresentação das suas características fundamentais, regime jurídico e comparação com contratos afins, cumpre-nos agora elastecer o tecido da abordagem e, assim, trazer à baila, sem a pretensão de esgotar o tema ou mesmo invadir áreas das ciências exatas, até por fugir do escopo desse humilde estudo, uma análise da perspectiva econômica da distribuição¹⁴⁶.

A Distribuição Comercial, conforme destacado no tópico referente à sua perspectiva histórica, advém da mercância, do mundo econômico, da necessidade humana de fazer comércio, antes e independente de possuir uma importância jurídica. Como função econômica, trata-se de uma estratégia comercial e visa coordenar e estruturar a distribuição dos produtos do fabricante, sob a orientação e controle deste, de acordo com sua política comercial, transferindo, contudo, ao distribuidor, autônomo, os riscos da atividade que empreende¹⁴⁷.

É com a compreensão da base econômica que move e justifica a distribuição comercial que melhor se entenderá todo o seu panorama e, assim, os motivos e razões de sua adoção, os riscos que normalmente se devem ter em conta quando do uso da modalidade contratual, e o próprio comportamento que as partes tendem a adotar quando da vigência de referidos pactos.

O estudo do fundamento econômico da distribuição revela-se importante, efetivamente, para que se compreenda, para além do mero olhar jurídico-discursivo do tema, o efetivo escopo da via contratual escolhida, evitando a própria desnaturação do tipo do contrato, e, dessa forma, correndo “(...) o risco de as soluções preconizadas produzirem efeitos contrários aos pretendidos, prejudicando aqueles que justamente se procuravam proteger e ameaçando o bem-estar de toda a colectividade (...)”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ FERREIRA PINTO, Fernando A., op. cit, p. 170, ressalta a importância de tal análise sobre a ótica econômica, especialmente em áreas férteis e “...permeáveis à consideração dessa índole como a de direito mercantil.”

¹⁴⁷ BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 197.

¹⁴⁸ FERREIRA PINTO, Fernando A., op. cit, p. 171

Nessa perspectiva, referida abordagem intenta discutir, para ao final compreender, o porquê do sucesso do uso da figura da distribuição comercial. Por qual razão, economicamente, o agente econômico prefere realizar transações de mercado, interagindo com outros agentes, com as negociações e riscos que tais decisões envolvem, a internalizar dentro da sua própria firma tal atividade de distribuição, em que “(...) uma transação de mercado é substituída por uma decisão administrativa (...)”¹⁴⁹.

Embora mais rápida e menos burocrática a alocação de recursos dentro do universo da própria firma, a análise busca definir que elementos são avaliados e qual a lógica econômica que subjaz ao empresário para que decida por alocar os recursos numa transação de mercado, rediga pelo preço¹⁵⁰, com fricções maiores das que haveria caso internalizasse a atividade.

Com certeza, cabe ao produtor, entre as opções que possui, escolher a melhor forma de gerir a distribuição dos seus produtos, analisando, para além dos custos que incorrerá, os riscos que assumirá terceirizando parte de sua operação. Ao fim e ao cabo, todavia, o fabricante buscará encontrar a melhor relação entre o custo e o benefício daí resultante, esse compreendido como a potencialização de suas vendas e o acesso a mercados antes não explorados¹⁵¹.

Nessa toada, importante a verificação, para os limitados fins da presente investigação, das formas de arranjos organizacionais, ou seja, as estruturas de governança, como também dos pilares da Teoria dos Custos de Transação, da racionalidade limitada do *homo economicus* e dos oportunismos daí decorrentes.

¹⁴⁹ Coase: “Within the firm individual bargains between the various cooperating factors of production are eliminated and for a market transaction is substituted an administrative decision.”. COASE, Ronald H. – The problem of social cost, p. 16.

¹⁵⁰ Para Coase, firma e mercado são formas distintas de governo das transações. No ambiente da firma, o método de funcionamento é a hierarquia, em que as decisões são todas de forma administrativa, direta e pela direção e riscos centralizados do empresário. Já no ambiente de mercado, é o preço quem regula o funcionamento, e as trocas cabem por ser anônimas e descentralizadas. Será o cotejo, das circunstâncias postas a análise no caso concreto, com avaliação dos riscos, benefícios e custos de cada uma das formas de governo das transações, que decidirá, ao empresário, que via utilizar; se a de preços ou a hierárquica. O foco da decisão, ao final, deverá ser sempre a menor valor de produção. COASE, Ronald H. – The problem of social cost.

¹⁵¹ Vide, nesse sentido, a lição de Brito, para quem: “Ao produtos compete determinar qual das vias será a mais eficiente, isto é, qual será capaz de assegurar o máximo de vendas, com os menores custos de distribuição e com a possibilidade de fortalecimento e desenvolvimento progressivo”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 22.

2.1 Das Estruturas de Governança

A organização da atividade econômica pode ser realizada através de mais de uma forma estrutural, a depender da eficiência com que cada um desses arranjos apresente para organizar uma transação.

O foco, pois, está na transação, e as formas organizacionais seriam, de acordo com a Teoria das Organizações, as diferentes estruturas de governança capazes de organizar as transações a partir da interação e do relacionamento entre os agentes econômicos¹⁵².

Há, tradicionalmente, duas matrizes institucionais caracterizadas como arranjos organizacionais: o mercado, regido pelo sistema de preços, e a firma¹⁵³, em que as decisões são tomadas de forma hierárquica. Há, ainda, a par dos dois arranjos, a formatação híbrida de mercado e preço, podendo ser considerada uma terceira forma de estrutura governamental.

O mercado é regido pelo preço e a firma é ditada pela hierarquia. As decisões realizadas no ambiente interno de uma firma são mais rápidas, ágeis, bastando, para tal, via de regra, comandos administrativos. Exigem, contudo, uma coordenação dos agentes que devem estar alinhados com os objetivos da firma. Já dentro do mercado, as transações envolvem negociações, contratos e análises de riscos.

Nesse sentido, valioso o estudo de Coase, em 1937, em seu trabalho intitulado *The nature of the firm*, que demonstrou que o sistema de preços não funcionava sem a existência de custos¹⁵⁴, os custos de transação, o que levaria à preterição desse arranjo frente à estrutura integrada da firma.

Pelo trabalho científico, Coase põe em xeque a quase que indubitosa, até então, aceitação da organização econômica pelo mercado – sistema de preços – sugerindo que o

¹⁵² MÉNARD, Claude [et al.] – Economia das organizações: formas plúrimas e desafios, p. 16-17.

¹⁵³ Ao definir firma, Ménard destaca que: “A firma é uma entidade que produz algo (vendido no mercado) a partir de algo (adquirido no mercado).” E arremata indicando que: “O objetivo da firma é a maximização dos lucros, a diferença entre receitas e despesas.”. Idem – Op. Cit., p. 14.

¹⁵⁴ Sobre o tema, Coase enfatiza: “A principal razão pela qual é lucrativo estabelecer uma firma pareceria ser que existe um custo na utilização do mecanismo de preços. (...) Tal custo pode até ser reduzido, mas não será eliminado, (...). Também devem ser levados em consideração os custos de negociar e celebrar um contrato individual para cada transação de troca que ocorre em um mercado (...)”. COASE, Ronald H. – A firma, o mercado e o direito, p. 38-39.

sistema de preço não ocorre sem custos e, ainda, que dentro do ambiente da firma, essas transações ocorreriam pelo direcionamento do empresário-coordenador. E destaca que

Fora da firma o movimento de preços direciona a produção, que é coordenada por uma série de operações de troca efetuadas no mercado. Dentro de uma firma, essas transações de mercado são eliminadas e, em lugar da complexa estrutura do mercado com operações de troca, entra o empresário-coordenador, que direciona a produção (...).¹⁵⁵.

A estrutura governamental híbrida possui, como o nome sugere, genes tanto do arranjo de mercado quanto da forma organizacional da firma, embora possua autonomia fisiológica própria que a permita sua autonomização. É o caso das organizações baseadas em parceria, como os contratos de franquia e *joint venture*.

Ao mesmo tempo em que tais arranjos exigem a coordenação dos objetivos entre os agentes, faz-o sem integração, adotando, através de acordos formais com parceiros, mecanismos de incentivo para que estes, autonomamente, executem parte das atividades do processo econômico envolvido¹⁵⁶. Sem dúvidas, tais relações são campos férteis para a configuração de dependência econômica entre os agentes envolvidos e, ainda, para a ineficiente e combatida prática de condutas oportunistas.

A decisão pela descentralização de partes ou de etapas do processo produtivo necessariamente enfrenta um juízo prévio de avaliação conjuntural e da conveniência na

¹⁵⁵ COASE, Ronald H. – A firma, o mercado e o direito, p. 36. No mesmo sentido, vide Ménard et al., para quem a firma, “(...) em comparação com os mercados, (...) pode ser definida como um arranjo deliberadamente construído pelos agentes (ou por um subconjunto de agentes) para coordenar suas ações com objetivos específicos, valendo-se de um conjunto de acordos explícitos de comando e de cooperação.”. MÉNARD, Claude [et al.] – Op. Cit., p. 18.

¹⁵⁶ Ménard et al., destaca que “Híbridos são os arranjos institucionais, sejam de longo ou curto prazo, entre os parceiros que, valendo-se de um acordo formal, mantêm a sua autonomia sobre as decisões, preservando ainda a separação dos seus direitos de propriedade, bem como sua independência (mantendo-se concorrentes no que diz respeito a outros segmentos de suas atividades) (...)”. Idem – Op. Cit., p. 20.

gestão dos custos de transação¹⁵⁷.

É o que Williamson define como *princípio do alinhamento discriminante*, de acordo com o qual a estrutura de governança que apresentar o menor custo para gerir as transações é a que governará a escolha de se produzir o bem, adquiri-lo ou de optar pelo arranjo híbrido¹⁵⁸.

2.2 TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO (TCT)

A Teoria dos Custos de Transação¹⁵⁹, de gênese puramente econômica, visa analisar os custos decorrentes das transações, ou seja, qual o dispêndio de recursos econômicos para planejar, realizar e fiscalizar as interações entre os agentes, os quais variam de acordo com o tipo com a forma da operação realizada, cotejando-os com os custos de produção (*make or buy decision*)¹⁶⁰.

Tal teoria centra-se no pressuposto que o funcionamento e desenvolvimento de uma economia se dá a partir da interação dos agentes econômicos, de suas transações, as quais se desenvolvem de forma dinâmica, constante, com previsões intertemporais e, ainda, num

¹⁵⁷ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição, p. 81.

¹⁵⁸ MÉNARD, Claude [et al] – Op. Cit., p. 25.

¹⁵⁹ Para Stjan consideram-se custos de transação “(...) aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes. Também devem ser incluídos movimentos que se sigam à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito.”. STJAN, Raquel – A incompletude do contrato de sociedade, p. 8.

¹⁶⁰ Forgioni destaca, sobre o tema, que: “A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos de deverá incorrer para a contratação de terceiros [custos de transação]. Quanto menores os custos de transação, maior a fluência das relações econômicas e o desenvolvimento.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 142.

contexto econômico sempre mutante e, finalmente, regido por agentes que, entre si, sempre possuem interesses com algum grau de divergência.

Em suma, essa análise decorre do questionamento, não respondido, até então, pela Teoria Neoclássica, de entender o porquê a empresa internalizava atividades que poderia obter a um custo inferior no mercado, supondo a existência de ganhos de eficiência provenientes da divisão do trabalho¹⁶¹.

A Teoria dos Custos de Transação (TCT) veio trazer a percepção de que a relação com os agentes do mercado demanda custos, os custos de transação. E, quanto maiores tais os custos envolvidos no uso do mercado, mais vezes o processo de produção ocorrerá dentro da firma, verticalizado¹⁶².

A TCT busca explicar o desempenho da empresa por meio da eficiência nos custos de transação. Mostra que um dos principais objetivos das organizações é minimizar os custos envolvidos nas trocas de recursos com o meio ambiente e com as outras organizações, economizando tempo e recursos¹⁶³.

Referida teoria é originária de estudos seminais de Coase, em 1937, em seu trabalho intitulado *The nature of the firm*, que lhe rendeu um Prêmio Nobel de Economia. A abordagem da Coase, a época, focou na figura da empresa, da firma, justificando o porquê de sua existência e até o seu elastecimento, em contraponto ao sistema de preços, decorrente as interações do próprio mercado.

A questão dos custos de transação foi retomada pelo mesmo autor mais posteriormente, no trabalho intitulado *The problem of the social cost*, em 1960, o qual serviu de base à formulação do Teorema de Coase¹⁶⁴. Coase inaugurou uma perspectiva da economia com base no mundo real, em que não existem mercados sem fricções^{165,166}.

¹⁶¹ Vide, sobre o tema, SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de – A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas.

¹⁶² Coase, sobre o tema, destaca: “Uma vez que se levam em conta os custos de realização de transações de mercado, é claro que essa realocação dos direitos só ocorrerá se o aumento do valor da produção como consequência do rearranjo for maior do que os custos incorridos para implementá-lo.”. COASE, Ronald H. – A firma, o mercado e o direito, p. 115.

¹⁶³ MACÁRIO Mariza – A teoria dos custos de transação e neo-institucionalismo, n. p.

¹⁶⁴ Segundo o qual, “(...) na ausência de custos de transação, a alocação dos recursos sempre será efectuada da forma socialmente mais eficiente.” FERREIRA PINTO, Fernando A. – Op. Cit., p. 173.

¹⁶⁵ FERREIRA PINTO, Fernando A., op. cit, p. 172

Utilizando-se das contribuições de Coase, Williamson colaborou no desenvolvimento, já nos anos 70, da TCT, principal contribuição da Nova Economia Institucional, corrente essa de estudos com “(...) enfoque institucionalista, preocupada, fundamentalmente, com aspectos microeconômicos (...)”¹⁶⁷.

De acordo com Willianson, “(...) a TCT enfatiza o sistema produtivo essencialmente como um tecido de arranjos contratuais, entendendo, portanto, o problema da organização econômica como um problema contratual (...)”¹⁶⁸.

Os custos de transação¹⁶⁹ seriam todos os custos incorridos num processo de troca, incorridos tanto antes (custos *ex ante*) e mesmo após (*ex post*) a realização do negócio e, abrangendo, desde custos informacionais acerca dos parceiros a negociar, sobre os bens a permutar, mas também, os custos de negociação, da redação de um contrato, monitoramento e até da reação frente ao incumprimento contratual¹⁷⁰.

São, ainda, na mesma perspectiva, as tais fricções que colaboram, negativamente, mais ou menos, a depender da sua intensidade, para o funcionamento mais eficiente do mercado.

¹⁶⁶ Sobre o tema, Coase enfatiza: “Até esse ponto, o argumento se baseou no pressuposto (...) de que não há custos envolvidos na realização de transações de mercado. Este é, naturalmente, um pressuposto muito pouco realista. A fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação e em que termos, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Com frequência, essas operações são extremamente dispendiosas, ou, de qualquer modo, custosas o suficiente para inviabilizar muitas operações que seriam realizadas em um mundo no qual o sistema de determinação de preços funcionasse sem custos.”. COASE, Ronald H. – A firma, o mercado e o direito, p. 114.

¹⁶⁷ SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de – Op. Cit., n. p.

¹⁶⁸ Idem – Op. Cit., n. p.

¹⁶⁹ Forgioni define, com lastro nas lições de Coase e Williamson, custos de transação “(...) como aqueles em que a empresa incorre mesmo antes de realizar o negócio (*ex ante costs*) para encontrar o parceiro, conceber, negociar, minutar e blindar o acordo, bem assim os custos posteriores, (*ex post costs*) relacionados a problemas e ajustes que vem à tona durante a vida do contrato por conta de inevitáveis lacunas, erros, omissões e fatos que não foram antecipadamente previstos pelas partes.”. FORGIONI, Paula A. – Contrato de distribuição, p. 205.

¹⁷⁰ FERREIRA PINTO, Fernando A. – Op. Cit., p. 175.

2.2.1 Custos de coordenação, motivação e custos idiossincráticos

Os custos de transação são tradicionalmente identificados pela melhor doutrina e organização industrial entre custos de coordenação e custos de motivação. Há ainda, os custos relacionados a ativos específicos, ou custos idiossincráticos.

Os custos de coordenação¹⁷¹ são os realizados para o estabelecimento da transação, do negócio, e são os afeitos à colheita informativa sobre o mercado, suas preferências e características, à escolha do melhor parceiro e à, entre outros, publicidade e propaganda da operação negocial¹⁷². São, com efeito, o monitoramento do ambiente, com o planejamento e a barganha nas tratativas para o estabelecimento do negócio.

Já os custos de motivação, por sua vez, são os relacionados à incompletude de informação sobre a parte contrária e pelo risco de ser prejudicada pelo comportamento alheio, do outro contratante. Estão mais relacionados com a execução do contrato.

Se, normalmente, os custos e investimentos são úteis para várias destinações, podendo, genericamente, serem alocados em situações envolvendo uma gama elástica de clientes e negócios, os custos idiossincráticos são os que possuem aptidão específica, especializada, voltada para uma determinada contratação, ficando total ou parcialmente¹⁷³ “afundados”¹⁷⁴ após a sua efetivação.

Os custos podem ser considerados como específicos e, assim, idiossincráticos, sob vários aspectos: seja o físico, na medida em que seja um produto ou equipamento relevante apenas para o desenvolvimento de determinado fim; o temporal, que seria exatamente o desgaste decorrente da ociosidade ou da precibilidade diante da árdua e complexa necessidade de realocação dos ativos em outro local; humana, em razão dos treinamentos

¹⁷¹Vide, FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 205.

¹⁷² Romero, sobre os custos de coordenação, resume que: “Esta espécie seria representada pelo custo da descoberta de quais seriam os preços relevantes de equilíbrio em cada transação, prazos, publicidade, etc., enfim, os custos relacionados com o estabelecimento do negócio e suas condições.”. ROMERO, Anna Paula Berhnes – As restrições verticais e a análise econômica do direito, p. 17.

¹⁷³ Os *sunk costs* são os custos irrecuperáveis, que podem compor a gama dos custos idiossincráticos. Vide, nesse sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 70-71.

¹⁷⁴ FERREIRA PINTO, Fernando A., op. cit, p. 181

necessários e capacitações e, por fim, o dedicado, que considera que o investimento foi realizado para atender uma necessidade customizada para parte contrária.¹⁷⁵

Tais custos envolvem, normalmente, relações contratuais perenes e potencializam a sedimentação da pactuação entre as partes, “(...) transformando a relação entre comprador e fornecedor em um verdadeiro monopólio bilateral (...)”¹⁷⁶.

Efetivamente, quanto maior o investimento de uma das partes em custos idiossincráticos, ou seja, em investimentos específicos para aquela relação, maior será a dependência do investidor àquele contrato. Os custos e perdas com o fim do ajuste podem ser superiores e, assim influenciarem o contratante investidor a, mesmo em prejuízo, submeter-se e a aderir a cláusulas e condições contra si desfavoráveis.¹⁷⁷

A decisão entre fazer e comprar, dentro do processo produtivo, é diretamente proporcional aos custos de transação incorridos no negócio. As firmas, pelo mais puro conceito *coasiano*, em resumo, se justificam com o objetivo de reduzir os custos relacionados com a alocação dos recursos pelo sistema de preço, através de transações de mercado, o que só tem sentido, em tese, se os custos da integração forem até iguais havidos em transações de mercado^{178,179}.

¹⁷⁵ AZEVEDO, Paulo Furquim de – Economia dos contratos, p. 112-136.

¹⁷⁶ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 232.

¹⁷⁷ Vide, nesse viés, Forgioni, para quem: “Custos idiossincráticos poder trazer o estado de dependência unilateral ou recíproca porque, regra geral, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes do aborto da operação. E ainda: quanto menor sua probabilidade de recuperação, maior o grau de dependência.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 71.

¹⁷⁸ ROMERO, Anna Paula Berhnes – Op. Cit., p. 18.

¹⁷⁹ Coase enfatiza, acerca da temática: “(...) não surpreenderia se o surgimento de uma firma, ou a ampliação de suas atividades existentes, fosse a solução adotada em muitas ocasiões para lidar com o problema dos efeitos nocivos. Esta solução será adotada sempre que os custos administrativos da firma forem inferiores aos custos das transações de mercado que suplanta, e os ganhos que resultariam da reorganização das atividades fossem superiores aos custos da firma para organiza-los.”. COASE, Ronald H. – A firma, o mercado e o direito, p. 114.

2.3 Racionalidade Limitada

Nesse sentido, é importante ter em consideração que o ser humano, o *homo economicus*, é, em sua essência, um decisor egoísta, racional, tendente a adotar, sempre que possível, comportamentos oportunistas e que valorizem seus ganhos individuais, olvidando os parâmetros de boa-fé e solidariedade que se espera de uma relação bilateral.

O economista e psicólogo norte americano Herbert Alexander Simon (1926 – 2001) apresentou uma pesquisa sobre o processo decisório em organizações econômicas que rendeu a ele o Prêmio Nobel de 1978. Uma das constatações dessa pesquisa foi a Racionalidade Limitada¹⁸⁰ do ser humano. Para o mesmo, os indivíduos possuem limitações no processo de decisão racional, uma vez que incapazes de não fazer inserir elementos de alto teor subjetivo na tomada de decisão.¹⁸¹

Os indivíduos, agentes econômicos, têm, efetivamente, uma limitação natural de sua racionalidade, o que restringe sua capacidade de processar o conjunto informativo que lhe é apresentado¹⁸². Diante de tal racionalidade, limitada, as decisões tomadas são satisfatórias e não ótimas. Sem a existência de limites à racionalidade, em hipótese, todas as transações poderiam ser holisticamente antevistas, com a análise prévia de todas as suas variáveis, permitindo a elaboração de contratos prevendo todos os acontecimentos possíveis, o que eliminaria incertezas¹⁸³ e, assim, sem os custos relacionados a tais inseguranças.

¹⁸⁰ Vide, sobre o tema, Gonzaga, para quem “No modelo da racionalidade limitada, a variante subjetiva da utilidade esperada da escolha racional é integrada ao risco e à incerteza, associando uma distribuição de probabilidade, estimada pelo tomador de decisão por meio dos resultados. Dessa forma, o tomador de decisão maximiza a utilidade esperada.”. GONZAGA, Miller José Vargas – A influência da racionalidade limitada e do oportunismo em um jogo de empresas, p. 36.

¹⁸¹ Nesse sentido, vide Melo e Fucidji, para quem “As informações utilizadas pelo agente para a tomada de decisão são baseadas em fatos muito subjetivos, como as percepções que os indivíduos têm acerca do ambiente em que vivem. A racionalidade dos agentes depende de suas crenças, e estas crenças dependem das informações disponíveis no momento de suas ações. Neste sentido, um conjunto de informações completamente deturpadas pode gerar comportamento racional, desde que as ações de um grupo de indivíduos sejam amparadas por estas informações.”. MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo – Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos, p. 625.

¹⁸² Forgioni destaca, sobre o tema, que: “Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se que sua racionalidade é limitada.” E continua: “No mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento em que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre a outra contraparte, sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional, sobre o porvir.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 151-152.

¹⁸³ FARIA, Ana Cristina de; ARRUDA, Alessandro Gustavo Souza; DI SERIO, Luiz Carlos, PEREIRA, Susana

E são essas tais limitações que levam à necessidade de um contrato, o qual, pela própria natureza do vínculo de distribuição, perene, é naturalmente incompleto, sem a possibilidade de se antecipar, *ex ante*, todas as contingências que podem aparecer durante a execução da avença¹⁸⁴.

Seria extremamente custoso, além de difícil execução, a redação de contratos com a previsão de todas as contingências que, da relação a se iniciar, podem surgir. Um juízo de prognose fadado, inclusive, além do custo, à ineficácia. De modo que a existência de lacunas nos instrumentos contratuais é a regra e a praxe¹⁸⁵, florescendo, daí, soluções a tais lacunas com amparo nos princípios constitucionais e, ainda, no direitos dos contratos.

A natural incompletude dos contratos, somada à racionalidade limitada dos agentes envolvidos, favorecem o florescimento de práticas oportunistas¹⁸⁶, acarretando diversos custos e, assim, desfavorecendo o regime de mercado. Some-se a isso o fato de que, na distribuição comercial, apesar do vínculo nitidamente colaborativo, as partes sempre possuirão alguns interesses contrapostos, egoístas, facilitando a adoção de práticas vis e ardis.

Especialmente quanto aos contratos empresariais, a característica que fundamenta todos os ajustes é a finalidade do lucro, o escopo lucrativo¹⁸⁷. Todos os pólos são movidos pela possibilidade de angariar mais resultado financeiro.

Sem dúvidas, tal situação, aliada à racionalidade limitada do homem econômico, coopera, embora sem autorização, para a ocorrência de práticas oportunistas. O intuito lucrativo não autoriza práticas predatórias e disformes os preceitos da boa-fé contratual. No tocante à distribuição comercial, somam-se a isso o caráter duradouro e perene das relações estabelecidas, além da exigência de investimentos em ativos específicos¹⁸⁸.

Carla Farias – Ensaio sobre a Teoria dos Custos de Transação (TCT): foco na mensuração.

¹⁸⁴ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 86.

¹⁸⁵ E não um defeito, já que a incompletude é da essência da pactuação. No mesmo sentido, vide FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 63-64.

¹⁸⁶ De acordo com Williamson apud Pinto, o oportunismo “(...) corresponde à busca do interesse próprio com perfídia ou astúcia, recobrando um amplo leque de situações, que podem ir desde comportamentos patentemente ilícitos a formas mais subtis de conduta desleal ou enganosa.”. PINTO, Fernando A. – Op. Cit., p. 176

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 108.

¹⁸⁸ Nesse sentido, vide Mussi, para quem: “A existência de investimentos em ativos específicos restringe a mobilidade do agente econômico dependente, aumentando o risco de condutas oportunistas do principal. Sua possibilidade de escolha é substancialmente afetada. Muitas vezes, a ausência de alternativas equivalentes ou razoáveis obriga-o a aceitar condições gravosas unicamente em razão da perspectiva de continuidade do

2.4 Oportunismo

Antes de adentrar à análise dos oportunismos relacionados à TCT, é preciso especificar seu conceito. E, destaque-se, desde logo, que o conceito de oportunismo na Teoria dos Custos de Transação é diverso daquele utilizado na linguagem cotidiana, corrente, que pode ser identificado como uma habilidade, uma qualidade de se identificar ganhos diante de situações apresentadas. No âmbito do TCT, o termo tem acepção diversa e, alíás, quase que inversa, não se apresentando como habilidade, mas como uma postura indesejada por parte do agente econômico que a pratica.

Trata-se, o oportunismo, pela TCT, do aproveitamento, através de uma ação ou omissão¹⁸⁹, ilícito ou apenas desleal, para aquilo que se espera de um contraente em benefício próprio. Não necessariamente a prática oportunista é, em si, ilícita; pode ser, como dito, apenas socialmente indesejada, como o aproveitamento de situação desvantajosa da outra parte.¹⁹⁰

Voltando-se o olhar aos contratos de distribuição, como dito outrora, ainda que estes sejam contratos colaborativos, em que há um verdadeiro mutualismo entre os contraentes, e o esforço de uma das partes atua no sucesso da contraparte, fato é que os interesses das partes contratantes nunca são inteiramente convergentes, dando azo à implementação de práticas oportunistas e, assim, conseqüentemente, aumentando o custo de transação do negócio¹⁹¹.

O ato oportunista, ou apenas o seu risco, além de atingir um dos grandes valores de uma relação negocial, qual seja a confiança, culmina por exigir a alocação de recursos e energias em áreas paralelas à atividade negocial, com desperdício de tempo e dinheiro.

negócio, pois o rompimento da relação poderá significar perdas ainda maiores.”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 90.

¹⁸⁹ Oportunismo ativo ou passivo, respectivamente.

¹⁹⁰ Pinto classifica os oportunismos em forte, clamoroso ou flagrante (*blatant opportunism*) se o mesmo traduz atos ilícitos, dolosos, e, noutro sentido, oportunismo fraco, que abrange formas mais sutis de comportamentos desleais. PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 178

¹⁹¹ Vide, nesse viés, Antiqueira, Saes e Lazzarini para quem: “O comportamento oportunista nas relações contratuais que demandam investimentos específicos, denominado *hold-up*, é tido na literatura como uma das explicações para a existência de firmas integradas verticalmente”. ANTIQUEIRA, José Roberto Moraes; SAES, Maria Sylvia Macchione; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti – Comportamento oportunista em negociações envolvendo investimentos específicos: um estudo com metodologia experimental, p. 393-404.

Mais ainda, a verificação do risco de se haver a prática oportunista, a partir de históricos e, ainda, de uma verificação preliminar de qualquer das partes, termina por desincentivar¹⁹² e até, contribuir para que negócios vultosos, capazes de gerar divisas e, assim, dar maior fluidez ao mercado, não se materializem.¹⁹³

A outra face da prática oportunista, diante do consequente aumento do custo da transação que o oportunismo causa, é a tendência, pelo empresário, de escolher fazer ao invés de comprar (*make ou buy decision*), passando a integrar verticalmente sua operação, com prejuízos, em tese, decorrentes da falta de especialização e divisão do trabalho. Ilustra essa proposição o clássico caso da General Motors e da fabricante de carrocerias Fisher Body.¹⁹⁴

Objeto futuro de análise desse trabalho, o instituto da indenização de clientela é, sem dúvidas, um antídoto, ou mesmo desestímulo, à prática, pelo principal, de ato oportunista. A indenização de clientela é figura típica da agência que, de regra, carrega vínculos eivados de dependência econômica e alto poder de comando por parte do principal.

Como o agente age por conta do principal, como fito principal de prospectar negócios àquele, carrega, consigo, algum risco em sua relação contratual, sendo relativamente fácil a sua comutação por vontade do fabricante. Situações casuísticas evidenciam uma completa dominação do principal junto ao agente, influenciando, quando não impondo, suas tomadas de decisões no âmbito do contrato. Mais vale ao agente, em uma análise marginal, submeter-se a uma regra convencional desfavorável do que perder o contrato.

¹⁹² Nesse sentido, vide Sarto e Almeida: “Todavia, a busca do agente pelo crescimento de seu desempenho econômico é permanentemente condicionada pela incerteza decorrente de sua não onisciência presente e futura sobre o conjunto de elementos que permeiam as transações econômicas, sejam eles relativos às condições do ambiente econômico ou ao comportamento das partes envolvidas. Por conseguinte, os contratos, na medida em que envolvem expectativas e promessas de conduta sem um contexto previamente desconhecido, mostram-se necessariamente incompletos e munidos de riscos.” SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de – Op. Cit. n. p.

¹⁹³ FERREIRA PINTO, Fernando A – Op. Cit., p. 180

¹⁹⁴ Antikeira, Saes e Lazzarini, sobre o *hold up*, “(...) ilustram essa proposição com um caso que se tornou bastante conhecido: o contrato firmado em 1919 entre a General Motors (GM) e seu então supridor de carrocerias, a Fisher Body. Por meio desse contrato, a GM comprometeu-se a adquirir carrocerias exclusivamente da Fisher nos dez anos seguintes, por um preço atrelado aos custos variáveis de produção. De acordo com os autores, ocorreu o *hold-up*, pois a Fisher agiu oportunisticamente ao empregar uma tecnologia ineficiente de forma a aumentar sua margem na transação. A Fisher também se recusou a instalar uma planta de suprimento próxima à da GM, com receio de que houvesse redução no seu ganho por unidade de carroceria entregue. Supostamente em razão do fracasso desse arranjo institucional, o contrato foi descontinuado em 1926, quando a GM se integrou verticalmente com a aquisição da Fisher Body.” ANTIQUEIRA, José Roberto Moraes; SAES, Maria Sylvia Macchione; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti – Op. Cit., p. 393-404.

Se o principal quiser se apropriar do mercado angariado pelo agente, ou mesmo substituí-lo, pode fazer de forma muito ágil, na medida em que a clientela firmada a partir dos esforços do terceiro é toda estabelecida consigo.

A indenização de clientela, nesse viés, visa compensar tal vulnerabilidade e exposição que atinge o agente contra ato oportunista daquele com quem possui relação contratual firmada¹⁹⁵, incentivando, assim, a perenidade de um pacto que não apresenta justo motivo para o seu encerramento.

2.4.1 *Hold Up*

Um dos mais conhecidos exemplos de ato oportunista é o *hold up*.^{196,197} Assim como sugere a tradução literal da língua inglesa, o *hold up* está associado a fazer a parte contrária refém, à chantagem, por uma das partes, em situação pontual de poderio à contraparte débil.

¹⁹⁵ No mesmo sentido, vide Pinto, para quem a indenização de clientela “... constitui um contra-estímulo adequado à detenção do oportunismo do principal ...” e que a mesma “... constitui mecanismo de realização de justiça contratual (...) e de prevenção do abuso.”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 732.

¹⁹⁶ Veloso e Cateb, sobre o tema, destacou que: “Em sentido literal, a tradução para o termo *hold up* é a equivalente a expressão “tomar como refém”, o que designa com fidelidade o contexto do que ocorre com uma das partes do contrato em face do inadimplemento injustificado do outro contratante”. Os autores arrematam exemplificando o caso do canal de TV paga HBO e do ator, James Gandolfini, famoso pelo seriado *The Sopranos*, que “(...) ameaçou interromper as gravações e abandonar seu papel na série caso seu contrato, que previa o pagamento de quatrocentos dólares por episódio não fosse revisto pelo canal contratante. Sem possibilidade de negociação, e sob o risco iminente de ver um de seus principais programas fracassar, a HBO aumentou o valor em questão para oitocentos dólares por episódio. Este exemplo expressa a coerência do termo tomar como refém, pois é evidente que o *hold up* ocorre justamente quando o contratante não possui outra alternativa que não seja ceder, sob pena de desfazimento completo do negócio jurídico e as perdas e danos, sobretudo de investimentos e expectativas frustradas dele decorrentes.”. VELOSO, Sílvia Mechelany; CATEB, Alexandre Bueno – Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (*efficient breach*), n. p.

¹⁹⁷ No mesmo sentido, vide VELOSO, Sílvia Mechelany; CATEB, Alexandre Bueno – *Hold Up: lesão contratual por premente necessidade*, n. p. Referido artigo destaca o trabalho de Steven Shavell, *Contractual Holdup and Legal Intervention*, que apresenta a questão com o exemplo do caso do electricista que, no último dia do ano, impõe preço extremamente elevado para realizar o serviço sem o qual o jantar de ano-novo do principal restaurante da cidade. Vê-se aqui o mesmo desequilíbrio econômico que impossibilitaria qualquer indenização substancial ou suficiente para responder pelos prejuízos materiais e morais sofridos pelo restaurante. Nestes exemplos, resta à vítima ceder ao detentor do alto poder de barganha.

Normalmente, a figura oportunista do *hold up* é verificada em casos em que é exigido investimentos específicos¹⁹⁸ de uma das partes, de baixa comutatividade (*switching costs*), ou seja, investimentos que dificilmente seriam aproveitados pela parte investidora em outras operações negociais.

Específico pois, na medida em que uma grande fração do seu retorno depende da continuidade, por período compatível com seu vulto, da transação para o qual o investimento foi realizado¹⁹⁹, o que culmina por representar um alto custo de saída do contrato, gerando uma dependência facilitadora da manifestação do ato oportunista.

Uma vez tendo realizado tais investimentos, a parte fica refém de mandos, chantagens e propostas muito desvantajosas feitas pelo outro contratante, detentor de poder de barganha, na medida em que, para si, ainda é mais vantajoso aceder a tais exigências do que correr o risco de ter o contrato cancelado, diante dos investimentos realizados.²⁰⁰

2.4.2 *Free Riding*

Um outro famoso exemplo de ato oportunista são as atuações dos *free riders*²⁰¹. O *free rider* é “(...) o agente econômico que se aproveita de externalidades positivas de

¹⁹⁸ Colangelo enfatiza que: os investimentos específicos, dada a sua característica de *sunk costs*, representam uma “barriera all’uscita dal contrato (...)”. COLANGELO, Giuseppe – ‘L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, p. 45.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim – Economia dos Contratos, p. 112-136.

²⁰⁰ Mussi, sobre o tema, destaca que “(...) hipóteses em que a estrutura contratual exige investimentos próprios à execução da avença (relation-specific investment), assim compreendidos os investimentos que, uma vez realizados em função de um contrato interpempresarial em curso, terão valor inferior em usos alternativos se comparados com o uso ao qual são destinados originalmente.” E complementa: “O agente que realiza os investimentos específicos, (...), encontra-se em posição vulnerável. Diante do temor de perder os recursos já empregados e, assim, de manter a relação em curso, a contraparte passa a ter poder econômico representado da simples ameaça de por fim ao contrato. Essa possibilidade outorga ao empresário dominante privilégios na renegociação da avença incompleta, inclusive com apropriação *doe quase-rents*.”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 91-92.

²⁰¹ Cite-se, por todos, para fins de evidenciação prática do ato oportunista, o fácil exemplo trazido por Forgioni: “Suponhamos a seguinte situação: uma senhora paulistana que está reformando sua casa precisa trocar o carpete de algum dos seus cômodos. Dirige-se então a um dos endereços mais sofisticados da cidade para escolher seu produto. Na loja, situada em um ponto comercial bastante conveniente, deixa seu carro com um manobrista gratuito, notando que eventuais avarias estarão seguradas. Entra no estabelecimento, decorado por um dos profissionais mais famosos da cidade, sentindo-se à vontade e confortável no ambiente arejado e luxuoso. É atendida, então, por um vendedor extremamente treinado, que lhe dá toda a assessoria na escolha da altura das fibras, número de nós por centímetro etc. (...) Por uma copeira bastante solícita, é-lhe servido

*determinadas ações por terceiros que desejam seus benefícios, mas não está disposto a participar em seus custos. Como tal, falseia as condições de concorrência.”*²⁰².

Uma das formas de se combater, na distribuição comercial, a atuação do *free rider* é, por exemplo, fixar preços de vendas final do distribuidor (“*price restraints*”, como chamam os americanos), preços mínimos de venda, ou mesmo exigir a exclusividade na atuação do distribuidor, evitando que investimentos feitos pelo fabricante, seja na infraestrutura do distribuidor, seja referente à propaganda institucional, ou mesmo informações como a lista de clientes encaminhada por aquele, seja aproveitada por eventual distribuidor *free rider*.

2.5 Da aplicação temática à casuística dos contratos de distribuição

Situando no campo do governo das transações, é possível dizer que os contratos de distribuição nem são completamente regidos pelo sistema de preço (mercado), nem, tampouco, são regulados pela hierarquia e comando centralizado do empresário no interior da firma. Trata-se, entendemos, de uma modalidade híbrida, no bojo da qual é possível perceber, com nitidez, traços marcantes de ambas formas de governo.

Economicamente, contudo, a distribuição comercial, apesar de ser um contrato colaborativo, exige um amplo controle de fiscalização e previsões sancionatórias, uma vez que é ambiência a favorecer a prática de atos considerados oportunistas.

Uma vez inserto em uma rede de distribuição, junto com diversos outros distribuidores, é natural, e isso não lhe retira a validade, que os contratos firmados sejam de adesão. De fato, como destaca Forgioni²⁰³, “(...) sem a padronização contratual seria quase

café expresso com biscoitinhos. Não há qualquer possibilidade de venda de produtos sem a correspondente emissão de nota fiscal. Escolhido o produto exato, que custava R\$ 50,00 o metro quadrado instalado, a senhora anota a referência do fabricante. Dirige-se então, a uma loja situada na periferia da cidade, sem qualquer estrutura, onde os produtos estão amontoados. Nem se cogita a emissão de nota fiscal. Com a referência obtida na outra loja, compra exatamente o mesmo produto por um preço de R\$ 30,00 o metro quadrado instalado. (...) Esse comerciante situado na periferia da cidade seria o aproveitador: o *free rider*, que se vale do aviamento do outro para angariar clientes para si.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 210-211.

²⁰² SALOMAO FILHO, Calixto – Clausulas de exclusividade nos contratos de representação comercial, p.455-456.

²⁰³ FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 69.

impossível organizar uma rede de distribuição uniforme aos olhos do distribuidor. Os contratos de adesão possuem ainda a inegável vantagem de diminuir os custos de transação.”²⁰⁴.

Como contrato colaborativo, há um interesse comum partilhado, convergente e alinhado, que impõe práticas solidárias entre os agentes econômicos e, com isso, permite, sem dúvidas, a junção de forças de fabricante e distribuidor para o sucesso da operação. Nessa esteira, ainda que cada uma das partes vise seu próprio desenvolvimento, a característica colaborativa e solidária da relação converge a atuação de forças de modo que o negócio floresça e se desenvolva a partir de tais esforços mútuos, já que os bons resultados culminam por serem proporcionalmente partilhados entre as partes²⁰⁵.

Inexoravelmente, contudo, e para isso pesa o fato do distribuidor ser um agente autônomo, fora do ambiente interno da firma, a convergência de interesses nunca será plena e indubitosa. Ao longo de uma relação longeva, como típico nos pactos de distribuição, muitas vezes os interesses individuais dos agentes polarizam, divergindo e, assim, cada um agirá do modo que acredita que poderá potencializar seus resultados.

Como empresários independentes, a solidariedade entre si só ocorrerá até o limite de ambos acreditarem que está sendo o melhor para o seu negócio. Caso, por alguma razão, enxerguem diferente disso, atuarão de forma a obter o maior ganho a si, muitas vezes competindo com a contraparte²⁰⁶.

Nesse sentido, a formulação do contrato entre os agentes, no âmbito da distribuição comercial, contém um papel fundamental de, além de incentivar e coordenar a prática de atos que potencializem os ganhos conjuntos, partilhados, ou seja, que, fomentem a convergência de interesses, exige a previsão sistematizada, de um conjunto de medidas que

²⁰⁴ A falta de negociação entre as partes, se não revela ilícito em si, colaborando, inclusive, para a redução dos custos de transação e, assim, florescimento da distribuição como estratégia econômico-jurídica de escoamento de produção e angariação de mercados, reforça a necessidade de uma reflexão sobre os termos incluídos no contratos; se presentes ou não abusos a justificar proteções e tutelas.

²⁰⁵ Como muito bem colocado por Brito, ao tratar da função econômica da concessão comercial, “(...) o esforço desenvolvido pelo distribuidor para aumentar os próprios lucros contribui para aumentar os do produtor (...)”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 23.

²⁰⁶ Pinto destaca, nessa temática, que “A confluência de elementos de cooperação e de competição, - que se agregam na fórmula sintética ‘coopetição’ (‘coopetition’) – é, aliás, uma das características que mais regularmente se observa nas formas híbridas de governo das transações (...)”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 192

evitem a prática de condutas oportunistas e, ademais, que protejam e sancionem a parte que optou por agir em desconformidade com o interesse comum do ajuste.

Não se figura desarrazoada, pois, na prática, a exigência de algumas limitações à autonomia plena de gestão da atividade do distribuidor pelo fornecedor – o que, alíás, é uma decorrência natural da sua qualidade de distribuidor integrado à rede –, sem, contudo, engessá-lo a ponto de tomar para si a própria decisão sobre o rumo dos seus negócios.

Visando o fomento do interesse comum, do sucesso partilhado do negócio, é aceita previsões contratuais que estabeleçam, *verbi gratia*, a aquisição, pelo distribuidor, dos seus produtos exclusivamente junto ao fornecedor – *tie contract* –, já que este último realiza investimentos no negócio daquele, evitando a prática de *free ride*, além de colaborar com o zelo pela marca e produto distribuídos; e a previsão de limitação da área de atuação do distribuidor.

De fato, a:

(...) repartição assimétrica dos direitos entre as duas partes é, desse modo, determinada por razões de eficiência – na medida em que pode reduzir os custos de transacção, incentivar a cooperação entre o fornecedor, o distribuidor e os demais distribuidores pertencentes à mesma rede, e facilitar a maximização dos proveitos agregados –, obedecendo a um trade-off, entre o risco de oportunismo pós-contratual que uma e outra apresentam: os aludidos poderes decisórios são atribuídos à parte que tem menores incentivos para se comportar de forma oportunista e maior propensão para maximizar o proveito conjunto.²⁰⁷

Por outro lado, ao fornecedor, naturalmente maior que o distribuidor, é esperada concessões de crédito e demais políticas que evitem o caro endividamento do distribuidor, cercando-se, por óbvio, das garantias necessárias para o caso de incumprimento do seu

²⁰⁷ PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 198-199.

pagamento. Tais medidas revelam seu intuito colaborativo e desincentivos à prática de atos oportunistas pelo grossista.

Para além da adoção de medidas que prestigiem o caráter solidário e colaborativo da distribuição comercial, frente aos riscos fisiologicamente presentes, decorrentes da parcial divergência de interesses entre os contraentes, também do ponto de vista econômico, é importante que o contrato firmado entre as partes, conforme anunciado algures, estabeleça regras próprias de auto-execução e suficiência, com o estabelecimento de medidas regulatórias e disciplinadoras que sejam espontaneamente aceitas pelas partes.

A adesão espontânea das partes às regras e previsões claras do instrumento contrato certamente colabora para a redução dos custos de transação, eis que evita o uso de mecanismos de heterodisciplina, sejam os tribunais judiciais, a via arbitral ou outra solução alternativa com o mesmo propósito, muitas vezes caras, exigindo o desembolso de valiosas e vultosas cifras financeiras, e demoradas, colaborando para a sedimentação da assimetria e instabilidade da convergência e do ânimo colaborativo que se espera das partes.

Cabe ao contrato, outrossim, fruto da previsão das partes, estabelecer gatilhos e proteções que desincentivem a prática oportunista, ou até mesmo, de certa forma, garantam o cumprimento do ajuste²⁰⁸, seja pelas perdas que daí decorrerão, estrategicamente indicadas no regulamento contratual, seja pelo fato de que o ganho decorrente do cumprimento e lealdade ao ajuste, pela parte, será maior do que o mesmo experimentaria caso optasse pela realização do oportunismo combatido.

2.6 Da explicação econômica do sucesso da Distribuição Comercial

O sucesso da via da distribuição comercial para instrumentalizar a relação de escoamento da produção do fabricante, ou mesmo para fazê-lo penetrar ou intensificar sua

²⁰⁸Pinto destaca que “Integram o elenco de tais medidas o pagamento de ‘direito de entrada’ não reembolsáveis, a realização de investimentos específicos por parte do distribuidor, ou a instalação do estabelecimento desse último em espaços arrendados ou subarrendados pelo fornecedor (lease control). PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 199-200.

participação em determinado é comprovado, facilmente, por sua consolidação na mercância cotidiana.²⁰⁹

Desde a Revolução Industrial, quando o contexto econômico passou a exigir o desenvolvimento de arranjos contratuais que regulassem esse escopo, o contrato de distribuição tem cumprido tal mister e colaborado com o crescimento dos mais diversos ramos de negócios, envolvendo, inclusive, indústrias de grande potencial econômico, como o ramo de bebidas, combustíveis, alimentos e moda.

Fato, outrossim, é que a distribuição comercial vivencia um momento muito propício ao seu desenvolvimento. As últimas décadas foram anos em que, fruto da globalização e dos avanços tecnológicos, as distâncias geográficas foram bastante reduzidas, seja virtualmente, com a proliferação de novas e céleres vias de comunicação entre as pessoas, seja mesmo territorialmente, na medida em que os acessos terrestre, aéreo e marítimo estão cada vez mais explorados²¹⁰.

Tudo isso, entre outros fatores exógenos, facilitou o desenvolvimento de uma cultura quase universalizada de consumo. As marcas, principalmente, mas não exclusivamente, as de alto renome, conseguem espaço e penetração em quase todos os mercados, e, com isso, a atividade de distribuição ganha crescente relevo.

Como fenômeno econômico, o uso da distribuição comercial terceirizada só será a adotada, frente à possibilidade de integração vertical, se os custos com a terceirização da atividade compensarem e, assim, o resultado econômico for superior, ao fabricante, ou, pelo menos, igual daquele que experimentaria se optasse por realizar a atividade dentro do ambiente da firma.

E, sem dúvidas, quanto menores forem os custos de transação nesse processo de troca pelo sistema de preços, maior a chance da adoção da via terceirização da atividade distributiva.

²⁰⁹ Sucesso esse, a ponto tal, que há quem reconheça na distribuição não mais uma opção, para o fabricante, com análise dos custos envolvidos, mas, na verdade, uma etapa do processo fabril, senão vejamos: “Daí porque hoje a distribuição é encarada mais como uma etapa da produção de bens e prestação de serviços que como mero custo que se agrega ao produto final.”. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – 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, p. 40.

²¹⁰ Vide, sobre o tema, PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 188.

Além disso, certamente a especialização da atividade soma no processo decisório. Por mais que o fabricante seja capaz de realizar a distribuição dos seus produtos, sendo esse o *cuore* do negócio do distribuidor, tende o mesmo a fazê-la com mais expertise e eficiência²¹¹ que o primeiro.

Sem contar, ainda, que o fabricante terá de dissipar parte de sua atenção, energia e recursos para dirigir um negócio paralelo ao seu, embora a ele relacionado, podendo afetar o nível de qualidade e eficiência da sua atividade principal.

Há, ainda, alguma partição de riscos com o uso do distribuidor. Ao tempo em que o fabricante deixa de assumir riscos financeiros e laborais ao contratar um distribuidor terceirizado, confia na expertise e na credibilidade local do mesmo para que esse, assumindo os seus próprios riscos para realizar, a contento, sua atividade empresarial.

Numa análise meramente teórica, é de se admitir que o caminho natural e ideal ao fabricante seria verticalizar sua operação, realizando a distribuição. Desse modo, alcançaria, diretamente, sem ruídos e intermediações, uma relação mais direta com o seu consumidor, melhor conhecendo suas ânsias e necessidades.

Pesam, contudo, dois pontos favoravelmente a favor do desuso da via da distribuição direta: a especialização do distribuidor terceirizado, conhecedor do mercado e com reputação no mercado que explora, e os custos e riscos envolvidos, dissipados com a terceirização.²¹²

CAROLINA CUNHA²¹³, ao destacar a notável expansão que os sistemas de concessão e a da fraquia conheceram nas últimas décadas, destaca, entre os principais

²¹¹ Sobre o tema, interessante o parecer de Pego, para quem: “Permitindo que o fabricante se furte a determinados custos e riscos, a concessão assegura-lhe intervenção na distribuição, garantindo assim certo grau de diligência e eficácia, sem o qual não haverá uma razoável penetração no mercado, cada vez mais difícil devido à concorrência entre produtores, tão característica da economia capitalista (...)”. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – A posição dominante relativa no direito da concorrência, p. 103.

²¹² Vide, no mesmo viés, Brito, para quem: “Existe, por parte do produtor, um interesse em estabelecer uma relação próxima com os utilizadores para melhor adaptar a produção às necessidades do consumo. Sob esse aspecto, a solução óptima seria a distribuição directa, que acarreta, contudo, consideráveis inconvenientes: a distribuição directa é dispendiosa e rígida.”. BRITO, Maria Helena – O contrato de concessão comercial, p. 23.

²¹³ Cunha, sobre o tema, destaca: “Saliente-se, todavia, que não está excluída a hipótese de, para o empresário, se revelar mais conveniente e reditício substituir a sua rede de agentes por uma rede de concessionários, ou até de franquizados, sistemas que conheceram, aliás, nas últimas décadas, uma notável expansão: pense-se no caso do empresário não dispor de (ou não lhe ser conveniente disponibilizar) os fundos necessários para implantar no mercado em causa uma estrutura própria; ou na hipótese de incertezas sobre a evolução da

elementos de sucesso de referidos programas contratuais, a desnecessidade de investimentos pelo fabricante para o desenvolvimento da atividade de exploração comercial no dado local, bem como pela relativização do risco do fabricante, na medida em que o concessionário e o fabricante arcam com os custos da implantação do seu negócio e são, como sabido, empresários autônomos, assumindo os riscos de sua atividade empresarial.

Numa outra perspectiva, nada impede, contudo, que, dentro da estrutura empresarial do próprio fabricante, este realize parte da sua distribuição de forma direta, verticalmente integrada, e, ainda, o faça de forma terceirizada, conjugando ambas as estruturas do governo das transações – *make and buy decision*.²¹⁴

O uso da via mista permite que o fabricante possa, empiricamente, mensurar os resultados da atividade, competir com o distribuidor terceirizado, estipulando metas e premiações, e, ainda, vivenciar e adotar situações que possam evitar ou coibir a realização das práticas de oportunismo.

Outrossim, quanto mais os fabricantes utilizam da distribuição terceirizada, mais a relação com o distribuidor evolui, e menos recursos precisam ser empregados no monitoramento e na repressão de oportunismos.

Os contratos, nesse viés, a partir de experiências já vividas em outras pactuações, estão cada vez mais completos – apesar de sua natural incompletude –, além de auto-executáveis, conferindo mais segurança e celeridade na solução de conflitos, sejam estes reais ou ainda potenciais.

Isso porque os anos de maturação da distribuição têm produzido literatura farta, à qual os atores desse mercado têm pleno acesso, e, com isso, refletido nos textos dos novos instrumentos contratuais entabulados, evitando que tais contingências se materializem naquela relação concreta.

A facilidade informativa da era atual permite que novas operações se valham, sem ter de passar pelos mesmos ônus e danos, das experiências vividas por outros agentes

economia, num futuro mais ou menos próximo, desaconselharem o risco sempre inerente a atividade de instalação.” CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p. 250.
²¹⁴ PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit, p. 204.

econômicos, permitindo o enriquecimento dos instrumentos pactuais e a fortificação do tipo contratual.

Especialmente pela profissionalização da temática que, embora relativamente recente, pela repetição e uso, tem se adquirido bastante conhecimento e, assim, evolução, o que se assiste atualmente é uma verdadeira adoção do uso da distribuição comercial, por óbvio, naquilo que comercialmente faz sentido sua escolha²¹⁵, cabendo ao fabricante, por sua relação com o distribuidor integrado, tentar “(...) impor as suas concepções a operadores independentes a fim de que a atividade de distribuição se aproxime o mais possível daquela que seria desenvolvida por uma sua operação de venda.”²¹⁶.

Ao utilizar da via terceirada de distribuição, o produtor, apesar da necessidade de maior controle e fiscalização, avança em questões nodais na dinâmica da atividade empresarial. Primeiro porque pode, na relação com o distribuidor, obter informações precisas sobre o mercado que pretende explorar, sem a necessidade de investir em sucursais, com necessário investimento, outrossim, em tempo e experiência para conhecer tido mercado. Segundo porque pode organizar até a sua produção, especialmente se impuser compras mínimas – cláusula de quotas – aos distribuidores.

Pode, ainda, intervir na comercialização, impondo preços de revenda e, assim, protegendo o posicionamento dos seus produtos no mercado. E, por fim, como dito acima, orientando e intervindo, sem abusos, na atividade de distribuição indireta, o produtor consegue acessar seu consumidor final, sem incorrer em grandes riscos e nos custos de investimento, que são transferidas ao distribuidor.²¹⁷

Postas tais considerações, especialmente de cunho econômico, conclui-se pela presença de um ciclo virtuoso nos contratos de distribuição. Seu desenvolvimento no mundo comercial econômico, pelas razões suso expostas, especialmente de especialidade e dissipação de risco, estão gerando literatura e experiências que culminam por afetar os custos de transação dessas relações, reduzindo-os e, dessa forma, impulsionando o crescimento do tipo

²¹⁵ Isso porque, apesar de juridicamente possível, a distribuição não tem sentido prático para alguns produtos. Como técnica de distribuição, a melhor resposta da distribuição ocorre para alguns segmentos, especialmente bebidas, produtos de beleza, vestuários com marca agregada, entre outros. Veja, por todos, destaca BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 27.

²¹⁶ Como muito bem destaca Idem – Op. Cit., p. 23.

²¹⁷ Vide, nesse sentido, Idem – Op. Cit., p. 25-26.

contratual da distribuição comercial como estratégia econômica ideal à distribuição dos produtos do fabricantes juntos aos mercados consumidores.

CAPITULO 3 Dependência econômica e abuso de tal condição nos contratos de Distribuição Comercial

3.1 Dependência Econômica

Embora não conste da configuração de sua definição, é assente que a dependência econômica é uma condição tipicamente verificada nas relações contratuais de distribuição comercial^{218,219}, desde, inclusive, seus primórdios e suas fórmulas precursoras, as quais deram o fundamento ao modelo atual²²⁰.

Se, sob a ótica meramente jurídica, o distribuidor é um empresário autônomo, atuando por sua conta e risco, visando o lucro em sua atividade de revenda dos produtos do fabricante e, nesse contexto, independente, do ponto de vista econômico, da contraparte contratual, a praxe evidencia, com frequência, a verificação de uma posição de verticalidade e de forte assimetria entre os contraentes, ou seja, uma condição de dependência do distribuidor ao produtor²²¹, que, inserido na cadeia de distribuição, passa a depender do contrato como forma de sobrevivência empresarial.

²¹⁸ Mussi ressalta, sobre o tema: “Os contratos interempresariais de distribuição encerram operações econômicas complexas. Há entre as partes um conflito de interesses potencial, o contrato se caracteriza pela incompletude do vínculo duradouro (onde não é possível prever todas as contingências) e cria-se, apesar do intuito colaborativo, relação de dependência para uma das partes.”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 110. Pego, em igual teor, vaticina que: “Num plano geral, pode dizer-se que há dependência do concessionário em relação ao concedente(...)”. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 104.

²¹⁹ No mesmo sentido, Pardolesi, ao refletir sobre a problemática jurídica que envolve os contratos de distribuição e indicar a agência, por sua normatização, como paradigma dos demais contratuais distributivos, revela a dependência econômica de tais ajustes, nos seguintes termos: “Anche il problema della subordinazione economica acquista, in quest’ordine di idee, il sapore del déjà vu; e, quel che piú conta, si arricchisce di tutta una serie di esperienze paradigmatiche”. PARDOLESI, Roberto – I contratti di distribuzione, p. 84-92.

²²⁰ Vide, nesse sentido, a referência de Brito ao tratar dos “contratos de cerveja” como fórmula precursora dos contratos de concessão comercial, senão vejamos: “Pensa-se que, desde o seu aparecimento, no decurso do século XVIII, os *Bierverlagsverträge* determinaram uma situação de dependência dos comerciantes em relação aos fabricantes de cerveja. Na verdade eram normalmente os fabricantes que colocavam à disposição dos comerciantes os meios necessários para dar início ao negócio.”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 36.

²²¹ Vide, nesse sentido, Borges, para quem: “Do ponto de vista estritamente jurídico, concedente e concessionário conservam a autonomia um em razão do outro. A autonomia do concessionário é eminentemente jurídica, bem como, é certo, gerencial. Sob o ponto de vista econômico, contudo, o concessionário, em regra, encontra-se em posição desfavorável, dependendo do concedente”. BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

A dependência econômica, decorrente de relação contratual, pode ser definida ou identificada como a situação em que uma das partes se encontra em situação potencial de sujeição a outra, pois necessita, sem que possua alternativa equivalente, da continuidade contratual para que não incorra em severos prejuízos, incontornáveis em curto prazo, ou mesmo para que apenas sobreviva.²²²

Em Portugal, a compreensão sobre a dependência econômica é objeto de regramento específico, qual seja o art. 7º da Lei 18/2003, de 11 de Junho, que, como bem destaca MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “(...) visa proibir a exploração abusiva do estado em que se encontra a empresa, fornecedora ou clientel, que não dispõe de alternativa equivalente.”²²³

Trata-se de particularidade de alguns tipos contratuais, embora haja quem já a caracterize como uma categoria específica²²⁴, notadamente se em voga vínculos longevos, colaborativos²²⁵, relacionais e que envolvam, de algum modo, interesses não integralmente convergentes²²⁶.

²²² Sobre o tema, Virassamy destaca que: “Il est possible de les définir comme les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l’un des contractants, l’assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu’il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de la placer dans une dépendance économique et sous la domination (...)”. VIRASSAMY, Georges J – Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, p. 10.

²²³ RIBEIRO, Maria de Fátima – Op. Cit., 98-99.

²²⁴ Virassamy defende o enquadramento de tais pactos numa categoria específica, que ele chama de contratos de dependência. Para o autor, a parte dependente encontra-se, para manter-se viva, refém, exposta a uma relação contratual que estabeleceu com a contraparte. VIRASSAMY, Georges J. – Op. Cit., p. 10.

²²⁵ Monteiro, para quem: “(...) é essa mesma colaboração entre as partes, os laços que entre si estabelecem e a fidelidade que cultivam, numa relação duradoura e estável, que cria uma forte interdependência entre os contraentes.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 50.

²²⁶ Aliás, como dito no Capítulo 2, é da própria essência contratual a heterogeneidade de interesses. Há sempre, ainda que na margem, interesses que se contrapõem. A solidariedade entre os contraentes e o dever colaborativo, decorre de maturação do contrato, que, com o desenvolvimento e complexidade das atividades negociais, passou a assumir esse papel. Nesse sentido, vide Salomão Filho, para quem: “Na verdade, a aplicação do objetivo cooperativo através da disciplina do contrato é bastante complexa, pois exige uma aparente reviravolta no paradigma contratual.”. A concepção clássica do contrato sempre viu nele representados interesses contrapostos. E arremata: “(...) o contrato só tem sentido lógico e teleológico enquanto disciplina criadora de convergência de interesses entre as partes(...)”. SALOMÃO FILHO, Calixto – Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 210. No mesmo sentido, vide Mello e Theodoro Júnior, para quem, ao tratar da distribuição comercial: “(...) que se marcam por características comuns, tal como a união em torno de um objetivo comum: o lucro de ambos na comercialização de bens e serviços, mas antagônicos, na medida em que se repartem os ganhos.”. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – 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, p. 40.

Acerca da dependência econômica, Virassamy²²⁷, didaticamente, aponta como características principais à configuração da dependência a coexistência de três situações que indica como elementos principais da sua definição, senão vejamos: “(...) *l’existence d’une relation contractuelle entre les parties (I), de l’importance de cette relation quant à l’existence de l’assujetti (II), et de la régularité et la permanence de ces liens contractuels (III).*”.

De fato, para a configuração do estado de sujeição econômica de uma parte à outra, é preciso que ambos convivam em uma relação contratual ativa, e permanente, e que aquela relação, se encerrada, atinja a própria sobrevivência, numa análise extrema e mais dramática, da atividade econômica de um dos contraentes.

Efetivamente, a dependência econômica, embora em si, isoladamente, não diagnostique qualquer ilicitude, sem dúvidas afeta a simetria de forças entre as partes contratantes e, como consequência, pode alterar, no sentido de influenciar, numa verdadeira coação tácita, a própria autonomia privada do ente dependente²²⁸.

Como muito bem adverte Forgioni²²⁹, a supremacia que decorre da dependência econômica de uma parte à outra do contrato, “(...) implica a possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outro, que deve aceita-las.”.

Sem dúvidas, diante de um quadro de dependência econômica e da necessidade de manter-se vinculado ao ajuste, o agente dependente se submete a situações que, por se encontrar na margem, não aceitaria se sua autonomia de vontade fosse pura e verdadeira. Contudo, sua análise é marginal: ou aceita ou pode-se ver sem o contrato. De fato, “(...) qualquer ruptura provocará dificuldades de toda a ordem, muito especialmente para encontrar um novo parceiro comercial ou uma alternativa à atividade até então desenvolvida (...)”²³⁰.

²²⁷ VIRASSAMY, Georges J. – Op. Cit., p. 135.

²²⁸ Nessa linha, merece destaque a doutrina de Brito, para quem: “(...) tem de reconhecer-se que, na generalidade dos casos, da diferença de poder econômico entre concedente e concessionário resulta uma disparidade de poder contratual. O contratante “débil”, o concessionário, não tem a possibilidade de negociar o conteúdo do contrato, ainda quando antevê seus resultados, e sente-se forçado a subscrever cláusulas fixadas exclusivamente em benefício do contraente ‘forte’, geralmente o concedente (...)”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 236.

²²⁹ FORGIONI, Paula A. – Contratos empresariais, p. 69.

²³⁰ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 50.

A dependência econômica é potente para impactar desde a fase pré-contratual, de negociação entre as partes, bem como a própria celebração do contrato, além, por óbvio, de agir durante toda a vida da relação contratual, influenciando “(...) seja no sentido de alterar os termos do contrato inicialmente celebrado, seja no sentido de uma ingerência maior do que a conceitualmente autorizada pelo esquema legal do contrato (...)”²³¹.

Considerando os efeitos que decorrem da verificação de situação de dependência, a doutrina italiana²³² passou a classificar, inclusive, tais contratos como uma categoria autônoma contratual, em que nem se verifica a bilateralidade de forças negociais equilibrada entre os contratantes – contrato clássico – e, por sua vez, nem vai ao extremo das relações de consumo, nas quais carece o consumidor de poder negocial e sua vulnerabilidade é presumida, exigindo, por tal razão, maior tutela e proteção jurídica²³³.

Il terzo contratto, nessa perspectiva, ficaria entre os dois pólos do modelo contratual dualista, reclamando intervenções judiciais na medida necessária ao combate dos eventuais abusos que surjam dessa relação.

De fato, o agente econômico dependente não é e não pode ser equiparado a um consumidor, e nem sobre o mesmo há de ser aplicada qualquer condição ou ainda presunção de hipossuficiência²³⁴. Seria, pensamos, nefasta essa equiparação, do ponto de vista econômico e até para a sobrevivência da distribuição comercial terceirizada como via de escoamento de produção. A proteção demasiada do distribuidor certamente afetaria os custos de transação envolvido nessa interação entre os agentes econômicos e potencializaria o desestímulo, pelo fabricante, do recurso ao distribuidor comercial terceirizado²³⁵.

Não se, pode, contudo, desconsiderar a condição de dependência econômica e os impactos que essa situação pode causar ao ajuste. Em tais vínculos, é de ser admitida a

²³¹ CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 373.

²³² Sobre o tema, vide PARDOLESI, Roberto – Una postilla sul terzo contratto, n. . Vide, outrossim, GARBI, Carlos Alberto – Il terzo contratto: surge una nova categoria de contratos empresariais?

²³³ No mesmo sentido, vide Paola, para quem, em relação aos contratos de distribuição: “Sopesados os prós e contras à estabilização do vínculo contratual, conclui-se que seria despropositado qualificar o distribuidor como um hipossuficiente, pelo menos como um hipossuficiente na mesma categoria dos empregados e consumidores. Acresce que não estão em jogo certos bens jurídicos que, pela sua estatura constitucional, exigem uma maior refrreamento da autonomia privada. Mas, por outro lado, a depender do grau de integração do distribuidor na rede controlada pelo fornecedor, não se pode, pura e simplesmente, remeter o trato da matéria ao regime geral de terminação das relações contratuais duradouras, em especial, daquelas por tempo indeterminado.”. PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 149.

²³⁴ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 268.

²³⁵ Do mesmo modo, FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 273-274.

intervenção estatal, sempre que se verificar que a dependência descambou ao campo do abuso, com afetação ao princípio da autonomia de vontade, em nome da justiça contratual e da sua função social.

A dependência econômica, conforme prefaciado supra, não necessariamente traduz prejuízos à parte dependente e nem é, na sua forma pura, elemento de ilicitude ou de antijuridicidade de reclame coibição.

Em bem verdade até, noutra sentido, no caso da distribuição comercial, o contratante débil é beneficiário de uma relação muitas vezes exclusiva, de marcas famosas²³⁶, que possuem alto poder de aceitação por parte do público consumidor, auferindo resultados e lucros decorrentes de tal relação²³⁷.

Esclareça-se, novamente, que o direito não combate e, *per se*, não há qualquer ilicitude na dependência econômica²³⁸. O que se reprime e não se permite, exigindo a tutela do direito, são os abusos²³⁹ da condição de dependência econômica.

Quando uma das partes utiliza da situação de dependência econômica para explorar²⁴⁰ a parte débil, impõe-se a proteção do direito e até a rescisão motivada do contrato. E o motivo nos parece claro. A manutenção do abuso leva ao “(...) indesejável

²³⁶ Vide, nesse sentido, a doutrina de Cunha, para quem: “Só que esta constatação tem um efeito reverso: a ideia de que, afinal, ao ingressar naquela relação contratual, o agente alcança uma posição privilegiada, previsível fonte de réditos que de outro modo não lograria obter. Por outras palavras, a ‘imposição’ de um conteúdo contratual modelado para servir os interesses do principal seria adequadamente compensada pelas ‘chances’ de ganho que o mesmo contrato é apto a proporcionar ao agente.”. CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p. 369-370.

²³⁷ Sobre o tema, Monteiro destaca: “(...) não deixa de haver quem sublinhe a dependência do distribuidor, constrangido a acatar obrigações várias a fim de harmonizar a sua actuação com a rede em que se integra (...). Mas também não pode esquecer-se que o distribuidor retira benefícios vários do facto de passar a pertencer a uma rede organizada (...)”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 42.

²³⁸ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 52.

²³⁹ Garbi destaca: “Diversamente das relações de consumo, a assimetria de forças (entre partes empresárias) nos contratos não é necessariamente um problema jurídico se ao empresário havia alternativa e liberdade de contratação. O desequilíbrio se revela patológico para o direito somente quando decorre do abuso decorrente da dependência econômica.”. GARBI, Carlos Alberto – Op. Cit., n. p.

²⁴⁰ Mussi muito bem destaca: “É evidente que a repressão ao abuso do poder econômico não se opõe aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, mas os integra. Não se concebe livre acesso aos bens de produção e consumo (e, portanto, não há liberdade de iniciativa e concorrência) quando é facultado ao empresário que detém o poder econômico dele abusar (...)”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 45.

estrangulamento do fluxo das relações de mercado, em evidente ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (...)”²⁴¹.

Há, efetivamente, dependência econômica nas relações contratuais quando presentes quaisquer situações fáticas que, de algum modo, condicionem a sobrevivência da atividade econômica de uma das partes à manutenção da relação mercantil mantida com a outra.²⁴² Está-se, desde modo, diante de uma relação bilateral verticalizada, e, de fato, a dependência pode ocorrer tanto para o fabricante quanto para o distribuidor.

Importante ressaltar que dependência econômica não pode ser confundida com posição dominante de mercado, embora ambas, em última análise, sejam campos fertilíssimos para a ocorrência de oportunismos e abusos. Pode-se claramente haver uma situação de dependência econômica a um agente que não possui qualquer situação de dominância no mercado que atua.

A dependência econômica é avaliada a partir de uma relação contratual sinalagmática, privada e exclusiva às partes que pactuaram. A posição de dominância faz referência ao agente em relação ao mercado concorrencial que está inserto.²⁴³ Para que se cogite abuso de posição dominante é preciso que aquela situação produza efeitos em todo o mercado, não relevando, de tal arte, as condutas, ainda que eventualmente abusivas, incapazes de provocar tal afetação, mesmo que potencialmente.

A dependência econômica exige, via de regra, a falta de alternativas similares, equivalentes a que possa se valer o agente vulnerável²⁴⁴. É exatamente esse isolamento, a falta de saída, que cria a dependência de uma parte à contraparte.

²⁴¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 105.

²⁴² GRANZOTI, Fernando de Miranda – O abuso do estado de dependência econômica nos contratos de distribuição, p. 63.

²⁴³ DRACO, Bruno de Luca – Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes, p. 144. O autor, todavia, lança a “(...) semente de uma tese de abuso de posição dominante coletiva, ao se verificar paralelismo nas ações das grandes redes que criam dificuldades ao funcionamento dos fornecedores quando promovem, de forma disseminada no mercado, estreitamento de suas margens (...)”.

²⁴⁴ Vaticina Mussi que: “Se há fontes alternativas de abastecimento, de fornecimento ou mesmo opção de utilização de ativos específicos em outra atividade, não se tem situação de dependência econômica.”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 97. No mesmo sentido, Granzoti: “Outro critério relacionado ao poder de mercado refere-se à substituíbilidade dos bens fornecidos. Com efeito, na hipótese do distribuidor poder recorrer a espécies permutáveis de bens, que o consumidor admita substituir na falta de determinados produtos, sem importar em perda relevante da competitividade, não se pode advogar a existência de um estado de dependência econômica. Nesse caso, mostra-se útil a referência à técnica de talhar de forma abrangente o mercado relevante, de maneira a contemplar os produtos permutáveis, como alternativas suficientes ao distribuidor.”. GRANZOTI, Fernando de Miranda – Op. Cit., p. 64-65.

Falta de alternativa equivalente seria, em suma, a impossibilidade da parte dependente obter, doutra forma, em tempo razoável, condições idênticas ou mesmo similares de negociação.

Têm-se, nessa previsão condicional, tanto um elemento objetivo quanto um elemento subjetivo. Inicialmente, é preciso que inexista uma alternativa – aspecto objetivo. E, ainda, que tal alternativa atenda satisfatoriamente os interesses do contraente vulnerável – elemento subjetivo –²⁴⁵. Ao fim e ao cabo, é preciso que a opção alternativa permita alcançar-se o mesmo resultado que se alcançava na via original²⁴⁶.

Normalmente, tais situações estão relacionadas a casos em que o fornecimento é restrito a um número limitado de fornecedores ou, ainda, em virtude da realização de investimentos vultosos.²⁴⁷ Não raro, é o próprio contrato que estabelecerá, através de cláusulas específicas, como exclusividade de atuação da parte e a limitação de comercialização em determinada área geográfica, a ausência de alternativas equivalentes²⁴⁸.

Parece-nos óbvio que quanto maior for o nível de integração vertical do fornecedor sobre a atividade do distribuidor, com direcionamentos e dirigismos sobre sua atuação, maior será o nível de dependência econômica do distribuidor. A própria relação contratual, quando o nível de integração do distribuidor na rede do fornecedor é intensa, acaba por desenvolver uma condição de dependência, caso, quando da formação do contrato, a dependência inexistisse.

Outrossim, a condição de exclusividade na relação contratual de distribuição é um fator que, quando presente, atua no sentido de potencializar a situação de dependência econômica. Em relações monofirmas²⁴⁹, ou seja, exclusivas, o temor quanto ao terrível efeito de um inesperado encerramento do vínculo intensifica o grau de dependência econômica entre os agentes econômicos.

²⁴⁵ Vide, nesse mesmo sentido, PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 89.

²⁴⁶ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 94.

²⁴⁷ NEVES, Elsa Raquel Amorim – Compatibilidade dos contratos de concessão com as regras de defesa da concorrência, p. 79.

²⁴⁸ Pego, ao tratar sobre o tema reconhece a dificuldade, de aplicação prática da matéria, entendendo ser “(...) difícil precisar o que se entende por estado de dependência econômica e por existência de alternativa equivalente, assim como delicada se tem mostrado a distinção entre abuso e prática comercial normal e salutar.”. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 87.

²⁴⁹ CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p. 374.

Mesmo sem haver previsão de exclusividade, mas se determinado fornecedor possui bastante representatividade no volume de produtos comercializados pelo distribuidor, há, sem dúvida, vulnerabilidade deste para com aquele. Em proporção relativamente similar à dos distribuidores exclusivos, o impacto que o fim do contrato demasiadamente representativo ao distribuidor por causar ao seu negócio é, naturalmente, elemento que age em prol da caracterização de dependência econômica.

Diversos são os fatores, como se verá adiante, que fazem surgir e proliferar tal condição de dependência econômica na relação comercial distributiva, atingindo, a depender da situação casuística, tanto uma parte quanto a outra da relação negocial. O cenário, indubitavelmente, mais comum é a dependência do distribuidor em relação ao fornecedor.

O poder relacional, muitas vezes decorrentes de relações perenes, com maciços investimentos exigidos e realizados pelo distribuidor; as marcas famosas, dotadas de verdadeiro *selling power* e de notório poder de penetração no mercado; o poder de compra dos grandes compradores, que colocam o fornecedor em situação dependente. Há, ainda, os momentos de crise que, a depender, podem colocar tanto a parte a montante quanto a jusante do processo produtivo em condição de dependência²⁵⁰.

Situações de dependência econômica, indubitavelmente, restringem a mobilidade e a própria autonomia de vontade do contraente débil – na sua vertente pura, legítima –, que, nessa condição, fica refém do receio de ter seu contrato extinto e enfrentar todos os riscos e custos daí decorrentes.

Advirta-se que a configuração de dependência econômica exige uma avaliação integrada de todos os fatos expostos como potenciais à sua verificação. Uma análise isolada, dissociada de toda a conjuntura que circunda a relação contratual privada mantida entre parte e contraparte pode levar a falsas conclusões.

Não se trata de um mero recorte fotográfico das partes envolvidas ou de uma natural tradução lógica e automática. É preciso algum esvisceramento da relação contratual em si para verificar se a dependência econômica é verificada concretamente.

²⁵⁰ Vide, sobre o tema, FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 348-352.

3.1.1 Marcas de prestígio e fama

No caso de marcas famosas, existe um público consumidor fiel, específico, e a falta desse determinado produto certamente afetará a posição do distribuidor. Nesses casos, não há possibilidade de substituição do gênero em menção, gerando a situação de dependência econômica em face de sua notoriedade, do peso da marca²⁵¹ do fabricante.

Normalmente, ainda, tais marcas possuem uma relação de extrema interação com o distribuidor, com acentuada margem de dirigismo pelo fornecedor, orientando toda a atividade de distribuição, exigindo exclusividade e o desenvolvimento de investimentos específicos consideráveis, muitas vezes não recuperáveis – custos idiossincráticos –²⁵² em caso de encerramento do pacto contratual. Valem-se do poder da sua marca e do seu *selling power*.

O mero dirigismo da atividade econômica do distribuidor, pelo fabricante, não retira a autonomia daquele e se apresenta, desde que sem exacerbos, como prática salutar ao desenvolvimento da atividade entre os empresários²⁵³. É uma decorrência obrigatória da integração do distribuidor à rede do fabricante. Não fosse assim, não se estaria em trato um pacto de distribuição comercial, mas, talvez, mero contrato de compra e venda.

Importante ter-se em destaque que, em se tratando de marca de prestígio, ainda que a representatividade negocial dessa relação com o distribuidor não seja minimamente relevante, mesmo assim é possível se cogitar a dependência econômica. Isso porque o aspecto econômico dessa dependência advém do impacto reputacional que o empresário possui com a marca de alto renome.

²⁵¹ Maugeri cita o caso o exemplo da United Brands, no qual a Corte de Justiça afirmou: “empresa que detém posição dominante na distribuição de determinado produto - que goza de notório prestígio de marca apreciada pelos consumidores – não tem a faculdade de suspender o fornecimento a um velho cliente, fiel aos usos comerciais, se as ordens deste não apresentam anormalidade”. MAUGERI, Maria Rosaria – Abuso di dipendenza economica e autonomia privata, p. 105.

²⁵² Granzoti destaca que: “Os custos idiossincráticos, portanto, qualificam-se pela condição de risco proveniente de sua destinação única, sendo que quanto maiores os investimentos realizados em função do contrato, maior será o grau de dependência. Afinal, a parte que neles incorrer permanecerá economicamente vinculada à outra, pelo menos enquanto não houver a recuperação do investimento.”. GRANZOTI, Fernando de Miranda – Op. Cit., p. 69-70.

²⁵³ Nesse sentido é o entendimento do STJ, ex vi do (REsp no 1.403.272/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJe de 18/3/2015 “

Repise-se que ainda que a representatividade financeira da relação entre os agentes econômicos não seja de muita relevância, o fim da relação daquele empresário com a marca lhe atingiria o *branding*, a reputação, e poderia afetar outros negócios seus.

Nesse sentido, valiosa a jurisprudência do caso Rossignol, abordado por Pego²⁵⁴, que, sobre o tema, menciona:

O acórdão Rossignol (de 20-11-1975) é emblemático, permitindo entender a configuração desse tipo de dependência. O BGH reconheceu existir dependência de um distribuidor especializado relativamente à filial alemã da Rossignol quando esta, na sequência da proibição de fixar preços de revenda, recusou a venda de esquis a certo comerciante de artigos desportivos; a Rossignol apenas detinha uma participação de 8% no mercado alemão e estava exposta a uma concorrência substancial, mas entendeu-se que, devido à reputação do sinal, o distribuidor não podia deixar de oferecer ao público esquis daquela marca sem ver alterada, de forma considerável, a sua posição perante os concorrentes, estritamente ligada ao renome da marca em questão.

A necessidade de comercializar a marca de alto renome como elemento de posicionamento do distribuidor no mercado em que está situado provoca, nesse viés, uma relação de dependência junto ao fabricante, conduzindo, por vezes, a um estado de sujeição até abusivo.

É importante àquele distribuidor possuir, dentro do seu sortimento de produtos, aquela marca em específico, e, sua falta, pode impactar a todo o negócio, por atingir seu posicionamento reputacional no dito mercado²⁵⁵.

²⁵⁴ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 96.

²⁵⁵ Pego arremata: “O crédito, reputação e estima de que goza o artigo de marca determinam a dependência em função do sortimento, atendendo-se ao preço, qualidade e publicidade para avaliar o quanto significa, em

Muito do sucesso econômico do distribuidor comercial advém, de fato, de sua reputação pessoal, atrelada a valores como honradez, decência e honestidade, mas, sem dúvidas, ao seu portfólio de parceiros. A aliança contratual do distribuidor local a uma marca notável agrega e impacta, completamente, a reputação do empresário local, que transmite ao seu público consumidor, além de valores subjetivos, outros valores como estrutura e organização.

E, por óbvio que essas circunstâncias são de conhecimento do empresário detentor de uma marca forte, gerando uma natural dependência econômica e eventual assimetria nas relações contratuais de distribuição comercial firmadas nesse sentido.

3.1.2 Poder de compra (*buyer power*)

O mais comum, de fato, na grande maioria das relações de distribuição, é que o distribuidor possua elevado nível de dependência econômica do fabricante. Eis o mais usual, pelas razões e motivos já apontados ao longo do presente trabalho.

Com o passar dos anos, contudo, a dinâmica do mercado permitiu a ocorrência, pouco vulgar, a depender do poder de compra do distribuidor (*buyer power*), de situação inversa: do fornecedor encontrando-se em uma situação de dependência econômica²⁵⁶ perante o distribuidor.

Gigantes varejistas, com, invariavelmente, grande poder de venda junto ao consumidor final, conseguem estressar, pressionar o fabricante por condições especiais de preço e pagamento se comparado com seus concorrentes, de porte pequeno e médio.

termos de capacidade de concorrência, esse bem (o a falta dele...) no sortido do comerciante.”. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 91.

²⁵⁶ De fato, nem sempre, embora seja o mais comum, é o distribuidor o economicamente dependente na relação. Há situações em que o fabricante é o contraente débil da relação. Sobre o tema, vide H. Eberstein, Der Handelsvertretervertrag, para quem: “Pense-se na hipótese de uma pequena empresa produtora, em início de actividade, confiar a promoção do escoamento dos seus produtos, numa determinada área ou país, a uma grande empresa de distribuição.”. Apud CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p. 367.

Para garantir o escoamento de sua produção, muitas vezes o fabricante sujeita-se às condições impostas pelo distribuidor, comprometendo seus resultados e até investimentos.

Tais casos de inversão na tradicional distribuição de forças entre comércio e indústria foram verificados após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento da grande distribuição²⁵⁷.

Espelha bem a presente temática a situação atual das grandes redes de supermercados²⁵⁸ e “atacarejos”²⁵⁹ que se instalaram no Brasil. Dispondo de altíssimo poder de compra, os mesmos passaram a atuar, com muita força, sobre os fabricantes, com o estrangulamento dos seus resultados, gerando condições diversas de preços em relação aos próprios distribuidores e, assim, atingindo e ameaçando a continuidade das relações contratuais de distribuição firmadas.

A força de compra de tais agentes é grande a um ponto e, de tal modo impactam no preço final de venda, que não é raro se encontrar produtos em prateleira, disponíveis ao consumidor, com valor inferior ao montante pelo qual o distribuidor, nessa condição, consegue adquirir o mesmo produto.

Nesses casos, “(...) são os distribuidores que têm a chave do mercado, são eles que passam a condicionar, em grande medida, produtores e fornecedores (...)”²⁶⁰.

Na origem, referida dependência era costumeiramente verificada em mercados com pouca competição, em que um só comprador detinha o *market share* necessário para impor ao fabricante condições peculiares de negociação, como único modo do produto alcançar o consumidor final.

Atualmente, conforme indicado, mesmo em mercados com competitividade acentuada, alguns grandes compradores têm poder de compra suficiente para pressionar o fabricante, reduzindo esmagadoramente suas margens, sob pena, inclusive, de, caso não adira à pressão, fazer entrar no mercado um alto fluxo de produto concorrente daquele fabricante dependente.

²⁵⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 51.

²⁵⁸ FORGIONI, Paula Andrea – Os fundamentos do antitruste, p. 389. No mesmo sentido, vide FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 285.

²⁵⁹ Nome dado pelo mercado aos estabelecimentos que atuam de forma híbrida, tanto atendendo às ânsias do atacado, de compras com maior volume, como também alcançando os consumidores finais.

²⁶⁰ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 51.

Ressalte-se, novamente, que tais casos de dependência econômica, dessa feita do fornecedor em relação ao distribuidor, são minoria dentro do contexto global dos contratos de distribuição comercial. Os casos práticos, pelo contrário, revelam, maciçamente, uma dependência do distribuidor perante o fabricante.

3.1.3 Situação de Crise e dificuldade de abastecimento

Em situações de crise, com escassez de produtos²⁶¹ e impossibilidade de atendimento de toda a cadeia pelo fornecedor, o distribuidor, muitas vezes, para poder ver garantida sua necessidade de abastamento, sujeita-se a condições abusivas²⁶².

Há, nesses casos, uma clara dependência econômica do distribuidor, que necessitando ser abastecido dos produtos que precisa, submete-se a eventuais abusos e exageros do fabricante. Em um microecossistema em que há mais interessados do que produtos disponíveis, é comum que o fabricante tente, a partir daí, obter vantagens do comprador para além das contratualmente previstas. Inclusive, a esse respeito, qualquer exigência feita que supere as naturalmente constantes em situações de equilíbrio, evidencia abuso, devendo ser coibida.

Comum, nesse sentido, a ocorrência de alteração da sistemática contratual anterior, com modificações, via aditivos, aos contratos, no sentido de estressar direitos e aumentar obrigações da parte dependente.

A condição de dependência impõe ao agente que se encontra nessa condição a necessidade de admitir a alteração lesiva, sob pena de ficar sem o abastecimento do seu produto e, por consequência, não possuir artigos para a revenda, falindo, ao final.

²⁶¹ Pego estende tal situação também aos casos de embargos de Estados estrangeiros. PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 90.

²⁶² O exemplo mais conhecido foi a crise de petróleo que se abateu sobre o mercado mundial na década de 80, na qual os distribuidores independentes viram-se sistematicamente sujeitos à recusa de venda, em favor do abastecimento dos concessionários exclusivos dos fornecedores, a não ser que se submetessem a cláusulas contratuais excessivamente abusivas, conforme Granzoti. GRANZOTI, Fernando de Miranda – Op. Cit., p. 67.

3.1.4 Vínculos duradouros e exigência de investimentos específicos

A própria condição de perenidade contratual, com vínculos longos, relacionais²⁶³, duradouros e, ainda, com exigência de investimentos específicos elevados, é, por si, causa de dependência econômica. O temor do distribuidor em perder a integralidade, ou, pelo menos, a grande parte da liquidez dos investimentos que realizou, culmina por gerar um poder relacional ao fabricante, tornando-o, distribuidor, dependente do produtor.

Ademais disso, outro elemento a ser considerado são os custos de troca. A especialidade dos investimentos impede-os de serem facilmente aproveitados em outros contratos, criando uma verdadeira barreira velada à saída do distribuidor²⁶⁴.

Em tais situações, o fornecedor, ciente dessa condição, termina por se apropriar dos *quasi rents values*, ou seja, da diferença entre o valor nominal do ativo e aquele para sua recuperação (*salvage value*)²⁶⁵.

Não raro é possível verificar casos de abuso em que o avanço da relação temporal e a presença de investimentos específicos sejam campo para o esmagamento dos resultados do distribuidor e para a imposição de regras contratuais contra os mesmos, mais árduas e que, muitas vezes, sequer constavam na origem da contratação.

²⁶³Pego enfatiza, sobre o tema, que esse “(...) seria o domínio natural dos *relational contracts* (...), das relações contratuais do tipo ‘relacional’, em que se sobressai a frequência das transações e a especificidade dos investimentos, estritamente ligados aos laços estabelecidos pelas partes (que, na feliz expressão de GORDON, tratam os seus contratos mais como casamentos do que como encontros de uma noite).” PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 101.

²⁶⁴ Mussi, sobre o tema, arremata: “Também a ruptura de uma relação contratual vincada nesses pressupostos faz com que o agente econômico dependente veja-se obrigado a suportar custos de troca elevados, uma vez que a atividade por ele estruturada foi concebida para a execução de um contrato específico e os ativos não podem, via de regra, ser aproveitados em estabelecimento destinado à outra empresa.”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 61.

²⁶⁵ Sobre o tema, “La caratteristica degli investimenti specifici reside nella capacità di determinare l’insorgenza, in capo ala sostenuti, la quale si viene a trovare letteralmente locked-in, e de determinare l’insorgenza, in capo alla contraparte, di una appropriabile specialized quasi rent dell’ammontare del costo di conversione, ossia pari all’eccesso di valore del bene rispetto al suo miglior uso alternativo (*salvage value*).” COLANGELO, Giuseppe – Op. Cit., p 44.

3.2 Do Abuso de Direito: Exploração da Condição de Dependência Econômica e a necessária coibição

3.2.1 Do abuso de “direito”: conceito, história e incidência

Se a dependência econômica não é, isoladamente, em si, um mal, não exigindo, pela mera verificação, qualquer tipo de tutela por parte do direito, sua extrapolação, ou seja, seu avanço ao campo oportunista, do abuso, é sim combatido e merece coação através da intervenção estatal, no sentido de proteger o contraente lesado.

O abuso de um direito é exatamente o seu uso de forma anormal, reprovável, excedendo aos “(...) *limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (...)*”, conforme preceitua o art. 187 do Código Civil Brasileiro.²⁶⁶

No mesmo sentido é o texto do art. 334 do Código Civil Português, com sob a epígrafe Abuso de Direito, estabelece que “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (...)*”²⁶⁷.

Ainda que, formalmente, o comportamento seja lícito²⁶⁸, enquadrando-se no esquema abstrato da norma que o fundamenta, se, na aplicação concreta, o mesmo se

²⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil comentado e legislação extravagante. Como bem destaca Peres “A teoria do abuso do direito foi expressamente consagrada no art. 187 do CC/2004 em razão da necessidade de impor limites ao exercício dos direitos, em razão da solidariedade social (entendida através das limitações impostas pela boa-fé e pelos bons costumes como a necessidade de consideração e respeito pelos interesses de outrem no exercício dos direitos subjetivos) e da funcionalização ou socialização do direito (no sentido de os direitos não serem absolutos, mas terem função social)”. PERES, Tatiana Bonatti – Função social do contrato, p. 3.

²⁶⁷ Independentemente das prescrições positivadas, que dão ainda mais eficácia ao abuso do direito, Neves entende que sua validade dispensa qualquer prescrição legal, na medida em que vem a ser um princípio normativo e, como tais, “(...) *postulados axiológico-normativos do direito positivo (...)*”, prescindem de tradução legal para vigorarem. NEVES, Castanheira – Lições de introdução ao estudo do direito, p. 531.

²⁶⁸ É essa a lição de Limongi França, para quem: “O abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.” LIMONGI FRANÇA, R. – Instituições de direito privado, p. 883.

apresentar ofensivo ao fim da instituição, será abusivo. Leva-se em conta, pois, para a evidenciação do abuso de direito, os critérios social e finalístico da norma²⁶⁹.

Se, independente de objetivamente legal e correto, o exercício de um direito, que tanto pode ser uma ação ou omissão, revelar-se imoral ou mesmo anti-social, será tido como abusivo.

O ideal coletivo do momento ou, noutros termos, o sentimento jurídico socialmente dominante, passa a constituir uma espécie de limite normativo daquele direito, expressando a intenção normativa conformadora do seu conteúdo. Há pois, um fundamento normativo teleológico, com estreita relação com a solidariedade social.

Ao ultrapassar tal direito, “(...) a consequência é a de o titular do direito ser tratado como se não tivesse tal direito ou a de contra ele se admitir um direito de indemnização baseado em facto ilícito extracontratual.”²⁷⁰.

O abuso, pois, consiste justamente quando se utiliza o direito para além desse limite, desse poder de autodeterminação, ferindo a solidariedade que se espera entre os agentes contratuais e, no mesmo viés, os ideais de boa-fé defendidos, como dogma, pelos ordenamentos jurídicos.

Neves²⁷¹ sintetiza o que juridicamente se entende por exercício abusivo de um direito como sendo

(...) um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício (...)

²⁶⁹ Vide, sobre o tema, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Do abuso de direito, p.13-23.

²⁷⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Do abuso de direito, p. 20-22.

²⁷¹ In ‘Lições de Introdução ao Estudo do Direito’. Ed. Copiograf.: Coimbra, 1968-1969, pp. 523/524

Sua base histórica – da doutrina acerca do abuso de direito - está estritamente relacionada ao desenvolvimento do capitalismo e do Estado Liberal, especialmente a partir do início do século XX, momento em que se evidenciou, a partir dos excessos verificados na realidade contratual prática, a necessidade de se admitir a relativização dos direitos, coordenando-os a um ideal de solidariedade²⁷².

Direito, importante registrar, que para os fins de aplicação do princípio do abuso de direito e dos seus efeitos, deve ser compreendido em seu tecido mais elástico, amplo, absorvendo as mais diversas formas de prerrogativas jurídicas, além de faculdades, liberdades e poderes.

Incidem, entendemos, inclusive sobre alguns direitos potestativos. Cláusulas puramente potestativas, ou seja, que retiram de uma das partes todo o direito de manifestação de vontade, garantindo à outra, ao seu livre e único arbítrio, a faculdade de criar obrigações e condições vinculativas, ao seu alvedrio e sem a necessidade prévia de qualquer ocorrência objetivamente prevista anteriormente, são consideradas abusivas e, como tal, nulas. Essa é, inclusive, a lição do art. 122 do Código Civil Brasileiro, que textualmente veda a cláusula potestativa pura.

Todavia, ainda que a cláusula não seja puramente potestativa, mas se seu exercício for reprovável, ilegítimo, a obrigação tem de ser afastada²⁷³.

3.2.2 Da aplicação casuística do abuso nos contratos de distribuição

A dependência econômica, como plaralmente mencionado ao longo do presente trabalho, é um fenômeno vulgarmente presente em contratos de distribuição, máxime quando em trato marcas famosas, exclusividade do distribuidor em relação ao fornecedor, grande

²⁷² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Do abuso de direito, p. 13-14. No mesmo sentido, vide Carvalho Neto apud Peres, para quem “(...) a atual doutrina do abuso de direito e resultado do desenvolvimento da doutrina medieval da emulação e da modificação da visão acerca da natureza dos direitos subjetivos, que deixaram de ser vistos como absolutos, passando a serem considerados como desempenhando função social: ‘A doutrina medieval da ilicitude dos atos de emulação é o precedente da teoria do abuso de direito.’”. Peres, Tatiana Bonatti – Op. Cit., p. 3.

²⁷³ Sobre o tema, vide ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Do abuso de direito, p. 71-75.

poder de compra, momentos de crise e escassez de fornecimento e, ainda, diante da presença de vínculos duradouros com presença de custos idiossincráticos.

O abuso atenta contra o princípio da boa-fé contratual, e culmina por desequilibrar o natural fluxo do mercado. A coibição ao abuso, então, afirma e confirma o princípio da autonomia da vontade de contratar, em sua acepção negativa, na medida em que ninguém pode ser coagido a cumprir obrigação em benefício de quem quer se seja, se aquilo não exprimir sua manifestação livre de vontade²⁷⁴.

Dentro do panorama contratual, o abuso pode ser materializado de diversas formas, alocando-se, inclusive, na fase pré ou pós contratual, além, evidentemente, durante a vigência do pacto²⁷⁵.

Especialmente em pactos firmados por prazo indeterminado, sob o aspecto da dependência econômica, o fornecedor é ciente de uma das formas mais fáceis de controlar o distribuidor é, ter, facilmente ao seu alcance, o direito potestativo da denúncia contratual. O distribuidor, por sua vez, teme que o encerramento contratual lhe acarrete prejuízos de difícil superação, ou, quiçá, insuperáveis, acarretando o fechamento do seu negócio²⁷⁶, acaba por admitir a imposição de convencionamentos assimétricos, distantes dos preceitos que a solidariedade contratual impões aos contraentes.

O abuso de dependência econômica, nesse contexto, é muitas vezes materializado com cláusulas que atribuam vantagens excessivas a uma das partes, e, por consequência, uma onerosidade excessiva à outra, causando um “(...) injusto desequilíbrio contratual (...)”²⁷⁷.

Os contratos de distribuição, em sua realidade prática, são instrumentalizados por pactos quase que integralmente impostos, por contratos de adesão, estruturados por cláusulas uniformes estabelecidas pela fabricante para toda a sua rede de distribuidores²⁷⁸.

²⁷⁴ GALGANO, Francesco – Il negozio giuridico: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, p. 45-46.

²⁷⁵ No corpo do Código Civil Brasileiro, o abuso de dependência econômica pode ser combatido a partir dos fundamentos trazidos pelos arts. 187, 422, 476 e, ainda, pelo art. 884.

²⁷⁶ Vide, nesse sentido, PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 148.

²⁷⁷ LÔBO, Pedro Luiz Neto – Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas, p. 155. E arremata, sobre o tema, o autor: “O predisponente aproveita-se do seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou limita-las, para atenuar obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou – na perspectiva do aderente – para agravar ônus e deveres, estabelecer prazos injustos, inverter ônus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual.”.

A cláusula abusiva é, nesse sentido, aquela imposta por uma das partes, marcada pela preponderância do exercício de força e poder de um dos contraentes frente ao outro, acarretando a inequidade do contrato e o seu desequilíbrio, ferindo, assim, a justiça contratual que a concepção moderna e constitucional exige dos pactos contratuais.

Não há, para a evidenciação da cláusula abusiva²⁷⁹, a necessidade do elemento subjetivo, do dolo. Não importa que tenha havido malícia por uma das partes, bastando, para sua configuração, a ocorrência de previsão que se revele substancialmente desigual.²⁸⁰

Vê-se, comumente, especialmente em vínculos com existência de vultosos *sunk costs* e *switching costs*, que as renovações contratuais passam a prever cláusulas mais gravosas, não cogitadas e contempladas no estabelecimento do pacto. Entre elas, a redução do prazo de vigência contratual aliada à paradoxal exigência de novos investimentos idiossincráticos, maiores exigências de estoque mínimo, contratações de sistemas de alto valor financeiro, além do agravamento de obrigações contratuais não originalmente previstas no pacto, num claro aproveitamento do *quasi rent value* do distribuidor.

Na mesma toada, deve ser considerada abusiva a venda casada. Muitas vezes, o produtor condiciona a venda de produtos com maior aceitação de mercado – produtos subordinantes – à compra de quantidades de produtos subordinados –.

²⁷⁸ Gomes, sobre o tema, enfatiza que: “A concessão de venda formaliza-se mediante contrato de adesão. Para todos os distribuidores da rede, o fabricante estabelece condições gerais, isto é, cláusulas uniformes, aceitas sem discussão.”. GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 402. No mesmo sentido, vide Forgioni, que, sobre o tema, defende a utilização da via contratual por adesão, sem que isso, por si só, revele qualquer abuso, sendo, inclusive, necessário a uma melhor gestão por parte do fabricante que, doutro modo, teria de administrar pactos contratuais diferentes, com regras distintas, para cada um dos distribuidores integrante da sua rede de distribuição. Seria, de fato, temos de concordar, um caos. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 69.

²⁷⁹ É sabido que alguns autores não veem na cláusula abusiva qualquer relação de conexão com o abuso de direito e, dessa feita, esse em nada contribuiria à melhor compreensão daquela. É o caso de Nery Junior, a quem “O instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o abuso de direito. Outros, porém, cientes que não são institutos idênticos, enxergam inequívoca relação.”. NERY JUNIOR, Nelson [et al.] – Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 489. É o caso de DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo – A proteção contra as cláusulas abusivas no Código Civil, p. 185/189. De fato, ambos os institutos tutelam a boa-fé e, porque não, possuem ali seu fundamento.

²⁸⁰ Sobre o tema, eis a distinção entre lesão e abuso. Embora em ambas se busque evitar e corrigir situações desequilibradas, as cláusulas abusivas são de previsão unicamente objetivas, enquanto a lesão o elemento subjetivo é pressuposto. Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de – Função social do contrato: os novos princípios contratuais, p. 41/53. Na mesma toada, Lobô, arremata: “A cláusula abusiva é, de certa maneira, lesiva. Mas a lesão funda-se em componente subjetivo (intenção de tirar proveito da situação da outra parte), constituindo vício de vontade, defeito do negócio jurídico; enquanto a cláusula abusiva tem natureza objetiva (o desequilíbrio das posições contratuais, provocado por uma das partes), sendo irrelevante a intenção. LÔBO, Pedro Luiz Neto – Condições gerais do contrato e cláusulas abusivas, p. 157.

Percebe-se a configuração de exigências discriminatórias por parte do agente que detém o poder de mercado, relacional, em face da contraparte débil. É comum a verificação de situações em que há uma repentina e imotivada alteração de políticas de compra, créditos, bonificações, absolutamente de forma subjetiva e impositiva.

Em muitos casos, tais práticas, se não visam um incremento no resultado financeiro pelo detentor do poder de mercado, escondem uma estratégia subliminar de sufocar o distribuidor para que o mesmo incorra de situação de inadimplência e, dessa forma, tenha seu contrato rescindido por “justo motivo”.²⁸¹

Normalmente, a parte economicamente dependente, até por não possuir alternativas²⁸², envida todos os seus esforços para atender as alterações gravosas ou discriminatórias impostas pela contraparte. A manutenção do contrato é, para si, principal objetivo, ainda que seja até a recuperação dos investimentos específicos que teve de realizar.

Quando, todavia, o distribuidor se nega a cumpri-los, vê-se a prática de uma série de abusos, por parte do fornecedor, na tentativa de minar o contrato, seu desenvolvimento e, assim, não atingimento de métricas, todos com o objetivo de mascarar uma rescisão motivada. Na verdade, a finalidade precípua é afastar, sem maiores custos, o distribuidor.

A verificação do abuso deve ser analisada casuisticamente. Não existe fórmula estabelecida para a sua constatação. Ainda que a cláusula, em si, seja razoável para o escopo da contratação, mas se seu exercício, ou seja, se a aplicação daquela previsão contratual for abusiva, o convencionamento tem de ser afastado. É o caso, por exemplo, da exigência de estoques mínimos despropositados e superiores à necessidade da operação do distribuidor. Possuir estoque mínimo, em si, é previsão lidima e até salutar ao êxito da relação contratual. Demonstra organização e capacidade de atendimento do respetivo mercado consumidor. A existência de estoque tem relação direta com a aderência do produto no mercado. Sem dúvidas. Utilizar, todavia, tal previsão para, a partir daí, estrangular a parte economicamente débil, é medida considerada abusiva.²⁸³

²⁸¹ Sobre o tema, MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 108.

²⁸² Até como condição para a caracterização da dependência.

²⁸³ Vide, sobre o tema, FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 269-272/274.

3.3 Do combate ao abuso

O combate ao abuso da dependência econômica deve ser compreendido a partir dos princípios que regem a teoria geral dos contratos. Vários são os princípios que dão vetor ao funcionamento contratual, entre os quais ressaltam o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), o da liberdade de contratar, a função social do contrato²⁸⁴ e, ainda, a boa-fé objetiva.

Importante, antes, contudo, situar a figura do contrato no tempo, sob o prisma de sua historicidade. Os instrumentos contratuais, especialmente diante de mudanças históricas ocorridas, e da transformação do então Estado Liberal para o Estado Social, transmutaram-se, assumindo uma perspectiva moderna, com novos princípios norteadores, afastando-se do seu modelo clássico.

3.3.1 O instituto dos contratos dentro do contexto histórico-econômico dos séculos XIX e XX

Como meio instrumental de materialização de operações e trocas econômicas, o instituto dos contratos foi, com o passar dos anos, crescendo e ganhando importância e estrutura à medida em que o volume quantitativo de trocas no mercado foi evoluindo.

O desenvolvimento da figura dos contratos e de um direito que lhe conforma e lhe confere sustentação está insitivamente relacionado ao protagonismo do instrumento como via de facilitação das trocas que, por sua vez, tem conexão direta com uma maior pujança da produção industrial.

A importância e as funções do contrato em um quadro econômico e social como o sistema feudal é imensuravelmente inferior à que passou a ter na realidade histórica

²⁸⁴Gomes classifica os princípios dos direitos dos contratos em clássicos, indicando como tais a autonomia de vontade, o consensualismo e a força obrigatória, e os “novos princípios”, os quais assumiram papéis de destaque na nova codificação civil brasileira, sendo eles a boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio econômico. GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 21.

capitalista, especialmente a partir da Revolução Industrial, em que o volume produtivo intensificou a utilidade do contrato e o uso dos instrumentos pactuais.

Dentro dessa linha evolutiva, o contrato sempre espelhará o contexto histórico-econômico-social que, naquele momento, está inserido, assumindo papéis e funções diversas, de acordo com o momento econômico prevalecente. Essa mutabilidade orgânica do contrato, conformadora das suas funções, regras e até estrutura, lhe confere essa característica de relatividade.

Tal conexão com momento histórico refletido pelos contratos é tão forte que, sobre o tema, Roppo²⁸⁵ assevera que “(...) o contrato não é encarado na acepção estrita de instrumento técnico-jurídico da circulação de bens, mas com um significado bem mais geral, como símbolo de uma determinada ordem social, como modelo de uma certa orgânica da sociedade na sua complexidade (...)”.

Dentro dessa perspectiva, o Liberalismo, influenciado pela Revolução Industrial de 1789²⁸⁶, com a consagração ao enaltecimento da liberdade, bem como a exacerbação da igualdade formal, provocou alterações estruturais na dinâmica dos contratos e do direito contratual.

Com bases extremamente liberais, e, até por isso, com a mínima intervenção estatal²⁸⁷, senão primordialmente para impor o cumprimento da vontade livremente pactuada, fruto do desenvolvimento do capitalismo, na época, a autonomia contratual era praticamente plena, salvo se atentasse contra normas legais imperativas ou proibitivas, e, ainda, se atingissem os bons costumes e a ordem pública. O quadrante dentro do qual as partes poderiam estabelecer as próprias regras das relações que estavam pactuando era gigante e bastante elástico.

Vigorava, até então, a compreensão de que todos os seres humanos são iguais entre si, e, como tal, poderiam livremente aderir a contratos, o que supostamente só fariam

²⁸⁵ ROPPO, Enzo – O contrato, p. 28.

²⁸⁶ Nesse sentido, vide Forgioni, ao destacar que: “No final do século XVIII, haviam se solidificado os princípios liberais enformadores da generalidade dos contratos: individualismo, liberdade de contratar e presunção de igualdade entre as partes. O mercado se faz possível porque o sistema jurídico presume a igualdade dos contratantes que, no exercício de sua liberdade, estabelecem trocas entre si.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 40-41.

²⁸⁷ Em sua versão original, a autonomia de vontade representava, no campo jurídico-privatista, a concepção econômica de Estado Liberal.

após discutir pormenorizadamente suas cláusulas e por entender que a adesão ao instrumento contratual lhes seria benéfica, trazendo melhorias e avanços.

Por esse sistema, cujos pilares eram a liberdade de contratar e a igualdade formal entre as partes, não cabia a análise pontual e customizada da relação sob o ponto de vista da justiça substancial e da igualdade material. A compreensão social sobre o tema espelhava a máxima “*quid it contractuel dir juste*”²⁸⁸, ou seja, se está no contrato é justo.

Como muito destacado por Ribeiro²⁸⁹,

A concepção clássica do contrato caracterizava-se por um radical monismo axiológico, alimentado por uma racionalidade estritamente auto-referencial, fechada de si própria. Sendo a liberdade individual reconhecida, no campo do contrato, como valor único e absoluto, era ela perspectivada em termos puramente formais e jurídicos, com quase total irrelevância normativa das condições materiais e das consequências do seu exercício. A conjugação destas duas linhas de pensamento conduziu ao isolamento do contrato do ‘mundo da vida’, ao corte com todas as suas conexões ‘externas’ (...).

Qualquer proibição que ultrapassasse os limites supra indicados, era compreendida como uma restrição, um atentado ao direito de liberdade, aqui materializado na possibilidade de se vincular e, assim, contrair obrigações e direitos por vontade própria²⁹⁰.

Referido modelo do contrato sob a ideologia liberal influenciou, sem dúvidas, as codificações ali contemporâneas. Nesse viés, primordialmente, o Código Napoleônico (Código Civil francês de 1804), além do Código Civil Italiano de 1865 e, ainda, o BGB alemão de 1896, positivaram os anseios da classe burguesa.

²⁸⁸ ROPPO, Enzo – Op. Cit., p. 35.

²⁸⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa – Direito dos contratos: estudos, p. 35.

²⁹⁰ Nesse sentido, vide GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 25.

Nitidamente, essa era a lógica contida no Código Civil Brasileiro de 1916, que erigia o homem ao *status* de elemento central e sua vontade tinha, salvo excepcionalíssimas hipóteses, a plena força e o poder de criar, modificar e extinguir no âmbito do direito²⁹¹.

Especialmente com eventos como a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917, esse valor frio da liberdade, essa dissociada da realidade materialidade no contrato, passou a ser repensada e mostrou vulnerabilidades. Percebeu-se que a igualdade formal plena, muito mais que uma garantia de liberdade, tinha se revelado uma medida de restrição, urgindo uma maior intervenção estatal.

Embora aparentemente paradoxal, a valorização exacerbada da igualdade²⁹² entre todos, entendendo-os, assim, livres para contrair as obrigações que julgassem pertinentes por contrato, gerava, na verdade, uma situação de desigualdade, em que os interesses dos economicamente mais fortes impunham-se²⁹³ sobre os dos economicamente mais fracos, maculando a verdadeira vontade contratual²⁹⁴.

²⁹¹ Vide, sobre o tema, RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz – Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, p. 16. No mesmo sentido, Dantas, que, sobre o tema, destaca: “Forte e inequivocadamente influenciado pelo Liberalismo, (...) o Código Civil de 1916, com sua característica marcadamente individualista, consagrou a liberdade, a igualdade (formal), bem como o primado da vontade, abraçando, com grande vigor, na seara da teoria geral dos contratos, o princípio da autonomia de vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade das convenções”. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo – Op. Cit., p. 1. No mesmo sentido, Peres, para quem: “O Código Civil anterior foi elaborado em uma época em que vigorava o absolutismo dos direitos, isto é, a idéia de inexistência de limites para o seu exercício. O referido diploma legal adotava de forma preponderante o método casuístico, isto é, pretendia reger a vida dos membros da sociedade de modo exaustivo, de modo as ser pretensamente completo e sem lacunas. Tal sistema foi, ao longo dos anos, revelando-se falho e acolhedor de situações injustas praticadas com fundamento de terem amparo no direito positivo.”. PERES, Tatiana Bonatti – Op. Cit., p. 2.

²⁹² Como muito bem exposto por Ribeiro “A própria *práxis* negocial foi pondo a nu, em certas áreas da contratação e em certas situações relacionais, que a autonomia privada, deixada a si própria, não mediava satisfatoriamente determinados conflitos de interesses entre os agentes do tráfego jurídico-econômico. E não apenas, saliente-se, pela produção, nas novas condições, de consequências socialmente indesejáveis. Também porque, e desde logo, uma incondicionada liberdade contratual, em todos os domínios, não se mostrou capaz de organizar eficientemente as relações de troca e de cooperação de mercado. RIBEIRO, Joaquim de Sousa – Op. Cit., p. 40.

²⁹³ Vide, nesse contexto, a lição de Caorsi, senão vejamos: “Se ha llegado a convicción que la lidadad contractual no puede erigirse em um instrumento de dominación en aras de ello. E arremata a seguir: “...el liberalismo económico ha ido dejando su lugar a uma socialización del derecho privado a fin de alcanzar uma armonía entre las partes y justicia em el intercambio.”. CAORSI, Juan J. Benítez – Solidariedad contractual, p. 39.

²⁹⁴ Nesse viés, interessante a lição de Melo, para quem: “O dogma da liberdade de contratar, prevalecente no Estado liberal recente, tornou a ordem jurídica insuficiente à proteção dos interesses sociais, solapando-lhe a oportunidade de melhor realizar a felicidade humana. A preocupação excessiva em considerar todos iguais perante a lei gerava, na verdade, uma situação de absoluta desigualdade, em que os interesses dos economicamente fortes predominavam sobre os interesses dos economicamente fracos. E, em consequência, legitimavam a inversão axiológica em que os interesses da minoria prevaleciam sobre os da maioria, ou, na

A autonomia contratual desvelou-se como um terreno fertilíssimo ao campo dos abusos,

(...) que a reação cobrou forças, inspirando medidas legislativas tendentes a limita-las energicamente. O pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta (...) ²⁹⁵.

Historicamente, esse fenômeno ocorrido nos contratos reproduzia um novo interesse da sociedade ²⁹⁶, que passou a exigir uma maior participação do Estado ²⁹⁷ nas relações entre particulares (Estado Social – Welfare State), para o fim de garantir contratos substancialmente justos e a igualdade, não mais formal, mas material entre as partes, a partir da verificação do panorama histórico, social e econômico que envolve a contratação. A Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) materializa, no âmbito positivo, o novo momento histórico-social que influenciaria todo o espectro de relações privadas.

Nessa senda, valiosa, inclusive, a menção filósofo Thomas Hobbbes, que em textos escritos em *Leviatã*, publicados em 1651, anunciava que o Estado não passava de uma autoexigência que os homens se impunham, para garantir sua conservação. Que, sem a espada do Estado, não existiria aplicação voluntária de equidade e justiça, pois tais princípios fogem da naturalidade do ser humano.

concepção política aristotélica, o governo dos ricos prevalecia sobre o dos pobres.”. MELO, Claudineu de – *Contra to de distribuição*, p. 65.

²⁹⁵ GOMES, Orlando – *Op. Cit.*, p. 25.

²⁹⁶ Vide, nesse sentido, a lição de Godinho, para quem: “A economia social, por seu turno, tornou-se mais dirigida, erigindo-se a intervenção estatal como princípio informativo contratual, em detrimento da liberdade individual e da autonomia de vontade.”. GODINHO, Adriano Marteleto – *A lesão no novo Código Civil Brasileiro*, p. 29.

²⁹⁷ Nesse sentido, vide Forgioni, que, sobre o tema, destacou: “Mas o funcionamento do mercado liberal gera disfunções (...), que levam à desestabilização do sistema. Daí o inteligente arranjo implementado pelo direito, intervindo para neutralizar e evitar crise.”. FORGIONI, Paula Andrea – *Contratos empresariais*, p. 41.

Nesse sentido, destaque-se a doutrina de Porto e Garoupa²⁹⁸, para quem, segundo afirma Hobbes:

(...) a justiça e a equidade, por exemplo, são contrárias às nossas paixões naturais, sendo, por isso, necessário o temor capaz de impor respeito às ‘leis da natureza’, que ele entendia como equidade, justiça, modéstica e piedade. Para ele, os pactos ‘sem espada’ isto é, sem o poder de coerção inerente ao Estado, não são mais do que palavras que não têm força de dar segurança aos homens.

A fragilidade da liberdade formal entre as partes apresentou muito mais desigualdades, ao final, do que a equidade que dela se esperava, passando-se, assim, a exigir uma atuação estatal em prol desse interesse social, de modo a criar muros e limites para garantir algum equilíbrio entre os agentes de um pacto contratual.

Nessa linha, o Código Civil Brasileiro de 2002²⁹⁹, exprimiu tal realidade, “(...) rompendo com o patrimonialismo e individualismo que nortearam o pensamento jurídico do século passado(...)”³⁰⁰ e internalizando, ao conteúdo expresso do código, em consonância com a nova ordem constitucional trazida pela Constituição Federal brasileira de 1988, previsões acerca da limitação à liberdade de contratar, bem como positivando os princípios da boa-fé

²⁹⁸ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno – Curso de análise econômica do direito, p. 175.

²⁹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil comentado e legislação extravagante.

³⁰⁰ Trecho extraído do TJRS, na 17ª Câmara Cível, no processo n. 70073432734, j. em 12.07.17, rel. Des Liége Puricelli Pires, nos termos do qual: “O Novo Código Civil, rompendo com o patrimonialismo e individualismo que nortearam o pensamento jurídico do século passado, traz novos valores e princípios para o direito privado brasileiro: a socialidade (função social ao direito civil – exemplos: artigos 421 – função social do contrato; artigo 608 – repercussão social do contrato, artigo 1.228 – função social da propriedade), a eticidade (inserção do elemento ético no direito civil – as relações privadas devem possuir preocupações éticas – exemplo: artigo 422 – boa-fé objetiva) e a operabilidade (as normas civis devem ser facilmente entendidas pelo cidadão em prol de uma aplicação concreta do Código). Tal evolução na principiologia do novo Código decorreu não apenas em razão dos sopros sociais trazidos no período pós-guerras, mas também como forma de estabelecer consonância com a nova ordem constitucional trazida pela Carta Política de 1988, apelidada de Constituição Cidadã.”. TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Sul TJ - RS - Apelação Cível n. 70073432734, julgado em 12 de julho de 2017. Relator Des. Liége Puricelli Pires.

objetiva (art. 113 e 422), e da função social do contrato (art. 421), além, ainda, de fazer prever o equilíbrio econômico dos contratos (arts. 157, 478, 479 e 480)³⁰¹.

3.3.2 Autonomia de vontade

As pessoas físicas e empresárias, desde que capazes e com adesão espontânea, podem emitir declarações de vontade, obrigando-se através de contratos e, com isso, constituir direitos e obrigações. A autonomia de vontade^{302,303}, nesse sentido, estabelece o poder de auto-regulação privada de interesses e, sem dúvidas, é, no âmbito do direito contratual, uma expressão do princípio maior da liberdade.

Tal princípio, base da teoria dos contratos e corolário fundamental de direito privado³⁰⁴, fornece, em essência, ampla liberdade³⁰⁵ de auto-regulação ao ente privado, que tem o poder de decidir se vai ou não contratar³⁰⁶, de poder ainda escolher com quem

³⁰¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo – Op. Cit., p. 2-3.

³⁰² Objeto do art. 131 do Código Civil Brasileiro e do art. 405º do Código Civil Português (nesse caso, também incide o art 280 do CC de Portugal).

³⁰³ Destaca Peixoto que “A expressão autonomia da vontade, cunhada sob influência de KANT, surgiu como consequência da concepção jurídica e filosófica dos séculos XVIII e XIX que concebia no homem a própria razão do Direito. Segundo esse entendimento somente a vontade livre, soberana e consciente do indivíduo poderia obrigá-lo.” PEIXOTO, Eduardo Collet e Silva – Op. Cit., p. 20-21.

³⁰⁴ Como muito bem coloca FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 112, “(...) a autonomia privada é a viga mestra do direito contratual, servindo ao seu fundamento.”

³⁰⁵ Como vaticina Roppo, “(...) a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço.” E arremata: “(...) os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados. Além disso, os próprios limites negativos (...) eram toleradas em muito estreita medida.” ROPPO, Enzo – Op. Cit., p. 32-33.

³⁰⁶ Nesse sentido estabelece o Código Civil português, em seu art. 405º. Sobre o tema, interessante colacionar trecho do julgado proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça (processo 391/06.0TBBNV.E1.S1-A, j. em 19/09/2019, pela 1ª Secção, com relatoria de Fernando Samões) português acerca da liberdade de contratar, senão vejamos: “ Nas relações negociais, os contraentes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar, como para fixar o conteúdo das relações contratuais que estabeleçam, desde que não haja lei imperativa, sustentada em normativos éticos e sociais, ou mesmo na segurança do comércio jurídico, ditame de ordem pública ou bons costumes que se oponham (neste sentido, Costa, Almeida – Direito das obrigações, p. 184). A regra é, pois, a liberdade de fixação do conteúdo contratual com o alcance de que as partes são livres na configuração interna dos contratos que realizam - art.º 405.º do Código Civil - donde, acima de quaisquer elementos objectivos, o elemento fundamental a considerar é sempre constituído pela vontade das partes.”

contratará e, mais que isso, de definir quais os termos e conteúdos que constarão no pacto que aderirá³⁰⁷.

A autonomia, portanto, contempla desde a liberdade de acordar ou não, envolvendo também a escolha da contraparte e, outrossim, o conteúdo e estipulações do texto contratual³⁰⁸. Envolve, assim, a autodeterminação da partes contratantes e a autogestão de suas vontades, em nome do princípio da liberdade, que lhe confere o devido fundamento.

A autonomia de vontade é, pois, fonte³⁰⁹ dos contratos, na medida em que, regra geral, nos limites da lei^{310,311}, é livre às partes modularem, entre si, suas relações, fixando e regulando o conteúdo dos seus ajustes.

Essa liberdade, sem dúvidas, é fundamental para o surgimento e a consolidação de novos tipos contratuais, e, ainda, para o dinamismo de sua renovação. Eis, inclusive, o sentido apresentado pelo texto normativo do art. 405³¹², n.1, do Código Civil português, que assim dispõe: “(...) dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver (...)”³¹³.

³⁰⁷ Como muito bem expõe Pinto “Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas.” PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria geral do direito civil, p. 102.

³⁰⁸ GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 22.

³⁰⁹ Muitas vezes, inclusive, tais regulações privadas culminam por antecipar produções legislativas, na medida em que se inserem num contexto específico de determinados tipos contratuais.

³¹⁰ Os instrumentos contratuais não podem derogar previsões legais imperativas (ou coativas, no sentido de proibir alguma ação ou omissão). Podem contudo, conforme doutrina de Gomes, inovar em relação às normas supletivas ou subsidiárias, as quais só se aplicam em caso de silêncio das partes. Destaca, sobre o tema, o autor que: “Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista em lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o conteúdo de contrato, nos limites legais imperativos.”. GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 22.

³¹¹ A jurisprudência, em igual sentido, vaticina que: “Registre-se, ainda que, embora os negócios jurídicos no sistema jurídico brasileiro sejam norteados pelos princípios do *Pacta sunt servanda* e da liberalidade da contratação, é regra que as partes não podem estabelecer disposição que contrarie texto cogente expresso de lei (...)”. Ac. da 16ª Câmara Cível do TJ-RS, na Apel. n. 70078752037 – n. CNJ: 0240415-07.2018.8.21.7000, j. em 27.09.2018, com relatoria do Des. Érgio Roque Menine.

³¹² Aplicável aos contratos de distribuição, conforme decisão do STJ português, que, ao preferir o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n. 6/20019, publ. em 04/11, asseverou que: “A regra é, pois, a liberdade de fixação do conteúdo contratual com o alcance de que as partes são livres na configuração interna dos contratos que realizam - artigo 405.º do Código Civil - donde, acima de quaisquer elementos objectivos, o elemento fundamental a considerar é sempre constituído pela vontade das partes. A qualificação jurídica do negócio há-de resultar, em larga medida, do que tiver sido pretendido pelos contraentes.”

³¹³ PORTUGAL – Código Civil.

A mesma regra é presente na codificação civil brasileira, que, por seu art. 425, estabelece ser “(...) lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código (...)”³¹⁴.

Interessante, ainda, a perspectiva anunciada por Lacerda Barata³¹⁵, que, sobre a liberdade contratual das partes, especialmente em contratos atípicos, destacou que esta “(...) revela-se um meio indispensável de autodisciplina, perante uma constante e acelerada evolução económico-social. Constitui, portanto, valioso fator de rejuvenescimento interno do sistema jurídico.”

Tal liberdade contratual, outrossim, possui, muito fortemente, um fundamento econômico, no sentido de adaptar o contrato ao melhor formato que represente o modelo de negócio alinhavado pelas partes contratantes. É preciso contar com a mobilidade do formato e das regras contratuais para aproximar, ao máximo, o instrumento contratual da perspectiva imaginada pelas partes quando desenharam a operação negocial entre si³¹⁶.

Decorre do princípio da autonomia de vontade a autorização ao particular de não ser obrigado³¹⁷ a contratar com quem não queira e, ainda, optar por pactuar com outro contratante que, eventualmente, possua condições aparentemente desfavoráveis frente a outras oportunidades³¹⁸.

A autonomia de vontade evoluiu, inclusive, para a permissão de deliberação, entre as partes, das regras processuais que deliberarão sua relação. É o chamado negócio jurídico

³¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil comentado e legislação extravagante

³¹⁵ BARATA, Carlos Lacerda – Anotações ao novo regime do contrato de agência, p. 9.

³¹⁶ Sobre tal perspectiva econômica ao princípio da autonomia de vontade, merece destaque a doutrina de Brito, para quem: “O fundamento econômico desta regra assenta na necessidade de adaptar o contrato aos fins concretos visados pelos contraentes (...)”. BRITO, Maria Helena – Op. Cit.

³¹⁷ Peixoto revela que há restrições a essa liberdade, como nos casos de contratos de seguros e, ainda, eventuais situações de concessão pública, em que a autonomia do particular fica restringida. PEIXOTO, Eduardo Collet e Silva – Op. Cit., p. 21-22. No mesmo sentido, Antunes destaca que a despeito da autonomia de vontade, princípio do direito jusprivatístico, há, cada vez mais exceções impostas nas normas cogentes no sentido de impor à parte a obrigação de contratar, limitando o seu direito de negar à contratação e impondo-os a realizar a operação contratual. É o caso, por exemplo, “(...) de numerosos contratos firmados por empresas concessionárias de serviços públicos, as quais, independentes de se tratar de empresa pública ou privada, estão impedidas de recusar a celebração de contratos com os utentes dos seus bens ou serviços que preenchem os requisitos legais ou regulamentares exigidos (...)”. ANTUNES, José Engrácia – Op. Cit., p. 126-129.

³¹⁸ Lisboa, para quem “Pelo princípio da autonomia de vontade, o sujeito pode decidir se contrata ou não com alguém, e não apenas isso. O sujeito de direito pode ainda escolher o que contratar, com quem contratar e em que termos contratar. Com isso, os sujeitos contraentes possuem uma participação ampla na elaboração do negócio jurídico.”. LISBOA, Roberto Senise – Princípios gerais dos contratos, p. 27-39.

processual, que, no Brasil, pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, encontra-se previsto em seu art. 190, autorizando assim que as partes possam transigir acerca de prazos e procedimentos de eventual litígio oriundo deste negócio jurídico processual.

É lícito, assim, às partes, seja na fase contratual ou até depois, inclusive no curso do processo, deliberarem sobre fixação de prazos processuais, renúncia a recursos, sem, contudo, poderem, em sua regulação privada, se imiscuir na atividade e função do Juiz.

Se a liberdade na celebração do contrato, no sentido de se escolher a contraparte, manteve-se, regra geral, mesmo com o passar dos anos, garantida, a irrestrita liberdade de modelação e de estatuição, por sua vez, não. O conteúdo e os termos das cláusulas contratuais, a bem de ser garantir a proteção de todo o sistema, inclusive de terceiros, passaram a sofrer algum controle.

Viu-se, sobretudo em determinados tipos contratuais³¹⁹, que a formação dos ajustes passou a ser, quase que integralmente, realizada pela adesão irrestrita de uma das partes à outra que, muitas vezes em virtude do poder econômico, impunha a manifestação de vontade da contraparte, utilizando-a de forma a restringir os direitos e ampliar as obrigações desse último³²⁰.

Referida proteção, portanto, se fazia necessária para garantir a liberdade dos contraentes. “Os romanos já diziam que o direito levado aos extremos seria aintijurídico: *summum ius summa injuria (...)*”³²¹.

O interesse social passou a assumir o protagonismo até então exercido pelo interesse privado. Não bastava um querer qualquer, um querer vazio. Passou-se a cotejar o interesse privado com um interesse maior, o valor constitucional, e, nesse sentido, ao interesse privado exigiu-se guardar consonância com o interesse geral, da coletividade.

³¹⁹ Vide, sobre o tema, Godoy, ao destacar: “(...) esse modelo de estrutura jurídica não tardou a revelar a desigualdade social que escondia. Exemplo disso eram os contratos de trabalho em que parte do salário se pagava sob a forma de crédito para aquisição, pelo empregado, de produtos na própria empresa a que vinculado.” Nos contratos entre empresas, em que pese sem, ainda assim, revelar-se absoluto ou irrestrito, presumem-se que as partes contratantes possuem mais simetria entre si, e, nesse sentido, é de ser dado ainda mais valor e poder, dentro dos limites legalmente previstos, ao convencionado entre as partes. GODOY, Claudio Luiz Bueno de – Op. Cit., p. 5.

³²⁰ Os contratos de adesão continham conteúdos unilateralmente desenvolvidos por uma das partes, cabendo à outra, unicamente, como dito por Galgano “*prendere ou lasciare*”; ou seja, ou firma o contrato nos termos indicados, ou não o faz, sem qualquer espaço para discussão e negociação das cláusulas contratuais que aderirá. GALGANO, Francesco – Op. Cit., p. 48.

³²¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto – Condições gerais dos contratos e cláusula abusivas, p. 156.

A autonomia de vontade cedia espaço à autonomia privada. Todos esses movimentos deram ensanchas a que se evidenciasse uma nova óptica sobre a autonomia da vontade, tão peculiar que o repúdio ao termo vontade, com todos os comprometimentos individualistas do século XIX, determinou sua substituição pelo adjetivo *privata*, sua correlativa italiana, com o sentido de dar normas a si mesmo no âmbito das relações jurídicas de Direito Privado.³²²

A autonomia e, por consequência, a liberdade contratual, passou a precisar ornar com a justiça contratual³²³, que, na garantia do ordenamento jurídico vigente, a defende como bem jurídico maior, coletivo.

Efetivamente, a concepção individualista e ultraliberal dos contratos, como manifestação interna de duas partes, atravessa uma crise, insuperável ao nosso viso, na medida em que pesam, contra esse modelo clássico, uma vertente mais social, com foco na harmonia das liberdades envolvidas³²⁴ e, mais ainda, numa justiça contratual³²⁵.

³²² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz – Op. Cit., p. 27.

³²³ Sobre o tema, vide Farias e Rosenvald: “Liberdade contratual e justiça contratual não rivalizam. Como bem pontua Fernando Rodrigues Martins, o que se almeja é a conciliação entre a autodeterminação e a igualdade advinda do princípio da democracia. Naquilo que Canaris define como a “sociedade de direito privado”, o Estado não impõe ao cidadão uma maneira de agir determinada, mas lhe faculta a escolha por si próprio, sendo a livre conclusão e redação dos contratos um dos instrumentos mais importantes para este escopo. Mas, em contrapartida, esta renovada função estatal de defesa da concorrência livre e leal deve garantir que as posições não sejam levadas a extremos, de forma que a desigualdade econômica ou social implique benefício de uma parte diante da outra. O ponto de contato entre autonomia e justiça contratual é a irrestrita defesa pelo ordenamento jurídico do mercado como um bem jurídico coletivo. O equilíbrio do mercado e a livre concorrência, com repúdio aos monopólios, ao abuso da posição dominante, garantem, simultaneamente, a liberdade de iniciativa e a liberdade de escolha do cidadão, com a possibilidade de adotar decisões conscientes em suas opções de contratação de mercado.” FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 147.

³²⁴ Como muito bem exposto por vide Guimarães, “Esta idéia de que a matéria obrigacional, e a matéria contratual por maioria de razão, é coisa privada, subtraída à intervenção heterônoma do Estado na medida em que ao Estado não interessam os equilíbrios (ou desequilíbrios) alcançados no jogo negocial privado, é desmentida pela abundante legislação de natureza imperativa que condiciona as relações dos particulares.”. GUIMARÃES, Maria Raquel – A conformação da liberdade contratual pela clausula geral de ordem pública, p. 413.

³²⁵ Vide, nesse contexto, a lição de CAORSI, Juan J. Benítez – Op. Cit., p. 39.

Essa necessária conciliação entre a liberdade e a justiça protege situações extremas, embora sem, por conta disso, desnaturar, mas, no fundo, efetivamente proteger, o princípio da autonomia de vontade.

Por mais que firmados intra-partes, é certo que a auto-obrigação, com a adoção de consequentes restrições, ainda que espontâneas, à liberdade individual, provoca ecos e reverberações em toda a sociedade. Por tal motivo, com o objetivo de garantir a justiça nas estipulações contratuais, o valor extremo ao princípio da obrigatoriedade dos contratos – *pacta sunt servanda* –, foi suavizado e relativizado.

De fato, como muito bem vaticina Rodrigues³²⁶,

(...) a liberdade de contratar pressupõe a igualdade na negociação, o que nem sempre existe. Por essa razão, restou reconhecida a necessidade de intervenção do Estado, multiplicando-se no ordenamento as normas protetivas das partes consideradas mais frágeis, isto é, para assegurar não apenas uma igualdade formal das partes perante a lei, mas uma igualdade real (ou isonomia substancial), fenômeno que se chama dirigismo contratual.

Obviamente que, quando em voga contratos entre empresas, estas presumivelmente diligentes e sérias, o princípio da autonomia de vontade deve possuir todo o protagonismo possível e uma menor relativização. É de se cogitar, em tais situações, ainda que em tese, sem qualquer caráter absoluto, que entre os contraentes há uma horizontalidade que autoriza maior prestígio ainda às convenções estabelecidas pelas partes no bojo do instrumento contratual.

É, naturalmente de se compreender, repise-se, que entre duas empresas contratantes, pessoas jurídicas, haja um nível de paridade que autorize, o máximo possível, a liberdade de criar as regras e condições que conduzirão sua relação futura, comprometendo-se, assim, a aderi-las.

³²⁶ RODRIGUES, Silvio – Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade.

O fenômeno da intervenção estatal, contra o modelo contratual clássico, possui mais afetação a situações de hipossuficiência, como contratos de emprego, de consumo e, ainda, questões envolvendo direito concorrencial.

Mas até mesmo nos contratos entre empresas, a autonomia privada não é absoluta e irrestrita, especialmente quando em trato relações com a presença de forte incidência de dependência econômica. Possui, todavia, como dito acima, uma margem mais elástica de liberdade do que quando em causa contratações com empregados e consumidores, como dito outrora³²⁷.

Nesse sentido, especial a análise do professor doutor Carneiro Frada³²⁸, que, sobre esse cotejamento entre autonomia privada e justiça contratual³²⁹, muito bem arrematou:

(...) parece claro que a autonomia privada e a justiça devem conciliar melhor.

Ambas representam como que duas grandes placas tectônicas em que se sustenta todo o direito dos contratos. E existem, com certeza, lugares de tensão linhas de fratura entre elas.

Se, porém, a doutrina não exacerbar incautamente as forças centrífugas de cada uma delas, o chão é firme, e a paisagem una, íntegra e consistentemente bela.

Stat pro racione voluntas, ou, antes, stat pro voluntate ratio?

Ambas se implicam.

³²⁷ Forgioni destaca, sobre o tema, que: “No direito mercantil, mostram-se evidentes os princípios do pacta sunt servanda e da liberdade de contratar na orientação dos vínculos jurídicos. (...) Isso não significa que a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe limitada (lembre-se, por exemplo, da necessidade de controle das externalidades negativas e de incentivo das positivas)”. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 116-117.

³²⁸ FRADA, Manuel Carneiro da – Autonomia privada e justiça contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil, p. 253-254.

³²⁹ Ponderação muito bem feita, sobre o tema, foi a de Ribeiro ao destacar que o excesso da autodeterminação, sem limites, pode ir ao extremo de retirar tanto da autonomia de vontades, eis que imposta por uma parte à outra do contrato, como também retirar à justiça contratual. Destaca o professor português, nesses termos, que: ... a possibilidade de uma justa conformação de interesses deve influenciar a delimitação do âmbito deixado à autodeterminação. Onde esteja tipicamente excluída a liberdade de decisão, deixam de ser toleráveis resultados negociais gravosamente equitativos, pois eles não justificados por nenhum dos dois valores, nem pela liberdade, nem pela justiça contratual. RIBEIRO, Joaquim de Sousa – Op. Cit., p. 45.

Não há autonomia sem justiça, e nem vice-versa.

Nisso converge a autonomia do Direito.

Como muito bem vaticina Alberto Vieira³³⁰, “(...) o exercício da autonomia privada (...), por definição, só é tomada em conta pelo Direito quando se contém nas fronteiras delimitadas por este (...)”.

Inclusive no que toca ao negócio jurídico processual, o próprio Novo Código de Processo Civil (NCPC) brasileiro faz expressa menção, em seu parágrafo único, ao prever que

De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.³³¹.

3.3.3 Função social do contrato

É fato inconteste que o contrato não enceta meros interesses privados, isoladamente considerados. Serve, na verdade, como instrumento de materialização de uma vontade maior, sua função social³³², capaz de tutelar as vontades privadas para, sendo o caso, atenuar e amoldar seu alcance.

³³⁰ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 124-125.

³³¹ Câmara, em igual sentido, destaca, sobre o tema, que: “*A validade dos negócios jurídicos processuais se sujeita a controle judicial (art.190, parágrafo único). Incube ao juiz de ofício ou a requerimento do interessado, controlar a validade do negócio jurídico processual, recusando-lhe aplicação nos casos de nulidade (...) quando se verifica que a convenção tenha sido inserida de forma abusiva em contrato de adesão ou em qualquer caso no qual se verifique que uma das partes se encontra, perante a outra, em manifesta situação de vulnerabilidade. Dito de outro modo, o negócio processual só é válido se celebrado entre iguais, assim entendidas as partes que tenham igualdade de força*”. CÂMARA, Alexandre Freitas – ‘O novo processo civil brasileiro’, p. 128.

³³² Farias e Rosendal, sobre o tema, ressaltam que: “(...) o ordenamento jurídico-constitucional não quer que o contrato seja ‘abstrato’, no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada pelas partes, mas

A função social do contrato, nessa perspectiva, funciona como uma cláusula geral³³³ contratual, que vincula os contratantes e, assim, condiciona sua autonomia de vontade para satisfazer vontades coletivas.

A expressão função social, no direito brasileiro, apareceu na Constituição Federal de 1988, associada à propriedade (art. 170, inciso III). A partir daí, passou-se a conceber a função social da empresa, esta como sendo uma decorrência da função social da propriedade dos meios de produção³³⁴ e, no mesmo sentido, inclusive para dar eficácia ao texto constitucional, estendeu-se tal limitação ao âmbito contratual, posteriormente positivado pelo art. 421 do Código Civil Brasileiro.

Nessa mesma toada, a Constituição da Alemanha de 1919, em seu art. 153, estabeleceu a função social da propriedade, ao indicar, que “A Constituição garante a propriedade, cujo conteúdo e limites serão fixados pela lei. (...) A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum (...)”.

Se a positivação da função social ocorreu, inicialmente, relacionada ao uso da propriedade, suas bases teóricas decorreram da necessidade prática de ser garantido o respeito ao princípio da dignidade humana. A função social do contrato está intrinsecamente relacionada à necessidade de garantia da dignidade humana.

Viu-se, na prática, como dito algures, que a liberdade econômica apregoada pela Revolução Industrial e o sentimento natural de que os homens e mulheres são dotados de razão, e, como tal, capazes de cuidarem de si e deliberarem racionalmente, revelou-se inservível, proliferando-se abusos e ilegalidades cometidas no corpo de instrumentos contratuais firmados, os quais, sob o ponto de vista formal, eram dotados de aparente regularidade³³⁵.

O contrato teve, com o desenvolvimento do capitalismo, de transmutar-se, de evoluir, adquirindo um novo mister. Se, até então, o instrumento contratual limitava-se a “transferir a propriedade de bens”, modificou-se, deixando “(...) de ser mero instrumento de

‘casual’, cumpridor de uma função social (...)”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 146.

³³³ PEIXOTO, Eduardo Collet e Silva – Op. Cit., p. 31.

³³⁴ Vide, sobre o tema, GONÇALVES, Priscila Brolio – A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro, p. 106.

³³⁵ Sobre o tema, vide TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo – A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação, p. 198-199.

poder de autodeterminação privada para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social”³³⁶.

A função social veio, pois, instituir uma obrigação, e nesse sentido, o melhor sinônimo para o termo função aqui empregado é “missão”, aos contratantes, de comportar-se, inclusive na redação e elaboração dos instrumentos contratuais, de forma socialmente útil, o que, de fato, culmina por impor uma limitação à plena e inquestionável liberdade de contratar da forma que entenderem pertinente.

A autonomia contratual, pois, é conformada³³⁷ por valores maiores do ordenamento jurídico, valendo-se como instrumento para o alcance das finalidades pretendidas constitucionalmente. As partes podem e, de fato, possuem toda a liberdade de contratar, estabelecer cláusulas e obrigações; contudo dentro dos muros e quadrantes estabelecidos pelas normas cogentes, imprescindíveis à salvaguarda dos direitos fundamentais reconhecido pelo ordenamento jurídico³³⁸.

O Código Civil Brasileiro, nesse sentido, como dito, previu, em seu art. 421, que a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato, estabelecendo ainda o princípio da intervenção mínima do Estado, quanto às contratações entre privados³³⁹.

³³⁶ GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 40-41.

³³⁷ Interessante, nesse viés, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, ressaltando tal convivência pacífica entre os princípios contratuais e a intervenção judicial: “*Essa coercitiva intervenção judicial não contraria, entretanto, os princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos. Esses princípios, típicos da teoria liberalista do Direito Contratual, passam a ter novo significado e novos limites em decorrência da interpretação constitucional do Direito Privado, que, ao mitigar ‘seus contornos até então inflexíveis’, os faz conviver harmonicamente com os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, agora positivados nos arts. 421 e 422 do CC/02*”. Resp 1641131/SP, da 4ª. Turma do STJ, com relatoria da Ministra Nancy Andrighy, DJ de 23/02/2017.

³³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de direito privado, p. 268.

³³⁹ Vide, a esse respeito, REsp 1799627/SP do STJ brasileiro, 3ª Turma, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ de 09/05/2019, no sentido de: “*(...) que deve prevalecer, na espécie, o princípio da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda), notadamente por se tratar de relação empresarial, admitindo-se a ingerência judicial nas obrigações livremente pactuadas entre as partes somente em situações excepcionais.*” Do mesmo modo, vide RESP 1158815/RJ, 3ª Turma, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 17/02/2012: “*Nada obstante, a par de não se ter reconhecido, no caso dos autos, qualquer destas alterações, não previstas, aliás, no Código de 1916, a intervenção do Estado no campo do Direito Privado, mais precisamente no plano do Direito Empresarial – em que se situa a relação jurídica estabelecida entre a recorrente e as recorridas –, deve ser mínima, em respeito à vontade manifestada de forma efetivamente livre pelas partes. Efetivamente, no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado.*”.

A I Jornada de Direito Civil³⁴⁰, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, no sentido de interpretar o então novel Código Civil Brasileiro, proferiu 137 enunciados, entre os quais os de número 21, 22 e 23 referiram à função social do contrato:

21 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Noutro texto normativo, especificamente a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estabelece, em seu art. 36, parágrafo 3º, XII, que a conduta de “(...) romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão da recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais (...)” pode figurar infração à ordem econômica.

³⁴⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – I Jornada de Direito Civil.

Percebe-se, pelo teor legal, uma nítida valorização da função social do contrato sobre a autonomia privada, no intuito de preservar toda uma cadeia de terceiros³⁴¹ afetada em caso de rompimento contratual. O contrato, nesse contexto, ultrapassa sua perspectiva endógena e hermeticamente fechada para possuir uma dimensão exterior, ou seja, para abrir a relação singular intra-partes a fatores e valores externos, e não apenas os enclausurados nos objetivos daquele específico ajuste³⁴².

O dever de agir solidariamente³⁴³ dentro do contrato, atuando eticamente para com a contraparte, e, ainda, quando for o caso³⁴⁴, com os terceiros afetados pela relação contratual, subsumindo a formal autonomia de vontade a princípios maiores como a dignidade da pessoa humana (CFB, art. 1º, III) e da solidariedade social (CFB, art. 3º, I), influenciaram o que se atualmente denomina de Direito Civil-Constitucional Contratual³⁴⁵.

As partes têm de ter como norte a busca comum do objetivo contratual, e seus esforços contratuais devem se dirigir a esse fim. É crível e justo que, dentro do limites do contrato e sem confronto com os limites colaborativos e cooperativos estabelecidos pelo instrumento contratual, cada parte busque proteger seus interesses privados. Não pode, contudo, fazê-lo ao arrepio dos valores comuns contratuais que se obrigou a cumprir quando do estabelecimento da relação pactual³⁴⁶.

³⁴¹ Nesse sentido, Godoy, destaca: “ (...) a partir daí será possível, então, a procura de um conteúdo genérico para a função social do contrato. Um conteúdo que, primeiro, se coloca na própria relação inter partes, (...). Mas sem olvidar, logo após, que o conteúdo genérico do princípio abrange igualmente uma eficácia externa ao ajuste, representada pelos efeitos, dele oriundos, que se projetam diante de terceiros não contratantes, corolário da admissão de que, no mundo de hoje, o contrato se insere no tecido das relações sociais e, portanto, não pode ser tido como indiferente, *tourt court*, a quem dele não tenha feito parte.”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de – Op. Cit., p. 2.

³⁴² RIBEIRO, Joaquim de Sousa – Op. Cit., p. 43.

³⁴³ Vide, nesse contexto, a lição de Caorsi, que, sobre o tema, destaca: “...domina um deber de solidaridad mediante la colaboración de los individuos para la satisfacción de los intereses patrimoniales recíprocos, conducta que conlleva al bien común de la relación obligacional dirigida al cumplimiento de forma más productiva para el acreedor y menos onerosa para el deudor.”. CAORSI, Juan J. Benítez – Op. Cit., p. 113.

³⁴⁴ De regra, vige, no âmbito privado, o princípio da relatividade das obrigações, no sentido de que apenas as partes que assim optaram, por vontade livre e espontânea, por contrair obrigações ou partilhar direitos, é que podem ser afetados por seus atos. Há contudo, tipos contratuais, como os ajustes que afetam a dinâmica da concorrência e, ainda, os contratos agrários, que afetam terceiros que não participaram da transação. Nessas situações, em que ocorre a produção de externalidades, a liberdade contratual de cada uma das partes está limitada e afetada ao meio social atingido pelas deliberações. Nesse sentido, vide TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo – Op. Cit., p. 206-207.

³⁴⁵ Vide, sobre o tema, KONDER, Carlos Nelson – Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados, p. 22-23.

³⁴⁶ Eis o que vaticina, ao tratar sobre a ideia de comunhão de esforços contratuais, SALOMÃO FILHO, Calixto – Op. Cit., p. 220.

Importante destacar que função social não pode ser confundida com assistencialismo. A função social do contrato não afasta a finalidade econômica do contrato, seu principal objetivo³⁴⁷. O contrato é firmado para fins econômicos e a atuação dos partícipes é limitada por sua função social³⁴⁸.

Ademais, o respeito e o valor à função social do contrato não podem ir ao limite de suprimir a própria autonomia da parte, afetando sua liberdade. O objetivo é apenas o de evitar que o contrato seja utilizado como instrumento de ato abusivo, e, como tal, ilícito.

O que se impõe é, cirurgicamente, conformar-se o interesse privado com valores maiores, defendidos pela sociedade e amparados na dignidade humana, além de representar uma forma de se realizar a justiça ao caso concreto, como exigência do constitucionalismo social³⁴⁹.

Ainda que diretamente associável a uma vontade econômica, patrimonial, a autonomia privada também contém um elemento existencial, do direito da personalidade individual.

Como direito da personalidade, e, nesse viés, envolvendo a própria dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico confere maior proteção. A tutela à liberdade existencial é, como, de fato, deve ser, maior do que a tutela da autonomia patrimonial.

³⁴⁷ Forgioni destaca: “*Em qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado em conjunto pelas empresas, isto é, todo negócio tem uma função econômica e nessa função encontra sua razão de ser (...)*”. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 117.

³⁴⁸ Eis, nesse azo, o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, no RESP 803.481/GO, DJ de 01/08/2007, com relatoria da Ministra Nancy Andrighy, senão vejamos: “*A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.*”

³⁴⁹ Como muito bem vaticina Ribeiro, verbis: “São também os portadores de interesses e necessidades que, num horizonte de escassez, procuram satisfazer, em confronto (ainda que também em cooperação) com os demais. E forçoso é verificar que, nesta *struggle for life*, eles se apresentam, em múltiplos contextos, com armas desiguais, com diferentes possibilidades de utilização daquela liberdade normativa. É justamente a relevância jurídica dessas disparidades que vai dar azo, quando reconhecida, a especiais regimes tuteladores.” E arremata: “Esta incorporação no direito contratual de determinantes metajurídicas, fontes de tratamento diferenciados, mais não significa, ao fim e ao cabo, do que a participação dessa componente do ordenamento, no seu lugar e com seus instrumentos próprios, no *management of needs* que a constituição social reclama.”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa – Op. Cit., p. 44.

Dito isso, a autonomia contratual, especialmente por sua perspectiva existencial, como dimensão da dignidade da pessoa humana, é, não atenuada, mas firmemente validada pela imposição de limites ao seu exercício.

O ato volitivo que expresse, em forma, o interesse da parte, não é imune à tutela; não é absoluto. Não há, na legalidade constitucional, zonas francas de atuação da autonomia privada, blindadas ao controle e à tutela judicial, não podendo tal autonomia ser concebido como um poder absoluto, independente e alheio à axiologia determinada pela Constituição³⁵⁰.

O casuísmo permite a insurgência estatal para garantir a solidariedade e a justiça social, se em cheque os valores mínimos da dignidade da pessoa humana.³⁵¹

3.3.4 Força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)

A força obrigatória dos contratos tem a especial função de regular o cotidiano da relação contratual, criando amarras contra a prática de atos oportunistas e prevenindo consequências diante das ocorrências³⁵².

Regra geral, o contratante que, espontaneamente, estabelece, contra si, obrigações contratuais, deve cumpri-las, na medida em que, em tese, teve condições de avaliar a adequação e a viabilidade dos compromissos que, pelo contrato, escolheu aderir³⁵³.

Em bem verdade, a força obrigatória dos contratos é imperativo da segurança jurídica. É, na crença, na justa previsibilidade, que a parte contrária cumprirá com as obrigações que aderiu, que o empresário firmará novos pactos, adjacentes ou até dependentes

³⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo – Notas sobre a função social dos contratos, p. 155.

³⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 147/153.

³⁵² Forgioni desataca resalta que, na base, se os contratantes pudessem, criariam vínculos apenas para obrigar a contraparte, nunca a si próprio, destacando que tal espírito não contribui ao melhor estabelecimento de uma relação contratual, na medida em que o excesso de amarras pode, com o passar do tempo, gerar desinteresse na continuidade do ajuste. FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 109.

³⁵³ Pereira, sobre o tema, arremata: “Lícito não lhes é arrependerem-se; lícito não é revoga-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz altera-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes.”. PEREIRA, Caio Mario da Silva – Instituições de direito civil. v. III, p. 10.

desse primeiro. “Quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas produzidas pelo sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas (...)”³⁵⁴.

Existe toda uma teia relacional envolvida a partir dos contratos firmados e inadimplementos obrigacionais podem gerar colapsos que irradiam em todo o mercado, ultrapassando a mera bilateralidade do contrato firmado entre as partes³⁵⁵.

Tal princípio tem especial ligação com a base ética³⁵⁶, ancestral, do cumprimento à palavra empenhada, do respeito ao compromisso voluntariamente estabelecido, além de desempenhar um papel funcional, como elemento de organização das interações entre os agentes econômicos. São, aliás, essas interações – transações – que, nos termos da Teoria dos Custos de Transação, desenvolvem a economia.

Como muito bem vaticinado por Roppo,

(...) cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo inderrogável à palavra dada: *pacta sunt servanda*. Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de fato, condição para que as trocas e as outras operações de circulação de riqueza se desenvolvam de modo correto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que não se frustrem as previsões e cálculos dos operadores (...).

O afastamento da obrigatoriedade de cumprir ao estabelecido contratualmente é condição excepcional³⁵⁷ e depende, casuisticamente, do cotejamento proporcional com os demais princípios que tratam da teoria contratual, aplicada ao caso em concreto.

³⁵⁴ FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 119.

³⁵⁵ YAMASHITA, Hugo Turbone – A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais, p. 55-56.

³⁵⁶ Roppo destaca: “É l’imperativo morale de tenere fede ala alla parola data, di non tradire l’impegno preso, di assumersi la responsabilità dele proprie scelte (...)”. ROPPO, Vincenzo – Il contratto, p. 532-533.

³⁵⁷ Nesse sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça quanto aos contratos empresariais, ex vi do Resp 1535727/RS, da 4ª. Turma do STJ, com relatoria do Ministro Marco Buzzi, DJ de 20/06/2016, cujo trecho merece destaque: “O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de

Se, efetivamente, as partes estão posicionadas em condição de horizontalidade na pactuação, tendo efetivas condições - o que nem sempre se verifica, de fato - de negociar as cláusulas do contrato, que, efetivamente, dispõe obrigações e direitos bilateralmente equilibrados, o razoável e o que se espera é que ambos cumpram com o que se pactuaram³⁵⁸.

Isso porque, dado que o contrato possui funções cooperativas, de busca dos interesses que convergiam às partes quando firmaram o acordo, o princípio da força obrigatória do contrato deve ser entendido sob a lógica de persecução dos interesses comuns contratuais, e não à garantia dos interesses particulares.

O princípio da força obrigatória dos contratos é de ser percebido como estímulo à prática colaborativa contratual *versus* a clássica concepção individualista, que merece ser afastada, do contrato como foco dos interesses privados de cada contratante³⁵⁹.

Lembremos, por oportuno, que é característico à atividade empresarial e ao exercício de mercância a busca pelo lucro e a assunção de riscos. O lucro é, efetivamente, o fim precípua do empresário.

Não há, contudo, como buscá-lo, sem assumir riscos. O risco é inerente à atividade empresária e é um medo constante do empresário. Ao destinar determinado capital para o desenvolvimento de atividade empresarial, o agente econômico tem ciência que pode, além do sucesso, haver insucesso total ou parcial do projeto tal como fora proposto – *alea* do negócio.

Na mesma toada, ao interagir com outros agentes econômicos e transacionar por meio de contratos, especialmente se referidos pactos envolverem relações que se protraem no tempo, o empresário tem de estar ciente que está assumindo diversos riscos³⁶⁰.

prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado (...)”.

³⁵⁸ Nesse sentido, vide o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n. 1027274-54.2016.8.26.0100, publicado no DJ de 14/06/2019, de relatoria do Desembargador Mourão Neto, para quem “Por fim, abusividade alguma há de se reconhecer no tocante ao prazo de 90 (noventa) dias fixado pela cláusula 14 do contrato firmado entre as partes, já que, tratando-se de instrumento firmado por pessoas jurídicas (não especialmente hipossuficientes uma em relação a outra), deve prevalecer o pacta sunt servanda.”.

³⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto – Op. Cit., p. 211.

³⁶⁰ Marquezini destaca que o contrato é, também, um instrumento de atribuição recíproca, às partes, de obrigações e riscos. MARQUEZINI, Fernando – Contribuição ao estudo dos riscos contratuais e de sua distribuição, no direito privado, p. 64.

O insucesso, por si só, da projeção que se esperava ao empreendimento desenvolvido através da relação contratual de distribuição, não autoriza que se busque, através do direito de ação, por meio do Poder Judiciário, tutelas da contraparte³⁶¹.

Não há garantias de sucesso em nenhuma operação empresarial. O direito combate o abuso, a exploração abusiva de situação de dependência econômica contratual. Não se presta, todavia, a ressarcir o pactuante dos prejuízos decorrentes do insucesso de sua investida empresarial.

O empresário vive e se alimenta do risco. O reflexo dessa condição é que, certamente, a tutela sobre as decisões voluntariamente contraídas pelos mesmos devem ser menores do que se espera a categorias que não possuem tal poder negocial; situação dos consumidores e empregados³⁶².

3.3.5 Boa-fé objetiva

Pelo princípio da boa-fé, exige-se que o contratante proceda, durante toda a vigência do pacto firmado, com lealdade, com honestidade e retidão. No âmbito contratual, agir com boa-fé é agir, em todas as fases que permeiam a pactuação, seja na fase negocial³⁶³, durante a vigência do contrato e quando do seu desenlace, de forma leal.

³⁶¹ Forgioni, sobre o tema, enfatiza: “O direito é racional porque garante o processo e não o resultado a ser obtido, mesmo porque a ‘alea normal’ é inerente aos negócios”. FORGIONI, Paula Andrea – A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, p. 14.

³⁶² Nesse sentido, Yamashita destaca: “Nessa medida, considerando que “todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu ‘risco típico’; o risco é inerente (= caracteriza) à atividade empresarial”, é inegável que a qualificação de empresarial a determinado contrato confere-lhe um caráter ainda mais “arriscado” do que nos demais pactos que não envolvem a atividade comercial. Em outros termos, o que se pretende dizer é que, nos contratos empresariais, o grau da tutela da parte que teve determinado risco concretizado em dano deve ser muito menor do que nos contratos civis e consumeristas.”. YAMASHITA, Hugo Turbone – Op. Cit., p. 47.

³⁶³ O art. 1.337 do Código Civil Italiano, nesse sentido, determina que “(...) as partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé.” O art. 422 do Código Civil Brasileiro contém a mesma determinação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

A boa-fé impõe aos contratantes o dever de atuar de acordo com o escopo da contratação qual aderiu, esforçando para cumprir o que se comprometeu a realizar, sem praticar qualquer ato oportunista com vistas a prejudicar a contraparte.

Historicamente, a nível legislativo brasileiro, o princípio da boa-fé esteve positivado no antigo Código Comercial Brasileiro, de 1859, por meio de seu art. 131, e, ainda, por ocasião do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, antes de vir expresso no Código Civil de 2002, em seu art. 422.

Decorre de um interesse comum, social, de que as pessoas ajam com retidão e representa, no fundo, um dever de cooperação, a obrigação de uma parte do contrato de cuidar e zelar pelo seu semelhante, tratando-o dignamente, abstendo-se de praticar qualquer ato que rume contra o escopo do contrato ou que falseie ou desequilibre as prestações pactuadas³⁶⁴.

Representa norma de ordem pública, cogente e obrigatória em todas relações contratuais, inclusive privadas e empresariais.

É a partir do cumprimento desse princípio que se coíbe a prática de condutas de abuso da condição de dependência econômica e se estimula e, assim, promove o fluxo das relações econômicas.

Sem dúvidas, quanto mais se age de acordo com o esperado, eticamente, com menos incidência de praticas oportunistas, menor é custo de transação em tais relações, propiciando menos dispêndios, mais confiança e, sem dúvidas, maior desenvolvimento do fluxo entre os agentes econômicos.

A despreocupação com elementos subjetivos, com riscos oportunistas entre as partes, desenvolve as interações a um ponto em que os fluxos assumem um nível maior de impessoalidade, em função de uma garantia de que tal mercado funciona eticamente, amparado na boa-fé. Para tal, imprescindível que haja uma normatização jurídica eficiente desse mercado, com regras e sanções bem definidas e aplicadas³⁶⁵.

³⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 166-177.

³⁶⁵ FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 123-127.

A boa-fé é, em conjunto com os usos locais, fonte de interpretação e integração contratual³⁶⁶. A partir dos anseios de boa-fé, é possível que se preencham lacunas próprias da natural incompletude contratual, ou mesmo que se interpretem o seu conteúdo.

Enquanto a boa-fé objetiva remete à ideia de um padrão geral, um *standart*³⁶⁷, de comportamento esperado, sem engessamentos, mas necessariamente moldado pelo nível cultural³⁶⁸, status dos envolvidos e o momento histórico, a boa-fé subjetiva leva em conta a visão da parte, a intenção do sujeito, traduzindo, não um princípio, mas apenas um estado psicológico³⁶⁹ pessoal da parte, que acredita ser detentora de um direito³⁷⁰.

De fato, a boa-fé subjetiva respeita a fatores internos, próprios e pessoais da parte que alega deter dado direito, um estado, enquanto a boa-fé objetiva diz respeito a fatores e elementos externos, normas gerais de conduta, o padrão de como se deve agir; um princípio³⁷¹.

3.4 Do sistema de proteção ao abuso no Direito comparado

A proibição ao abuso de dependência econômica, e sua proteção, possui sistematização positivada em diversos países da Europa Ocidental, entre os quais merecem ser citados a Alemanha, que possui disciplina sobre o tema desde 1973, e, cronologicamente, ainda, a França, em 1986, a Itália, desde 1998, Portugal, como já anunciado, desde 1993 e Espanha, a partir de 1999.

O foco e atenção principal das legislações indicadas não é combater a situação dependencial, uma vez que essa, como dito e repisado, é lícita e característica da própria relação terceirizada de distribuição comercial, mas sim o abuso dessa condição.

³⁶⁶ Art. 113 do Código Civil Brasileiro.

³⁶⁷ O STJ Brasileiro (RESP 803.481/GO, DJ de 01/08/2007, relatora Min. Nancy Angrighy), sobre conceito de boa-fé objetiva, a qualifica como, verbis: “(...) *modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo* (...)”.

³⁶⁸ O parágrafo 242 do BGB DE 1900 determina que: “(...) o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.”.

³⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 164.

³⁷⁰ LOPES, Teresa Ancona – Princípios contratuais, p. 44

³⁷¹ NORONHA, Fernando – O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, p. 132.

O tema, na Alemanha, sendo talvez o precedente legislativo de maior importância³⁷², encontra-se previsto no §20, no número 2, do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB – Lei Alemã da Concorrência). O objetivo da norma, que possui contexto concorrencial, é proibir atitudes discriminatórias desleais à concorrência, impedindo restrições contratuais a determinado agente econômico, ou impondo a esse condições mais árduas que as impostas aos demais *players* de um mercado específico. O texto normativo alemão menciona, ainda, a necessária ausência de alternativa razoável equivalente ao agente econômico dependente.

Também na França, como na Alemanha, a questão da dependência econômica está relacionada à temática antitruste. O artigo 8 da *Ordonnance* n. 86-1243 proibia a exploração abusiva do estado de dependência econômica. Atualmente, a questão, nas terras de Napoleão Bonaparte, é tratada pelo Code de Commerce, com alterações importantes trazidas pela Lei 2001-420 de 2001. O art. L.420-2³⁷³ inova especialmente porque deixa de prever, como condição à configuração do estado de dependência econômica, a necessidade da falta de alternativa equivalente, o que acaba por expandir o espectro de incidência da dependência.

Interessante ainda a previsão contida no L. 442-2, recentemente alterado pelas *Ordonnance* 2019-359³⁷⁴, de abril de 2019, que afasta o impacto na cadeia concorrencial para

³⁷² MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 63.

³⁷³ L. 420-2 “Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles”. L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.

³⁷⁴ Art. L. 442-1.-I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :
1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;
2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.
II.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

tratar da dependência no âmbito privado de uma relação comercial, inclusive de distribuição comercial, vedando a prática de atos, ou mesmo a tentativa de realizá-los, que imponham desproporção entre a obrigação contratual imposta à parte e o benefício da contraprestação.

Já em Portugal, de nítida inspiração ao texto francês, em particular no n. 2 do art. 8º, da *Ordonnance* n. 86-1243³⁷⁵, o Decreto-Lei n. 371/93, publicado em 29 de outubro, em seu art. 4º, coíbia o abuso da condição de dependência econômica, asseverando, expressamente, como elemento condicional à configuração da dependência econômica, a falta de alternativa equivalente.³⁷⁶ Atualmente, o abuso de dependência econômica, em Portugal, está descrito pela Lei 18/2003, Lei Concorrencial Portuguesa, contemplado em seu art. 7º, no qual é feita menção à impossibilidade da empresa obter o produto, em condições similares, de outros parceiros, num prazo razoável, bem como o fato do produto ser fornecido por um número restrito de fornecedores.

Efetivamente, conforme indicado pela legislação, na presença de situações similares, equivalentes a que possam se valer o agente vulnerável, não se pode cogitar em dependência econômica³⁷⁷. É exatamente esse isolamento, a falta de saída, que cria a dependência de uma parte à contraparte.

Na Itália, a matéria do abuso de dependência econômica entre empresas é tratada pelo art. 9º da Lei 192, de 18 de junho de 1998³⁷⁸. Pelo próprio texto legal, é definido o estado

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.

³⁷⁵ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Op. Cit., p. 85.

³⁷⁶ É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência econômica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adoção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 2.º

³⁷⁷ Mussi que: “Se há fontes alternativas de abastecimento, de fornecimento ou mesmo opção de utilização de ativos específicos em outra atividade, não se tem situação de dependência econômica.”. MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – Op. Cit., p. 97. No mesmo sentido, Granzoti: “Outro critério relacionado ao poder de mercado refere-se à substituíbilidade dos bens fornecidos. Com efeito, na hipótese do distribuidor poder recorrer a espécies permutáveis de bens, que o consumidor admita substituir na falta de determinados produtos, sem importar em perda relevante da competitividade, não se pode advogar a existência de um estado de dependência econômica. Nesse caso, mostra-se útil a referência à técnica de talhar de forma abrangente o mercado relevante, de maneira a contemplar os produtos permutáveis, como alternativas suficientes ao distribuidor.”. GRANZOTI, Fernando de Miranda – Op. Cit., p. 64-65.

³⁷⁸ “9. Abuso di dipendenza economica.

1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

de dependência econômica, indicadas algumas hipóteses de abuso e, por fim, a norma é contundente ao indicar a nulidade do contrato por meio do qual é praticado o abuso de dependência econômica³⁷⁹.

No Brasil, a matéria é regulada pelo art. 187 do Código Civil Brasileiro³⁸⁰, de clara inspiração³⁸¹ no art. 334 do Código Civil Português. Pelo texto legal, é ato ilícito o praticado com excesso aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

3.5 Das consequência do abuso

Uma vez adotadas condutas que extrapolem, ou seja, avancem a condição de dependência econômica, com desvirtuamento, por uma das partes, da função econômica do contrato, e, assim, com o aproveitamento unilateral dos resultados da operação, estar-se-á diante de abuso de direito, ainda que tais previsões estejam contidas no corpo contratual, merecendo, por isso, tutela e intervenção estatal.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.

3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica”

³⁷⁹ Vide, nesse sentido, Rescigno e Gabrielli, para quem “L’art. 9, l. n. 192/1998 (c.d legge sulla subfornitura, l. subf.) prevede e disciplina il divieto di abuso di dipendenza economica (a.d.e.) tra imprese. Nel vietare l’a.d.e (1° co., 1° periodo), l’articolo in questione definisce lo stato di dipendenza economica (1° co., 2° e 3° periodo), individua alcune ipotesi di abuso (2° co.), elenca i rimedi civili (3° co.), e prevede infine una limitata competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (3° co. *bis*)”. RESCIGNO, Pietro; GABRIELLI, Enrico – I contratti nella concorrenza – trattato dei contratti: a cura di Antonio Catricalà e Enrico Gabrielli, p. 271-272.

³⁸⁰ Art. 187 CCB. 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.

³⁸¹ NEGREIROS, Teresa – Teoria do contrato: novos paradigmas, p. 140.

Se verificado, na prática, que o direito da parte foi exercido para além dos limites emoldurados pelo contexto ético e cultural da sociedade naquele momento histórico, é preciso compreender quais as consequências que advirão àquele ato que, na materialização concreta, se revelou como abusivo e, assim, reprimido.

O exercício abusivo, ao ultrapassar a linha limite de incidência normativa indicada àquele aparente direito, alcança caráter de antijuridicidade, de ilicitude.

Renove-se aqui a compreensão que, para o escopo da aplicação das sanções ao comportamento abusivo, é de se considerar amplo o conceito de direito, envolvendo um alcance genérico. Além disso, conforme indicado algures, o comportamento que se apresente como abusivo pode ser tanto decorrente de uma ação ou mesmo de uma omissão.

O abuso de direito, então, insere-se no âmbito da ilicitude, permitindo, pois, a incidência de responsabilização civil. É o que dispõe o art. 187 do Código Civil Brasileiro³⁸², de, como dito, clara inspiração³⁸³ com o art. 334 do Código Civil Português, (e art. 483 do Código Civil Português), desde que presentes os pressupostos legais para tal.

Ao promover um prejuízo a outrem, por ação ou omissão abusiva, com nexo de causalidade possa entre o comportamento e o dano, é plenamente exigível a reparação civil.

Muitas vezes, porém, a reparação não é o fim desejado pela parte lesada. Mais importante, em determinadas alturas de relações com incidência de práticas abusivas, é que o comportamento lesivo estanque e, assim, que a violência acabe. Nesse sentido, o controle e a tutela jurisdicional aplicável é a declaração de nulidade do ato abusivo e, sendo o caso, a determinação de medida que restabeleça a condição que melhor se alinhe com o espírito e finalidade social da relação em trato³⁸⁴.

³⁸² Art. 187 CCB. 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.

³⁸³ NEGREIROS, Teresa – Op. Cit., p. 140.

³⁸⁴ Vide, novamente, sobre a questão, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Do abuso de direito, p.76-77.

É, ainda, nulo o ato abusivo, nos termos do art. 166, VI, do Código Civil Brasileiro. Isso porque o abuso de direito possui íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, positivada³⁸⁵, em campos brasileiros, pelos art. 113 e 421 do Código Civil.

De fato, ao ultrapassar, exceder os limites normativos do exercício dos direitos a que faz jus, gerando desequilíbrio contratual, a parte atenta contra a boa-fé, cabendo, assim, a aplicação do art. 166, VI do Código Civil. A mesma consequência, de nulidade, ocorrerá se o ato abusivo atentar contra a função social do contrato.

É o caso, como muito bem colocado por Forgioni³⁸⁶, do afastamento, pela parte detentora do poder econômico, das cláusulas contratuais socialmente típicas. A professora e doutrinadora brasileira, sobre o tema, defende que, no direito empresarial, há cláusulas, comuns a quase todos os contratos e conhecidos por todos os advogados militantes na área, que podem ser consideradas socialmente típicas. E arremata, enfatizando que “(...) caso, no exercício dos seus poderes contratuais, uma parte se afastar dessa função econômica (típica) do dispositivo, estará cometendo abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC (...)”.

Cabe-nos, diante disso, para os fins da presente investigação, avaliar, a partir da concepção de que a autonomia de vontade é relativizada, ainda que excepcionalmente, em nome da função social do contrato, e que o abuso de direito é combatido, qual seria o pré-aviso justo à denúncia de um contrato de distribuição comercial, a depender da extensão do seu vínculo e, ainda, se é cabido ao distribuidor comercial, assim como o é ao representante comercial, alguma indenização quando do encerramento do vínculo, em função da clientela angariada e cuja exploração remanescerá apenas ao principal.

³⁸⁵ Também na Alemanha a disciplina é similar. O art. §134 do BGB (Código Civil Alemão) determina que “(...) um negócio que viola um dever legal é nulo se outra não é a cominação legal, e de qualquer modo reclama a invalidade do contrato (...)”.

³⁸⁶ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 101.

CAPÍTULO 4 Denúncia contratual imotivada e pré-aviso mínimo

4.1 Denúncia contratual. Direito potestativo. Exercício abusivo

4.1.1 Formas de encerramento contratual

a) Extinção contratual

O encerramento contratual pode ocorrer de várias formas, como se sabe. O usual, por óbvio, é que o seu encerramento se verifique pelo cumprimento das obrigações estabelecidas no vínculo, ou seja, pelo adimplemento de suas prestações. O contrato, efetivamente, é firmado por partes que, ao estabelecerem o vínculo, propõem-se a executá-lo nos termos firmados. Dessa feita, o mais razoável e comum³⁸⁷ é que os pactos se extingam por sua “morte natural”³⁸⁸, qual seja pelo atingimento dos objetivos contratualmente estabelecidos quando da sua gênese.

Obviamente que a consideração supra mencionada é mais facilmente compreendida em contratos de duração determinada³⁸⁹, em que, via de regra, a vida e história contratual podem ser emolduradas em um recorte temporal e, assim, fica mais fácil até prever a consecução dos seus objetivos. Isso, registre-se, mais comumente em casos em que a relação contratual estabelecida a prazo não passou por qualquer intercorrência ao longo do seu curso e, assim, não exigiu alterações obrigacionais pelas partes e, ainda, reforços de investimentos não cogitados, na origem, pela parte contratual.

³⁸⁷ Como muito bem colocado por Farias e Rosenvald “(...) o que se espera pelo curso normal dos fatos é que o contrato alcance seu término pela execução das obrigações nele consubstanciadas, assim como os deveres anexos emanados da boa-fé objetiva. Atingido o objetivo para o qual foi concebido, alcançará o contrato o seu ocaso”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 520.

³⁸⁸ Vide, sobre o tema, GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 171.

³⁸⁹ Trata-se, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei 178/86, que regulamenta a agência portuguesa de caducidade. É a forma de extinção do vínculo, sem necessidade de declaração negocial nesse sentido, operando de pleno direito, quando em causa alguma situação objetiva para tal, como o decurso do prazo estabelecido pelas partes, ou mesmo verificada a condição a que as partes subordinaram-se, entre outros. Nesse sentido, vide lição de VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 107.

Para os ajustes firmados por prazo indeterminado e, especialmente, para os vínculos fisiologicamente estáveis, objetos mais diretos das nossas pesquisas, o rompimento do contrato demanda, naturalmente, uma iniciativa, uma tomada de decisão de alguma das partes nesse sentido, sob pena do vínculo se perpetuar. Os vínculos firmados sem estabelecimento de prazo definido, desse modo, exigem a formalização, por um dos contraentes, ou mesmo por ambos, para que se encerre.

Ademais disso, é plenamente natural que as relações estáveis, que perduram algum tempo, possuam, ao longo da sua vigência, relações pontuais de tensão e desequilíbrio entre as partes, no caso, entre os contratantes, e, aquilo que era razoável ou ótimo ontem, pode não mais ser hoje, voltando a ser amanhã, dificultando, assim, a compreensão do que seria o tal atingimento dos objetivos contratuais.

Na concepção técnico-jurídica, o termo extinção refere-se ao gênero, ou seja, a todas as formas pelas quais o laço contratual deixa de existir. Se, todavia, o contrato tem seu encerramento precoce, antes da completude dos objetivos que dele se esperava, a extinção poderá ocorrer via resolução, rescisão ou ainda por rescisão.

b) Resolução contratual

A resolução é a hipótese de extinção que se verifica quando presentes situações de inadimplemento das prestações contratuais. Ocorre, pois, nos casos em que um dos contraentes, no caso, o devedor, deixa de cumprir, culposa ou dolosamente, as obrigações que o contrato lhe imputava. O mesmo efeito se dá em casos de cumprimento defeituoso³⁹⁰ do ajuste, permitindo-se, nessas situações, que o contraente credor rompa o pacto por sua resolução.

A resolução contratual tem importância e, de fato, incidência, em vínculos bilaterais sinalagmáticos, em que ambas as partes pactuantes possuem direitos e obrigações.

³⁹⁰ GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 174.

Ainda que não prevista expressamente, no corpo do instrumento pactual, os contratos bilaterais são dotados de uma cláusula resolutiva tácita³⁹¹.

Na legislação portuguesa, a resolução, bem expressa como um querer vinculado – ao contrário da denúncia, que é um puro ou mero querer³⁹² – a um fundamento, seja ele legalmente imposto ou convencionalmente determinado, é previsto pelo art. 432,I, do Código Civil³⁹³.

De fato, uma vez ruído o fundamento ético-jurídico e, assim, o interesse econômico relativo ao adimplemento do contrato por uma das partes, que culposa ou dolosamente,³⁹⁴ inadimpliu nos termos daquilo que convencionou, concede-se à parte lesada a possibilidade de desvincular-se do ajuste, na medida em que os estados contratuais foram alterados contra a sua vontade³⁹⁵.

Normalmente, a resolução se dá pela ocorrência de situações supervenientes à contratação originária, as quais materializam violações e, assim, lesões ao que foi convencionado pelas partes na origem.

Não é, contudo, qualquer descumprimento contratual que autoriza sua resolução. É importante o cotejamento do instituto da resolução com o princípio da continuidade contratual³⁹⁶ e com a teoria do adimplemento substancial³⁹⁷, que, por sua vez, foi consagrado pela Convenção de Viena de 1980, a qual regula o comércio internacional e se impõe como decorrência do princípio da boa-fé objetiva.

³⁹¹ É o que dispõe o art. 474 do Código Civil Brasileiro: “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

³⁹² Expressões indicadas, com propriedade, por Pinto. E arremata o professor português: “Constituí, assim, requisito essencial da resolução a existência de um motivo que, aos olhos da lei ou do negócio em curso, seja considerado razão suficiente para justificar a atribuição de um poder exoneratório a quem a profere.” PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 467.

³⁹³ Vide, outrossim, entre outros, o art. 406º, 1, in fine; o art. 801º, 2 do CCP.

³⁹⁴ Não há, pensamos, como haver a resolução sem a presença de dolo ou culpa por parte do contratante inadimplente.

³⁹⁵ Vide, nesse sentido, PROENÇA, José Carlos Brandão – A resolução do contrato no Código Civil: do enquadramento e do regime, p. 64-65.

³⁹⁶ Que, no Código Civil Brasileiro é normatizado pelo art. 184, evidenciado pela nítida intenção do legislador de preservar a existência do contrato, só o invalidando ou extinguindo em último caso.

³⁹⁷ A Teoria do Adimplemento Substancial tem frequente aplicação na jurisprudência brasileira, ex vi o RESP1.051.270/RS, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão e, entre outros, o RESP 1.255.179/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Merece, ainda, citação trecho do Acórdão proferido no RESP 76.362/MT, julgado pela 4ª T. do STJ, em 11.12/1995, tendo como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “A falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pois a seguradora havia cumprido substancialmente o contrato.”

Entender doutra forma seria inserir elementos de incerteza e insegurança à vigência contratual que impediria seu melhor fluxo, especialmente em contratos de colaboração, que esceta vínculos longevos, normalmente complexos e, por sua própria essência, naturalmente incompletos³⁹⁸.

Necessário, então, que o inadimplemento contratual tenha importância considerável³⁹⁹ aos fins e objetivos da pactuação, justificando à parte prejudicada o encerramento do vínculo.

Doutro modo, sem o cotejo da situação considerada como inadimplemento com o contexto de toda a vida contratual e, mais ainda, com a repercussão disso frente aos objetivos do pacto e a conduta da parte supostamente devedora, o mecanismo da resolução poderia ser utilizado de forma ardilosa, para, diante de irrelevantes e mínimas questões, que a parte desinteressada em manter o vínculo se valesse desse instrumento para por fim ao ajuste e, com isso, desvencilhar-se das obrigações e indenizações decorrentes do encerramento por denúncia.

Mais ainda. O uso ardiloso da via da resolução pode até, ao suposto credor, inverter a lógica e sistemática da denúncia para que, com o arguição de inadimplente, o falso credor ainda possa requerer perdas e danos.

De fato, colorários como a segurança jurídica, como a vedação ao enriquecimento sem causa e, ainda, a boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais impõem a avaliação do adimplemento substancial antes de eventual tomada de decisão, pela via da resolução contratual, pela parte que se sentir credora.

E, nesse aspecto, é preciso se cotejar, no caso concreto, se, apesar de eventual inadimplemento, há substancialidade na prestação contratual efetivamente executada pelo suposto inadimplente. Deve-se, outrossim, analisar se, apesar de eventualmente imperfeita, a prestação realizada, para os objetivos firmados pelo contrato, satisfazem (ou, em tese, deveriam satisfazer) os interesses do credor. E vai-se além. É preciso diagnosticar qual o nível de importância da parcela não cumprida pelo inadimplente. Vale, por fim, cogitar o nível de

³⁹⁸ Vide, sobre o tema, FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 205/207.

³⁹⁹ Vide, nesse sentido o art. 802.2 do Código Civil Português, que, sobre o tema, dispõe: “O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.”

diligência e atuação do devedor, no sentido de aferir eventual aplicação de dolo ou nível e culpa em sua atuação⁴⁰⁰.

É preciso que a situação a justificar a resolução por justa causa,

(...) possua dignidade suficiente para, em face de sua ocorrência, não se poder relamar do contraente afetado que continue a cumprir as respectivas obrigações pelo período remanescente de duração convencional, ou, tratando-se de negócio sem duração prefixada, daquele que se lhe imporia observar se pretendesse fazer cessar o contrato mediante denúncia (prazo de pré-aviso).⁴⁰¹.

Destaque-se, por fim, que a resolução, dado à falta grave que a justifica, como poder exoneratório de quem a aplica, possui um duplo efeito: é tanto liberatória⁴⁰², mas, outrossim, possui força retroativa⁴⁰³ (eficácia recuperatória), alcançando o *status quo* antes da celebração do contrato e, assim, eliminando, por completo, o vínculo contratual.⁴⁰⁴

A resolução, sempre por justo motivo, pode, conforme, entre os portugueses, autoriza o art. 436 do seu Código Civil, ser efetivada através de mera declaração à outra parte, ou seja extrajudicialmente. Tal possibilidade também é plenamente admitida no Brasil.

⁴⁰⁰ Vide, nesse sentido, CARVALHO FILHO, Carlos Augusto de – O adimplemento substancial na execução do contrato, p. 9.

⁴⁰¹ PINTO, Fernando A. Ferreira – Resolução dos contratos duradouros, p. 470.

⁴⁰² Tal qual a denúncia.

⁴⁰³ Vide, nesse sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no processo 2180/11/OTVIS-CI, j. em 29.10.2013, Rel. Barateiro Martins, nos termos do qual: “E, quanto aos efeitos da resolução, a lei (art. 433º do CC) equipara a resolução à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico; equiparação que se traduz numa eficácia retroactiva – devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado, ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente (art. 289º/1 do CC) – bem como e implicitamente numa eficácia liberatória das obrigações ou prestações ainda não executadas.”

⁴⁰⁴ PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 467.

c) Resilição contratual

A resilição, por sua vez, é a modalidade de extinção do contrato por vontade das partes, podendo ser unilateral ou bilateral, sem que seja necessário expor os motivos e causas que justificam seu encerramento, na medida em que não se manter associado ou vinculado a qualquer contrato é direito potestativo de todo pactuante⁴⁰⁵.

Quando bilateral a resilição, está-se em causa o distrato, ocasião em que ambas as partes, de comum acordo e espontaneamente, resolvem por fim ao ajuste firmado. O distrato, em bem verdade, nada mais é do que um contrato com o objetivo de encerrar um contrato anterior. No que toca ao distrato, embora não possua qualquer conteúdo mínimo estipulado em lei, deve observar a mesma forma e solenidade exigido para a feitura do contrato que, com o distrato, se encerrará⁴⁰⁶.

Se, todavia, unilateral a resilição, tem-se a denúncia^{407,408}, sendo esta compreendida como a declaração de uma das partes do ajuste que não mais deseja manter-se vinculado ao contrato firmado⁴⁰⁹.

A matéria tocante à resilição unilateral, no Código Civil Brasileiro, está disciplinada por seu art. 473. A resilição unilateral, em bem verdade, é uma decorrência de um direito maior, o “(...) da liberdade da pessoa perante as amarras do contrato (...)”⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz – Op. Cit., p. 67/75.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, vide FABIANI, Igor Longo – Dependência econômica no contrato de agência: a proteção do agente na resilição unilateral pelo proponente, p. 89.

⁴⁰⁷ Vasconcelos caracteriza a denúncia como uma “(...) declaração unilateral que uma das partes faz à outra e pela qual põe termo a uma relação contratual duradoura para a qual não fora estipulado um termo (...)”. VASCONCELOS, Pedro Pais de – Op. Cit., p. 675-676. Para Machado, “(...) a denúncia é um negócio jurídico unilateral receptício (ou recipiendo), é uma declaração unilateral dirigida a certa pessoa que se torna eficaz quando for levada ao conhecimento dessa pessoa.”. MACHADO, João Baptista – Denúncia-modificação de um contrato de agência, p. 183 ss.

⁴⁰⁸ Outra perspectiva, seguindo a linha pontean, de Pontes de Miranda, apresenta que resolução e denúncia têm perspectivas e diferenças bastante sensíveis. Para o doutor em direito civil, Leonardo, “A denúncia é o negócio jurídico pelo qual, unilateralmente, é exercido o poder de fixar um termo ou um prazo para, com eficácia *ex nunc*, finalizar uma relação jurídica duradoura, originariamente concebida sem prazo determinado.” E arremata que: “O ato de resilição, em geral, supõe que o contrato tenha tempo determinado e, não obstante isso, pelo exercício desse poder, a relação jurídica seja interrompida antes de finalizado o tempo inicialmente previsto para o vínculo. Daí uma primeira diferença essencial: a denúncia evita que se continue a relação, a resilição desfaz a eficácia a partir de determinado ponto.”. LEONARDO, Rodrigo Xavier – A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro, p. 95-96.

⁴⁰⁹ Conforme Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, j. em 07-03-2017, de relatoria de Fernando Bento, proc. n.º 2060/12.2TBMTS-A.PI.S1., “(...) a denúncia pode ser definida como o poder, exercido por normal declaração unilateral receptícia, livre ou vinculado, de extinguir *ex nunc* ou dentro de certo prazo, um contrato duradouro ou, dito de outro modo, é a declaração em que um dos contraentes comunica ao outro que deseja pôr termo ao contrato.”.

Liberdade essa, contudo, que, para evitar prejuízos maiores à contraparte, pode, conforme estabelecido no parágrafo único no suso indicado art. 473, ter sua eficácia suspensa em algumas hipóteses, como, consoante indicado em lei, no caso da realização de investimentos consideráveis pela parte denunciada.

Importante fazer ainda o registro de que a rescisão unilateral opera-se, via de regra, em caráter “ex nunc”, sem que haja qualquer afetação com as obrigações e direitos exercidos até então.

Afirma-se que a denúncia não põe fim ao contrato, mas à relação contratual. Com isso, quer-se significar que a denúncia não implica numa eliminação do contrato do mundo jurídico, num apagamento de seus efeitos, eis que os pretéritos se mantêm, não sendo desconstituídos, podendo ainda ser gerados efeitos futuros⁴¹¹

d) Rescisão contratual

A rescisão contratual é a forma de encerramento do vínculo quando presentes situações de defeito na estipulação do negócio, ou seja, anterior à sua celebração. Enquanto a resolução e a rescisão são formas extintivas do vínculo por fato superveniente à sua formação, na rescisão, o defeito que a autoriza antecede a conclusão contratual⁴¹².

No Código Civil Brasileiro, o tema é abordado, unicamente, no art. 445, prevendo a possibilidade de rescisão contratual quando das situações de evicção. No mesmo sentido, é possível a rescisão do contrato quando presente algum vício rebitório.

⁴¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 534.

⁴¹¹ PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 144.

⁴¹² Farias e Rosenvald destacam a diferença entre rescisão e anulação, destacando que: “Apesar de se ocuparem da tutela de situações patrimoniais no mesmo marco cronológico (nascimento do contrato), a rescisão é passível de apartação da anulabilidade, à medida que esta reflete uma reação do ordenamento jurídico a um vício subjetivo do negócio (erro, dolo, coação e fraude contra credores), enquanto aquela reflete um vício objetivo contratual que perturba a equivalência material dos contratantes.”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 540-541. No mesmo sentido, Fabiani destaca que “(...) a rescisão (...) não será causa de extinção do contrato por motivo posterior à sua celebração, mas sim por motivo anterior, aproximando-se das causas de anulabilidade ou nulidade do contrato.”. FABIANI, Igor Longo – Op. Cit., p. 92.

4.2 Maiores considerações acerca da denúncia imotivada: direito potestativo, pressupostos, limitações e consequências

É direito potestativo⁴¹³ de qualquer das partes do contrato; ato volitivo pessoal, encerrar a relação pactuada, pondo fim ao ajuste outrora firmado⁴¹⁴. Como bem observa o festejado doutrinador brasileiro Orlando Gomes, “(...) a natureza de poder resilir unilateralmente o contrato não sofre contestação: trata-se de um direito potestativo (...)”⁴¹⁵.

Como direito potestativo, fica ao alvedrio unicamente da parte contratante, por ato de vontade própria, em seu interesse pessoal, independente dos efeitos que disso pode acarretar, denunciar o ajuste, mesmo, salvo nas hipóteses legais, que de tal ato decorram consequências desfavoráveis à contraparte contratual.

Em sentido técnico, a denúncia é o negócio jurídico, é a forma pela qual qualquer das partes de um contrato dispõe para, livremente, se desvincular de obrigações constituídas por meio de pacto contratual⁴¹⁶. É, então, a denúncia, uma declaração repectícia de vontade, feita por uma parte do contrato à outra, comunicando do interesse em permanecer a ela vinculado pelo instrumento contratual que firmaram outrora.

O direito de denunciar o contrato é, assim, um “direito formativo extintivo”^{417,418} da parte que o exerce; é unilateral, além de exprimir uma vontade discricionária, possuindo,

⁴¹³ A categoria dos direitos potestativos tem origem “(...) no período que compreende a segunda do Século XIX e a primeira metade do Século XX, quando veio a ganhar os foros de um conceito estabelecido no moderno direito alemão (...)”. VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 101.

⁴¹⁴ Nesse sentido, por todos, merece destaque o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 9151467-92.2008.8.26.000, julgado em 06.03.2013, de relatoria do Desembargador Andrade Neto, ao destacar que: “(...) não se pode olvidar, outrossim, que, tratando-se de contrato com prazo indeterminado, é direito potestativo de qualquer das partes por fim à relação mediante simples denúncia imotivada, na medida em que não se concebe a imposição de obrigações eternas e/ou vitalícias, havendo que prevalecer o princípio da liberdade de contratar.”.

⁴¹⁵ GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 191.

⁴¹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – Da cessação do contrato, p. 59-60. Vide, no mesmo sentido, Pontes de Miranda, para quem: “(...) as relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica dura- doura a que não se pudesse pôr termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual resolução por inadimplemento ou ao distra- to. Daí a figura da *denúncia*, com que se des-nuncia, pois resulta de se haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar (...)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de direito privado, p. 378.

⁴¹⁷ HAICAL, Gustavo – Apontamentos sobre o direito formativo extintivo da denuncia do contrato de agencia, p. 294-331.

ainda, conforme anunciado *nalgum* lugar, eficácia *ex tunc*⁴¹⁹. Pode a mesma ser classificada como vazia ou cheia, quando em causa a ausência de fundamento à denúncia ou não, conforme estabelecido em lei ou no negócio jurídico.

É expressão, ao final, do princípio da autodeterminação individual e imposição de ordem pública^{420,421}.

Pensar doutro modo seria insinuar a possibilidade de se firmarem vínculos eternos⁴²² e vitalícios⁴²³, ou mesmo afrontar contra o tão sagrado direito de liberdade⁴²⁴ das partes. Seria, em ato extremo, retroceder aos não saudosos períodos de escravidão⁴²⁵.

A denúncia contratual é pressuposto, é expressão, do valor maior da liberdade que, como princípio fundamental, garante às partes contratuais a faculdade de liberarem-se dos contratos, não mais permanecendo vinculados contra a sua vontade⁴²⁶.

⁴¹⁸ Pontes de Miranda, sobre o direito formativo extintivo, arremata: “Nas relações jurídicas duradouras, é preciso que se possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica duradoura a que não se pudesse pôr termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual resolução por inadimplemento ou ao distrato. Daí a figura da denúncia, com que se des-nuncia, pois resulta de haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar.”. Apud FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 299.

⁴¹⁹ BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 237.

⁴²⁰ “É sabido que Portugal esteve por quarenta anos sob o regime salazarista e a sociedade portuguesa sob os atentos olhos da Polícia Internacional e de Defesa do Estado – PIDE. A Constituição da República Portuguesa, de 1976, representa a redemocratização do país e o redesenho das instituições políticas e administrativas portuguesas, a partir da Revolução dos Cravos. Nos artigos 26º, n.1º 28 e 34º29, a Constituição portuguesa traz cláusulas de proteção à intimidade da vida privada e da vedação à utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana (...)”. Vide, nesse sentido, NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula – O direito fundamental à autodeterminação informativa, p. 7.

⁴²¹ Conforme colocado por Duarte: “A faculdade de denúncia resulta, como a doutrina corrente assinala, da não admissibilidade da existência de vinculações negociais eternas ou excessivamente duradouras que são consideradas contrárias à ordem pública, entendimento que se funda no art. 280.º do C.Civ. Daí o reconhecer-se à parte afecta a tal vinculação a faculdade de ad nutum, sem necessidade de invocação de qualquer fundamento — e mesmo contra a vontade da outra parte —, pôr termo ao correspondente negócio jurídico.”. DUARTE, Rui Pinto – A denunciabilidade das obriações contratuais duradouras propter rem, n. p.

⁴²² Vieira, sobre o tema, destaca que: “(...) a celebração de um contrato por prazo indeterminado não significa que se pretenda uma ligação *ad aeternum*. O que acontece, simplesmente, é uma indeterminação inicial do prazo de vigência do contrato. VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 121.

⁴²³ No mesmo sentido, MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 59. Vide, ainda Granzoti, para quem: “Há muito consagrou-se na doutrina o postulado que nenhuma parte está obrigada a vincular-se eternamente ou de forma vitalícia por meio de um contrato, de onde se deriva que nas obrigações sem prazo determinado, qualquer das partes pode denunciar o contrato mediante comunicação à outra parte, sem precisar fundamentar sua intenção em justa causa.”. GRANZOTI, Fernando de Miranda – Op. Cit., p. 90.

⁴²⁴ Como bem colocado por Baptista “(...) o contraente deve ter a possibilidade de denunciar o contrato que tem por tempo indeterminado, por razão da sua liberdade e autodeterminação. A figura da denúncia responde a uma imposição de ordem pública, nos termos do artigo 280o, no 2 e está fortemente relacionado com os contratos duradouros.”. BAPTISTA, Albino Miguel Mesquita Serra – A resolução dos contratos no direito civil, p. 12.

⁴²⁵ Vide, sobre o tema FORGIONI. Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 299.

A restrição à livre denúncia, senão em casos excepcionais, em que o cotejamento entre princípios autoriza tal relativização da liberdade do contratante perante as amarras do contrato, “(...) constituiria uma indmissível limitação à liberdade das pessoas e seria contrária à ordem pública”⁴²⁷.

O direito de distratar e, assim, de não permanecer vinculado a um ajuste que não mais pretender continuar, trata-se, de fato, de exercício regular de um direito, previsto, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo art. 188, I, do seu Código Civil.

Em tese, relativamente aos contratos de distribuição comercial, a própria condição de empresário autônomo do distribuidor, que se arvora a empreender ciente dos riscos que enfrenta, interagindo numa relação privada e, novamente em tese, horizontal, com o fabricante, não justificaria maiores limitações ao direito de distratar como, de fato, ocorre, por exemplo, no âmbito dos contratos de trabalho, em que tal autonomia inexistente⁴²⁸.

Somada à questão da liberdade, a denúncia tem, outrossim, um outro fundamento, qual seja, o de ser o remédio que a parte contratante possui, uma vez que racionalmente limitada, de fazer frente aos riscos que uma relação que perdure no tempo possa apresentar. É impossível à parte, como dito outrora, na concepção contratual, estelebecer solução a todos os eventuais pontos de discórdia que uma relação futura possa apresentar. A denúncia, nessa concepção, é o instrumento que a parte dispõe para se proteger de tais situações. Vemos, contudo, que tal acepção também se encaixa no tecido elástico da liberdade da parte de denunciar.

A denúncia é aplicável, via de regra, em contratos com duração indeterminada⁴²⁹. É instrumento naturalmente próprio dos ajustes em que as partes não estabeleceram marco final à relação contratual. Incidem, da mesma forma, sobre os contratos originalmente

⁴²⁶ Pinto sintetiza a denúncia como sendo o “mecanismo liberatório que a ordem jurídica faculta aos sujeitos de uma relação obrigacional duradoura, em homenagem ao valor fundamental da liberdade”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 358.

⁴²⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 137.

⁴²⁸ Vide, nesse sentido, MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 137.

⁴²⁹ Sobre o tema, vide Aguiar Júnior, para quem: “Nos contratos duradouros por tempo indeterminado há uma relação direta entre a indeterminação e a possibilidade de rescisão unilateral, independentemente de motivação. Já nos contratos duradouros por tempo determinado não há margem, em princípio, para a rescisão unilateral imotivada, porquanto a própria limitação temporal constante do contrato afasta a hipótese de vinculação perpétua” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de – Comentários ao novo Código Civil, p. 263-264.

firmados por prazo determinado que, pelo decurso do prazo pré-estabelecidos, transmudaram-se em arranjos com prazo indeterminado.

Ou mesmo nos contratos que, embora formalmente firmados sob o contexto aprazado, relevam-se, na realidade, pactos firmados indeterminadamente⁴³⁰. É comum de se deparar com relações contratuais entre as mesmas partes e com o mesmo objeto, extremamente longas, mas emolduradas, normalmente por desejo – ou/e imposição dos fabricantes –, especialmente em vínculos de distribuição comercial, por contratos com curtos intervalos temporais de vigência, os quais são constantemente distratados e substituídos por novos contratos. No mesmo sentido, para os fins do que ora se propõe, pensamos que incide a exigência de aviso prévio aos casos dos contratos firmados por prazo determinado que são constantemente aditivados por novos períodos, entabulando, na prática, pactos longevos e nem previsão, real, de término.

Há, ainda, uma outra via de incidência da denúncia. O fundamento normativo da denúncia é “(...) igualmente reconhecido quando uma vinculação com prazo fixo venha a atingir uma duração que se revela opressiva para as partes (...)”⁴³¹. Ou seja, aplica-se, também, em contratos com prazo determinado, desde que o prazo seja excessivo, revelando-se opressivo para a parte⁴³².

O encerramento contratual, todavia, não pode ser abusivo. Nenhum princípio, como sabido, é individualmente absoluto e imperativo⁴³³. Há relativizações, próprias da técnica da ponderação, da qual a razoabilidade é método, cuja admissão são permitidas, no

⁴³⁰ Vide, nesse sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 322.

⁴³¹ PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 358.

⁴³² Nada impede, pensamos, que, ainda que em contratos firmados por prazo determinado, as partes prevejam, entre si, um mecanismo contratual que permita a finalização antecipada do negócio jurídico. A denúncia, nesse caso, é inserida no contexto do contrato a partir da autonomia de vontade entre as partes. No mesmo sentido, vide FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 536.

⁴³³ Interessante, nesse sentido a doutrina do professor Cavalcante Filho, para quem: “Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.”. CAVALCANTE FILHO, João Trindadev – Teoria geral dos direitos fundamentais, n. p. Bobbio trata, nessa temática, da relatividade dos princípios e sua evolução no tempo e no espaço, nos termos da qual: “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”. E arremata: “(...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”. BOBBIO, Norberto – A era dos direitos, p. 5-19.

direito, para, através da via do balanceamento dos interesses em conflito, evitar o confronto entre direitos e princípios⁴³⁴.

Ainda que a parte detenha o direito de encerrar o vínculo que voluntariamente aderiu, o deve fazer sem abusar de tal direito⁴³⁵. A rescisão do ajuste contratual pela parte é exercício regular de um direito potestativo seu. Tal exercício, contudo, não pode ser abusivo.

Registre-se, por oportuno, que, embora alguns direitos potestativos, por sua própria característica, não se subsumam à aplicação do abuso do direito, não se pode pretender universalizar sua aplicação e concluir que todos os direitos potestativos estariam fora do âmbito de incidência do abuso de direito⁴³⁶.

O encerramento contratual, entende-se, embora direito inegavelmente potestativo, está, pensamos, albergado pelo âmbito de proteção e controle do abuso de direito. De fato, envolve o campo de proteção da boa-fé objetiva o combate e o freio a condutas que, embora, aparentemente, sob o prisma formal, revelem-se lícitas, são carregadas, em sua matéria, de antijuridicidade, afastando-se dos limites éticos do sistema⁴³⁷.

O encerramento de contrato por distrato unilateral, postas tais questões, se é um direito a qualquer dos contratantes, carrega em si uma carga de ônus, e, como tal, pode, por vezes, gerar perdas e danos.⁴³⁸

⁴³⁴ Vide, nesse mote, voto do Min. Luis Roberto Barroso, no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na ADI 4815, Rel. Min. Carmén Lúcia, j. em 10.06.15, nos termos do qual destacou que: “(...) o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas. No limite, porém, muitas vezes, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, é inevitável que se façam determinadas escolhas. Essa ponderação pode ser feita pelo legislador, em tese, ou pode ser feita pelo aplicador da lei, pelo juiz ou tribunal, em cada caso concreto.”

⁴³⁵ O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, se pronunciou por meio do RESP 1.555.202, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 16/03/2017: “É das mais importantes tendências da responsabilidade civil o deslocamento do fato ilícito, como ponto central, para cada vez mais se aproximar da reparação do dano injusto. Ainda que determinado ato tenha sido praticado no exercício de um direito reconhecido, haverá ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes.”

⁴³⁶ Sobre o tema, vide Abreu, para quem: “Em meu entender, uma rápida análise dos direitos citados evidenciará a impossibilidade de na maior parte deles intervir o abuso de direito. (...) No entanto, não poderá dizer-se o mesmo de todos eles.” ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Do abuso de direito, p. 71-75.

⁴³⁷ Vide, sobre o tema, FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 536.

⁴³⁸ Segue, nesse sentido, trecho do julgamento do RESP 1.112.796/PR, j. em 19/11/2010, rel. Min Luis Felipe Salomão, nos termos do qual: “A opção de contratar e manter-se em um contrato é expressão máxima da autonomia da vontade, que não desapareceu, é evidente. Porém, deve-se ter em mente que, partindo-se do fato de que há um contrato de longa data, a faculdade de distrato exercida de forma disfuncional, anormal, imoderada ou distanciada da boa-fé e dos bons costumes comerciais, pode acarretar danos a outrem que devem ser reparados em sua plenitude.”

No que pertine à distribuição comercial, não raro é verificado o encerramento do contrato pelo fornecedor porque o distribuidor não aderiu às cláusulas mais gravosas que aquele, no curso da relação econômica, resolvera incluir no texto contratual, ou mesmo em casos em que, após o desenvolvimento do mercado pelo distribuidor, o fornecedor resolve tomar para si um mercado já desenvolvido, aproveitando, para si ou para terceiros, os pontos de venda captados pelo distribuidor.

Mesmo que caiba unicamente à parte denunciante a eleição e a execução da decisão de denunciar o contrato, o titular do direito que o exerce deve assumir responsabilidades ao fazê-lo, na medida em que, uma vez denunciado o ajuste, incorrerá em deveres jurídicos decorrentes de tal ato⁴³⁹.

O direito de tomar a decisão de denunciar o contrato não elide as responsabilidades que decorrem desse ato. Noutros termos, o fato de não se poder exigir qualquer prestação prévia do titular do direito potestativo para que o mesmo o exerça, independente das consequências do seu exercício, não significa que o direito potestativo esteja imune ao dever de legalidade e até ao controle funcional.

Nessa linha, tem-se que, embora o ato de denunciar o contrato seja até mais que um direito da parte, sendo quase que um poder, a forma de seu exercício e as consequências daí decorrentes, por sua vez, merecem e são submetidas a análises legais e judiciais, à luz da axiologia do ordenamento.

A depender da sua execução, da sequência em que foi realizado, contrariando princípios maiores e norteadores como o da boa-fé objetiva^{440,441}, o ato pode ser declarado

⁴³⁹ Vide, nesse sentido, o j. da 30ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, na Apelação 9260035132005826 SP, com relatoria do Des. Andrade Neto, j. em 19/10/2011 senão vejamos: “Não se há olvidar, outrossim, que, tratando-se de contrato com prazo indeterminado, é direito potestativo de qualquer das partes por fim à relação mediante simples denúncia imotivada, na medida em que não se concebe a imposição de obrigações eternas e/ou vitalícias, havendo que prevalecer o princípio da liberdade de contratar. Contudo, se o direito à denúncia imotivada for exercido de modo abusivo, tem a parte prejudicada o direito à indenização.”

⁴⁴⁰ Como muito bem afirmado por Forgioni “O oportunismo disfuncional não há de ser tolerado; o exercício do poder conferido a uma das partes deve ocorrer dentro dos limites impostos pela boa-fé e, conseqüentemente da função econômica dele esperada.” FORGIONI, Paula Andrea – Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites, p. 236.

⁴⁴¹ O STJ brasileiro, sobre o tema, foi enfático: “Com efeito, o que o ordenamento impõe é a rescisão unilateral responsável, é a observância da boa-fé até mesmo no momento de desfazimento do pacto, principalmente quando contrário aos interesses de uma das partes. Não se trata, é bom que se diga, da assunção, por uma das partes, dos infortúnios que porventura sejam experimentados pela outra, por quaisquer razões, pela influência de quaisquer elementos. A responsabilidade que se atribui ao contratante que se utilizada da faculdade de romper o pacto diz respeito apenas aos danos experimentados diretamente, ligados ao fato de não mais

ilegítimo⁴⁴², advindo, daí, consequências. Ora, se danoso o encerramento contratual, caberá à parte lesada buscar a responsabilização da contraparte pelas perdas e danos contra si causados^{443,444}.

Uma outra análise, que será realizada ao longo da presente investigação, é definir se, ainda que a denúncia tenha sido objeto de um ato lícito, que não carregue qualquer abusividade, caberá alguma contraprestação ao distribuidor comercial pelos serviços realizados ao longo da vida do contrato.

“Mesmo o exercício dos direitos potestativos, classicamente referidos a uma completa sujeição daqueles contra quem são exercidos, sofre limitações (...)”⁴⁴⁵. A parte contrária, por óbvio, possui o direito de analisar a validade da declaração potestativa, inclusive no sentido de avaliar o eventual juízo de abusividade na mesma⁴⁴⁶.

Importa considerar também, noutra perspectiva, que, ainda que contemporaneamente seja admitida, de forma pacífica, a tutela judicial sobre a execução do direito potestativo, sua análise não pode descurar da compreensão fisiológica da própria potestividade, sob pena de, na prática, haver uma completa negação do direito potestativo⁴⁴⁷.

E é lógica tal assertiva. De fato, os limites ao exercício do *jus potestative* não pode ir ao limite de esvaziá-lo em seu sentido e escopo. O princípio da liberdade, expresso na vontade do denunciante de não mais continuar vinculado a um contrato que não deseja fazê-lo, só pode ser afastado se, na situação concreta, saltarem aos olhos a defesa de outros valores.

subsistir o que fora avençado, quando as condições da avença apontavam para destino diametralmente diverso. Ou seja, há permissão para resilição, mas o ordenamento, de maneira escoreita, sábia e coerente, contempla a parte que deseja a resilição, com essa possibilidade e, ao mesmo tempo, não deixa a outra desamparada.”. Ac. unân. da 4ª Turma do STJ, no RESP 1.555.202/SP, DJ de 16/03/2017, de rel. do Min. Luis Felipe Salomão.

⁴⁴² CORDEIRO, Antônio Menezes – Da boa-fé no direito civil, p. 898.

⁴⁴³ Nesse sentido, vide GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 192.

⁴⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, sobre o tema, enfrentou a questão, em voto da Ministra Isabel Gallotti, ao julgar, em 04.09.2012, o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.224.400-PR, ao estabelecer a impossibilidade de se tolher, contratualmente, esse direito à parte que se entender lesada, senão vejamos: “A previsão pela possibilidade de resilição unilateral por qualquer uma das partes constitui exercício regular do direito, contudo, estipular no contrato ser indevida indenização neste caso, é abusar do direito porque tenta obstar a realização do direito da parte que se sentir lesada de garantir a correspondente reparação do dano, em ocorrendo (...)”.

⁴⁴⁵ FURTADO, Gabriel Rocha – Mora e inadimplemento substancial, p. 51.

⁴⁴⁶ VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 109.

⁴⁴⁷ VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 110.

E, nessa toada, a proibição de vinculações perpétuas não autoriza o desfazimento de obrigações tão logo as tenha contraído, sem o decurso de tempo necessário à amortização dos investimentos realizados. A denúncia não pode ser igualada ou compreendida como um direito ao arrependimento⁴⁴⁸. Na contramão do direito à denúncia, há a justa e fundada expectativa da contraparte de vivenciar uma relação estável e duradoura, notadamente nos vínculos de distribuição, em que investimentos são usualmente exigidos pelo fornecedor ao empresário que se arvora a realizar tal atividade econômica.

Nesse contexto, é abusiva a denúncia imotivada realizada de forma abrupta⁴⁴⁹, ou, como dizem os franceses, não se admite o “*caractere brutal de la resiliation*”⁴⁵⁰. Será, pois, nesse sentido, abusiva e abrupta quando não ofertado qualquer aviso prévio⁴⁵¹, ou, ainda que se garanta o pré-aviso e que este tenha sido bilateralmente ajustado, o mesmo, pelas circunstâncias do caso contrato, se apresentar desarrazoado, aos fins que justificam o instituto⁴⁵².

Julga-se importante destacar entendimento defendido na presente tese no sentido de que a avaliação do período razoável e condizente de aviso prévio à parte denunciada do contrato não pode ser precisamente definido quando da assinatura e negociação contratual.

⁴⁴⁸ PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 360/363.

⁴⁴⁹ Sobre o tema, vide Gomes: “Nos contratos por prazo indeterminado, a extinção pode dar-se, a todo tempo, por iniciativa de qualquer das partes, mas, uma vez que sua duração não é prevista ou imposta, somente ocorre em virtude de declaração de vontade dos contratantes, ou de um deles, ou por força maior. Dura, em suma, indefinidamente, exigindo a lei que a denúncia - ato pelo qual uma das partes põe termo à relação - obedeça certos preceitos, notadamente para evitar as conseqüências da ruptura brusca.”. GOMES, Orlando – Contratos, p. 131.

⁴⁵⁰ Ex vi da decisão proferida pelo TJSP, na Apelação 104281-4/4-00, julgada em 24.10.2000. De acordo com o julgado, é preciso que a denúncia conceda prazo à parte suficiente para que evite maiores prejuízos, redirecionando suas atividades e seu negócio.

⁴⁵¹ Nesse sentido, vide entendimento do STJ brasileiro sobre a temática, ressaltando a importância da garantia de aviso prévio para os contratos empresariais, senão vejamos: “Apenas reforço que, cuidando-se de atividade empresarial, o aviso prévio assume caráter ainda mais relevante, tendo em vista que os prejuízos decorrentes de uma rescisão unilateral não informada com antecedência suficiente poderão ser enormes, inclusive quanto aos postos de trabalho que deixarão de existir, sendo certo que, nas relações trabalhistas, o empregador é obrigado a comunicar previamente, no prazo legal, o término do contrato de trabalho. A condenação em verba indenizatória, portanto, é compatível e até necessária para impor uma postura mais leal por parte da fornecedora dos produtos relacionados no contrato de distribuição ao resilir o pacto negocial.” (REsp n. 1.169.789/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/8/2016, DJe de 23/9/2016.)

⁴⁵² Lilla, “Muitos fabricantes abusam do direito de resilir unilateralmente o contrato, notificando, mediante denúncia, o distribuidor, concedendo prazo de aviso prévio ínfimo, ou até mesmo sem aviso prévio, o que faz da denúncia, verdadeira rescisão contratual, trazendo diversos prejuízos para o distribuidor que, de uma hora para outra, perde seu negócio e todos os seus investimentos, amargando enorme prejuízo.”. 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, p. 03.

O tempo possui uma atuação bastante importante nos programas contratuais que não são de execução imediata e qualquer tentativa de presentificação absoluta de circunstâncias futuras e incertas podem e merecem ser avaliadas dentro do contexto histórico e social em que se deram, a despeito da previsão do texto do contrato.

Como muito bem destaca Mariana Costa⁴⁵³, “O perigo de um futuro - concretizado presente pela passagem do tempo – distinto do prognosticado pelas partes aquando da celebração do contrato existe sempre que a celebração e a realização completa do programa contratual ocorrem em momentos temporais distintos, havendo uma dilatação do segundo em relação ao primeiro.”

E arretamata a doutrinadora lusitana enfatizando que “O paradoxo insuperável do tempo no contrato é, então, a desconexão entre a rigidificação de comportamento futuro que este gera e a fluidez da realidade circundante que aquele comporta.”

São elementos e circunstâncias casuísticas⁴⁵⁴, muitas vezes inimaginadas quando da assinatura do ajuste, que determinarão qual o tempo de pré-aviso justo. A relativização do *pacta sunt servanda* deve ser autorizada para amoldar, se necessário for, o aviso prévio entabulado àquele que se afigura justo ao caso concreto, minimizando os prejuízos daquele que não optou por encerrar a avença.

Não raro se verifica na análise jurisprudencial⁴⁵⁵ situações em que a denúncia imotivada ocorrera pouco tempo depois da parte, que decidiu por fim ao ajuste, exigir a realização de investimentos pela contraparte.

⁴⁵³ COSTA, Mariana Fontes de – Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos contrastos bilateralmente comerciais. Porto: Almedina, 2017, p.26-27. Sobre o tema, destaca ainda a autora que: “Enquanto atos moduladores de relações sociais, todos os negócios jurídicos estão historicamente situados e veem o seu conteúdo influenciado pelo contexto em que se inserem. (...) Ocorre, porém, que se o contrato tem o poder de presentificar o comportamento futuro dos contraentes, delimitando-o e conferindo-lhe vinculatividade, carece de igual poder de congelamento das circunstâncias envolventes, que progridem e se desenvolvem ao sabor incerto do tempo. A comutatividade, enquanto característica atribuível a contratos que se prolongam no tempo, nunca pode ser absoluta, pois encontra-se necessariamente sujeita à incerteza de transformações futuras: ‘nada é mais efêmero e volátil que a *spes* ou a *res sperata*’”.

⁴⁵⁴ Forgioni, destaca que “Esse tempo razoável é fixado caso a caso e dependerá de um grande número de variáveis, inclusive as características dos agentes econômicos e do mercado que atuam.” FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 300.

⁴⁵⁵ O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, se pronunciou por meio do RESP 1.555.202, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 16/03/2017: “2. Tendo uma das partes agido em flagrante comportamento contraditório, ao exigir, por um lado, investimentos necessários à prestação dos serviços, condizentes com a envergadura da empresa que a outra parte representaria, e, por outro, após apenas 11

A exigência de investimentos por uma das partes não se coaduna, e até apresenta contradição, com a decisão posterior de, pouco tempo depois, denunciar o vínculo, eis que gera à contraparte uma justa e legítima expectativa quanto à continuidade do pacto contratual. Eis típico caso de *venire contra factum proprium*^{456,457}, que merece ser coibida e que, pensamos, autoriza a intervenção estatal⁴⁵⁸.

(onze) meses, sem qualquer justificativa juridicamente relevante, a rescisão unilateral do contrato, configurase abalada a boa-fé objetiva, a reclamar a proteção do dano causado injustamente.”

⁴⁵⁶ Eis, nesse sentido, o vaticínio de Bonini, para quem: “Investimentos exigidos pela outra parte geram presunção de ciência de que serão realizados, além de previsão de duração do contrato por tempo suficiente a permitir sua amortização. BONINI, Paulo Rogério – Resilição Contratual, p. 194. A resilição em tempo insuficiente para a amortização de tais investimentos, exigidos pela própria parte – comuns em contratos como de franquia – indicam comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), pois traduzem exercício do direito subjetivo em contrariedade com o comportamento anteriormente adotado pelo seu titular, caracterizando ofensa à boa-fé objetiva” Em idêntico sentido é a doutrina de Paola, para quem: “Hipótese clássica de ofensa ao princípio da boa-fé diz respeito ao comportamento contraditório de uma das partes (*venire contra factum proprium*), que inicialmente cria, por seus atos, uma determinada expectativa na outra, depois frustrada por um ato contrário. Isso ocorre, por exemplo, quando, após sinalizar a continuação do contrato, a parte lhe põe fim por ato próprio. 593 Caso típico desse comportamento, nos contratos de distribuição, envolve o estímulo, pelo fornecedor, a investimentos a serem feitos pelo distribuidor. Gera-se, com isso, expectativa legítima de continuação do contrato, defraudada pela subsequente denúncia ou não-renovação. Outra situação digna de nota é aquela em que o controlador da rede induz os distribuidores a participarem de programas de qualidade, atribuindo notas ou conceitos de aprovação a distribuidores que, na seqüência, são expelidos da rede, pois o pleno atendimento aos padrões de qualidade da rede, especialmente quando reconhecido pelo seu controlador, gera a legítima expectativa de continuação do contrato.” PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 189.

⁴⁵⁷ Vide, nesse sentido, entendimento do STJ brasileiro sobre o tema, no Acórdão proferido por sua 3ª turma, no RESP 1.726272, de relatoria na Min. Nancy Andrighi, j. em 05.11.2019, nos termos do qual: “Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Contrato de Distribuição. Bebidas. Rescisão. Omissão, Contradição e obscuridade. Ausência. Prequestionamento. Ausência. Boa-fé objetiva. Proibição de contenda contraditória. Situação prévia ao CC/2002. Aplicação. Possibilidade. Honorários advocatícios. Distribuição conforme pedidos formulados na petição inicial. (...). 6. O ordenamento jurídico repele a prática de condutas contraditórias, impregnadas ou não de malícia ou torpeza, que importem em quebra da confiança legitimamente depositada na outra parte da relação contratual. 7. Mesmo na vigência do CC/1916 era possível identificar a exigência da boa-fé e, assim, é correta a aplicação do princípio da vedação do comportamento contraditório à hipótese dos autos.” Em seu inteiro teor, o voto condutor da relatora, sobre o tema, arremata: “De fato, o ordenamento jurídico repele a prática de condutas contraditórias, impregnadas ou não de malícia ou torpeza, que importem em quebra da confiança legitimamente depositada na outra parte da relação contratual. A proibição à contraditoriedade desleal no exercício de direitos manifesta-se, de acordo com o magistério de JUDITH MARTINS-COSTA – e no que importa à espécie –, nas figuras do *nemo potest venire contra factum proprium* e do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que apresentam, como conteúdo comum, a ‘vedação a exercer um direito subjetivo, faculdade, ou posição jurídica em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque [com] a boa-fé’ (A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação. Ed. Marcial Pons, 2015, p.614).”

⁴⁵⁸ O princípio segundo o qual a ninguém é dado contrariar os seus próprios atos, ou seja, agir contraditoriamente, tem matriz principiológica que remonta à Europa do início do século XX, a partir da obra *Venire contra factum proprium* - Studien in Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht, de Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg, que extrai das fontes romanas, bem como das obras dos glosadores e pós-glosadores a idéia de *nemo potest venire contra factum proprium*. SCHREIBER, Anderson – A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 65.

É a circunstância de cada caso, envolvendo a natureza e o vulto dos investimentos, bem como o formato da relação contratual, inclusive se em voga previsão de exclusividade, que ditará o razoável prazo de pré-aviso a ser garantido à parte denunciada, permitindo a organização do encerramento das atividades que exercia no pacto contratual e minimizando os prejuízos que porventura possa ter.

4.3 Análise do art. 473 do Código Civil Brasileiro. Resilição contratual. Extensão compulsória do ajuste em caso de abuso.

A resilição contratual unilateral, no direito positivo brasileiro, especificamente no Código Civil, é disciplinada, como dito algures, por seu art. 473, objeto de inovação no Código Civil de 2002.

Além da previsão da resilição, a norma em menção fez prever a normatização de critérios subjetivos que devem ser obedecidos na estipulação do aviso prévio⁴⁵⁹, especialmente no caso de realização de investimentos consideráveis realizados pela parte denunciada. Senão vejamos:

⁴⁵⁹ Importante, novamente, esclarecer que o art. 720 do Código Civil, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, não se aplica aos vínculos envolvendo distribuição comercial. Isso porque o artigo citado é inerente aos Contratos de Agência e Distribuição, como indicado no Código; sendo a distribuição ali mencionada compreendida como uma agência qualificada, em que o agente tem consigo o produto a ser negociado. Para os casos de distribuição comercial, incide a regra geral prevista pelo art. 473 do mesmo diploma legal. Vide, por todos, Acórdão da 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na Apelação Cível Apelação Cível nº 1000709-72.2018.8.26.0071, julg. em 04.06.2019, com relatoria da Des. Ana Catarina Strauch, que, sobre o tema, destaca: “A lide diz respeito à regularidade da resolução, levada à efeito pela ré, acerca do contrato de distribuição, verbalmente celebrado entre as partes, que não está sujeito à disciplina dos art. 710 ss. do CC. A ‘distribuição’ mencionada in fine no art. 710, caput do CC é a figura da “distribuição-agência”, em que o agente tem à sua disposição o produto negociado (i.e. a tem consigo), sem que a tenha comprado para revender, seja, trata-se de agente (cuja atividade consiste na aproximação das partes que celebrarão negócio relativo ao produto, sem que seja ele mesmo parte no negócio), o qual, por razões de praticidade, possui o produto, mas não é proprietário dele.” No mesmo sentido, vide Fabiani, para quem “Para alguns contratos, dentre os quais o de agência, a lei estabeleceu o prazo mínimo de aviso prévio a ser conferido. Para os demais, no entanto, a razoabilidade do prazo mínimo de aviso prévio deve ser fixada casuisticamente, levando em consideração as características dos agentes e do mercado em que atuam, o prazo de vigência do contrato, o vulto do negócio e o tempo necessário para a acomodação das atividades da parte.”. FABIANI, Igor Longo – Op. Cit., p. 162.

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.

Uma leitura apressada do Art. 473 do Código Civil Brasileiro, aliada à uma rasteira interpretação do texto legal, pode passar a errônea avaliação de que o prévio aviso só teria sentido e cabimento a depender da natureza do contrato e do volume de investimentos realizados; que tal necessidade dependeria da realização de investimentos específicos e de difícil reparação. Não é essa a melhor exegese a ser aplicada à redação legal⁴⁶⁰.

O aviso prévio, nos pactos firmados por prazo indeterminados⁴⁶¹, compõe o programa contratual e a estrutura fisiológica do contrato; sempre estando, em tese, presentes em tais ajustes⁴⁶².

Entende-se que nos contratos firmados por prazo certo, salvo se o contrato teve seu fim antecipado e desde que não tenha havido alteração, durante a vida contratual, nas

⁴⁶⁰ É, nesse mesmo sentido, a doutrina do juiz brasileiro Bonini, para quem: “Assim, a concessão de aviso prévio é obrigação do decorrente da boa-fé objetiva e da vedação do ato ilícito por abuso e não na existência de investimentos consideráveis.”. BONINI, Paulo Rogério – Rescisão contratual.

⁴⁶¹ No mesmo sentido, vide Requião, para quem “(...) O aviso prévio tem a evidente finalidade de impedir que a parte atingida pela rescisão do contrato seja surpreendida inopinadamente. (...) Tal hipótese não ocorre nos contratos a prazo certo ou determinado, pois o seu termo é previamente fixado e conhecido, pelo ajuste contratual. Diversamente, porém, o autor entende que nem nos casos de rompimento antecipado, os pactos firmados, na origem, por prazo determinado impõem a garantia do pré-aviso, verbis: “Rompido antes do termo, a parte fica sujeita às perdas e danos e à multa contratual se foi prevista.”. REQUIÃO, Rubens Edmundo – Do representante comercial, p. 249.

⁴⁶² O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, nesse sentido, também já se posicionou, conforme Acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.412.658, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, senão vejamos: “a denúncia unilateral dos contratos de distribuição vigentes por prazo indeterminado é direito fundado nas mesmas razões econômicas e morais que justificam a extinção do contrato no termo ajustado previamente pelas partes, mas pressupõe-se a concessão de aviso prévio, com antecedência adequada e compatível com o vulto e com a duração do negócio.”

circunstâncias das obrigações e investimentos cogitados na fase negocial⁴⁶³, não é cabido o aviso prévio, eis que as partes eram cientes, desde o estabelecimento do negócio, do seu marco final⁴⁶⁴.

Ainda sobre os contratos firmados por prazo determinado, caso esses prevejam prorrogação automática, salvo se uma das partes comunicar à outra, com alguma antecedência, seu interesse em não mais renovar o ajuste, esse prazo deve obedecer aos mesmos fundamentos que norteiam o aviso prévio⁴⁶⁵. Ademais disso, a parte que não mais desejar renovar o contrato deve agir com solidariedade e boa-fe no sentido de evitar comportamentos que possam revelar à outra seu interesse em prorrogar a vigência do instrumento contratual⁴⁶⁶.

Como bem pontua Baldi⁴⁶⁷, *“Trattandosi di un contratto di durata, ne deriva, potremmo dire automaticamente, il diritto della parte recedente, nel contratto a tempo indeterminato, ad un pré-aviso (...)”*. No mesmo sentido é a lição da Maria Helena Brito⁴⁶⁸, para quem *“(...) o prazo de pré-aviso pode pois considerar-se um requisito geral de exercício do direito de denúncia, aplicável igualmente ao contrato de concessão comercial (...)”*.

⁴⁶³ Isso, porque, caso todavia, as circunstâncias estabelecidas pelas partes, durante a fase negocial e de elaboração do contrato, tenha havido, ao longo da vigência do pacto, alteração substancial do seu objeto, exigindo novos investimentos pela parte, não cogitados à primeira altura, é de se pensar válida e razoável a exigência de pré-aviso. Outra perspectiva, ainda, essa, talvez, de maior complexidade, seria a de avaliar a necessidade de aplicação de aviso prévio, a contratos firmados por prazo determinado, nos casos em que, embora não tenha havido alteração circunstancial no objeto e obrigações contratuais, a parte denunciada teve de realizar novos investimentos, inesperados quando da idealização do pacto, para não tornar-se inadimplente. Pensamos, para tais casos, que esse risco, tomado pela parte, faz parte da álea do seu negócio, que, como empresário autônomo, aceita correr, e não cabe qualquer relativização do instituto do aviso prévio, no sentido de limitar ou condicionar o direito potestativo de denunciar da contraparte.

⁴⁶⁴ Exceção feita, pontualmente, aos casos em que o contrato por prazo pre-determinado possui prazo demasiadamente longo, excessivo, e até opressivo para a parte, ou, como dito alhures, no caso das partes terem bilateralmente estipulado, na forma do contrato, mecanismo de finalização antecipada da relação negocial.

⁴⁶⁵ Sobre o tema, destaca Monteiro que: “Independentemente de saber se, pelo menos neste último caso, o contrato não seja já por prazo indeterminado – até porque não será o decurso de qualquer prazo a fazê-lo cessar, antes a declaração de uma das partes, que não se sabe se e quando virá -, temos entendido que a declaração pela qual se faz cessar o contrato está sujeita à mesma antecedência mínima estabelecida pelo art. 28º, por argumento ‘a pari’ ou de identidade de razão.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 97.

⁴⁶⁶ Nesse sentido, vide Vasconcelos, para quem, apesar das partes não terem de cumprir prazo de aviso prévio nos contratos firmados por prazos determinados, *“(...) não implica que o comportamento das partes seja irrelevante. Na verdade, em virtude das especiais relações de colaboração e confiança que faz nascer entre as partes, esse contrato gera um dever acrescido de boa-fé, o que significa que qualquer um dos contraentes que preveja a possibilidade de se opor à prorrogação do contrato deve abster-se de todo o comportamento que possa levar a outra parte a convercer-se do contrário.”*. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 109.

⁴⁶⁷ BALDI, Roberto – Op. Cit., p. 81.

⁴⁶⁸ BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 238.

Trata-se de um dever – e não de uma sanção⁴⁶⁹ – que, legitimada pelo princípio maior da boa-fé, acompanha o programa contratual⁴⁷⁰. A obrigação de conferir pré-aviso não retrata uma repressão ao abuso, com incidência prevista apenas em tais situações abusivas, patológicas. É, muito além que isso, um dever contratual escorado e legitimado pela boa-fé e dever de solidariedade contratual.

Deve, por conta disso, ser uma regra e obrigação aplicáveis a todos os pactos denunciáveis⁴⁷¹, e não apenas, novamente registre-se, quando presentes situações de abuso ou quando da existência pontual de investimentos consideráveis. Tais condições influem, de fato, para a extensão do prazo do aviso, mas, jamais, para sua verificação.

Corroboram tal afirmação as previsões contidas no *Codex* Civil brasileiro, *verbi gratia*, referentes ao próprio contrato de agência, que prevê aviso prévio, Art. 720 e seguintes, ao contrato de prestação de serviços, que, pelo Art. 599, do mesmo modo, indica tal obrigação, entre vários outros exemplos.

A legislação belga sobre Concessão de Venda, Lei 27 Julho de 1961, alterada por lei de 13 de Abril de 1971, uma das raras normas positivadas sobre o tema, disciplina, em seu Art. 2^o⁴⁷², a necessidade de se ofertar um aviso prévio, prevendo, no próprio texto legal, a possibilidade de substituição por uma indenização correspondente.

A falta de aviso prévio, ou mesmo sua oferta em prazo exíguo, registre-se por oportuno, não tem o poder de invalidar a denúncia^{473,474} e nem impede, salvo no caso de tutela

⁴⁶⁹ Vide, nesse sentido, Leonardo, para quem: “Não se trata de uma sanção por um ilícito. Trata-se de uma limitação da posição jurídica A denúncia ou a rescisão, não obstante a conformidade ao ordenamento jurídico, pode ter a sua eficácia protraída a um momento “depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. LEONARDO, Rodrigo Xavier – Op. Cit., p. 111. Em respeitável sentido contrário, posiciona-se Rodrigues Júnior, para quem: “(...) o parágrafo único do art. 473 do novo Código Civil abre uma exceção nesse esquema lógico para admitir sejam sancionadas as partes que resilem unilateralmente contratos de trato sucessivo e prestação continuada, em que se criou uma expectativa de permanência dos vínculos obrigacionais e foram, por isso, realizadas consideráveis inversões econômico-financeiras:” (grifo nosso). RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz – Op. Cit., p. 75.

⁴⁷⁰ Vide, sobre o tema, VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 139/141.

⁴⁷¹ Como muito bem destaca Machado “O desrespeito desse prazo de pré-aviso é susceptível de causar danos, porque conduz a uma extinção repentina da relação contratual que apanha de surpresa a contraparte do denunciante e lhe não permite ajustar seus planos de vida, reconverter a sua atividade e, prevenir os prejuízos que, dessa forma, serão inevitáveis.”. MACHADO, João Baptista – Op. Cit., p. 183.

⁴⁷² Art. 2^o. “Losqu’une concession de vente soumise à la presente loi esrt accordée pour une durée indéterminée, il ne peut, hors de manquement grave d’une des parties à ses obligations, y mettre fin que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité a déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat.”

⁴⁷³ Eis, nesse sentido, a lição de Vieira, “A violação do dever de emitir o pré-aviso é um ato ilícito. A parte denunciante, em conformidade, fica constituída no dever de indenizar os prejuízos sofridos pela contraparte

de urgência⁴⁷⁵, o encerramento do contrato. A rescisão, nesses casos, perfectibiliza-se do ponto de vista material, cabendo, todavia, à parte que não ofertou o pré-aviso, ou o fez em prazo ínfimo e assim não permitiu ao denunciado preparar-se para o encerramento do vínculo, responder por perdas e danos^{476,477}. Trata-se, em tais casos, de hipótese de responsabilidade civil por cometimento de ato ilícito⁴⁷⁸.

(art. 29.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 178/86 por analogia. Porém, a extensão do dano a ressarcir não engloba todo o prejuízo tido com a extinção do contrato. Haverá a computar, unicamente, os danos provocados com a falta do pré-aviso. Aqueles, em suma, que um pré-aviso atempado teria podido a evitar.”. VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 122. No mesmo sentido, Monteiro, verbis: “(...) convém sublinhar que os danos a ressarcir são os que resultam da falta ou do insuficiente pré-aviso – e não os danos que provoca a cessação do contrato (...)”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 141-142. A questão, contudo, não é imune a questionamentos. Há quem entenda que a concessão do aviso prévio se reveste de eficácia real, sendo verdadeira condição suspensiva à eficácia da denúncia. Era essa, inclusive, tradicionalmente, a posição do direito alemão sobre a matéria. Para a maioria, de fato, o pré-aviso é mera obrigação e sua ausência não invalida a denúncia, que permanece pela e eficaz, embora obrigue a parte inadimplente a responder por perdas e danos. Vide, nesse sentido, MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 276.

⁴⁷⁴ Ex vi do Acórdão da 1ª Secção do STJ português, no processo 391/06.0TBBNV.E1.S1, j. em 12/07/2018, com relatoria de Acácio das Neves, que assim destacou: “As instâncias consideraram, unanimemente, ter ocorrido uma denúncia (válida) do contrato de concessão comercial em causa nos autos, sem que, contudo, tenha a mesma sido precedida de qualquer pré-aviso, justificando-se a aplicação, analógica, do regime respeitante à falta de pré-aviso previsto nos referidos preceitos.”.

⁴⁷⁵ Conforme citado outrora, o próprio parágrafo único do art. 473 do Código Civil Brasileiro admite a substituição da tutela genérica do ressarcimento de danos em tutela destinada a manter, provisoriamente, vigente, até que se ultrapasse período mínimo necessário à amortização dos investimentos realizados pela parte denunciada. No mesmo sentido, vide Farias e Rosendal. Como exposto ao longo do presente estudo, entendemos que, tal qual para os casos de realização de investimentos pela parte denunciada, para as situações de mero aviso prévio, se a parte buscar tutela nesse sentido, razoável e contemporânea ao momento de extinção contratual, a continuidade contratual pelo tempo do pré-aviso é medida muito menos dolorosa – se efetivamente cumprida pela contraparte – do que sua conversão em perdas e danos. A continuidade contratual é ato presente, enquanto o contrato está vigente e, mais ainda, contemporâneo à necessidade de recursos que o denunciado deverá dispor para fazer frente à desmobilização contratual. A indenização é futura, muitas vezes extremamente demorada, e, ainda, por vezes não materializada. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 537.

⁴⁷⁶ Vide, por todos, nesse sentido, Gomes, para quem: “O fim da exigência é prevenir as consequências 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. Embora válida, a denúncia desacompanhada de aviso prévio sujeita o denunciante ao pagamento de indenização dos prejuízos que a outra parte sofre (...)” A legislação belga sobre Concessão de Venda, Lei 27 Julho de 1961, uma das raras existentes, disciplina, em seu artigo segundo, a necessidade de se ofertar um aviso prévio, prevendo, no próprio texto legal, a possibilidade de substituição por uma indenização. GOMES, Orlando – Op. Cit., p. 191-192.

⁴⁷⁷ Eis, a título exemplificativo, teor do Acórdão da 1ª Secção do STJ português, no processo 391/06.0TBBNV.E1.S1, j. em 12/07/2018, com relatoria de Acácio das Neves: “III - O distribuição exclusiva durante 5 anos e meio pela autora e a denúncia unilateral e sem aviso prévio do contrato, justificam a aplicação, por analogia, do arts. 28.º e 29.º do D.L. n.º 178/86, de 03-07, e a condenação da ré a indemnizar à autora pela denúncia sem pré-aviso.

⁴⁷⁸ Vide, nesse sentido, BARATA, Carlos Lacerda – Sobre o contrato de agência, p. 90.

4.4 Denúncia contratual. Aviso Prévio. Impactos do art. 473 do CCB. Prazo Estabilizador. Indenização por gastos de confiança

O art. 473 do Código Civil Brasileiro, por seu parágrafo único, internalizou, no ordenamento brasileiro, norma que há muito se fazia necessária, estabelecendo a previsão do “(...) Estado-Juiz (...) sub-rogar-se à vontade dos contraentes, mantendo a avença intacta, por período razoável, enquanto for útil à recuperação dos investimentos realizados”⁴⁷⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro, mesmo diante da expressão do valor maior da liberdade, que autoriza a qualquer das partes não se manterem vinculadas a um contrato, preso em suas amarras, caso não seja do seu interesse, cotejou-o com outros colônios do direito dos contratos, como o da boa-fé objetiva, positivando a possibilidade de suspensão da eficácia do direito potestativo da parte de resilir unilateralmente o ajuste, quando em causa outras questões.

O art. 473 do Código Civil, especialmente seu parágrafo único, nada mais é do que a expressão de princípio já anteriormente insito no ordenamento brasileiro, mas que, dada a importância, foi objeto de positivação pelo Código Civil de 2002, qual seja, o da razoabilidade do prazo de rescisão contratual, dissipando eventuais dúvidas e determinado quanto às regras que merecem ser observadas no caso concreto ^{480,481}.

Quanto à sua perspectiva histórica, o parágrafo único do art. 473 do Código Civil foi inserido ao texto do Codex no ano de 1973, já por ocasião da revisão ao anteprojeto do

⁴⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz – Op. Cit., p. 77.

⁴⁸⁰ Na realidade, o artigo 473, parágrafo único, introduzido pelo novel Código Civil Brasileiro, trata de um princípio que já se encontrava insito no sistema: a razoabilidade do prazo de rescisão nas hipóteses de contrato por prazo indeterminado, tendo em conta os altos investimentos realizados pelas partes. Portanto, é um princípio que já se encontrava no ordenamento e apenas foi positivado em texto de lei, mas que já manifestava as regras de interpretação contratual. (Trecho de voto do Min. João Otávio de Noronha no Resp 654.408 – RJ, DJ 14/09/2010, no Superior Tribunal de Justiça).

⁴⁸¹ A Professora Paula Forgioni destaca, com muita propriedade, fazendo questão de esclarecer que o risco é atividade inerente à atividade empresarial e álea do negócio, que o art. 473 do CCB estabeleceu uma cláusula de garantia à parte, uma proteção contra a denúncia abrupta, caracterizada, pela doutrinadora, como álea extraordinária, e como tal, fora do campo de incidência do risco que, ordinariamente, deve o empresário se submeter (ou “ultrapassando a moldura típica do contrato”, como muito bem coloca). FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 317.

Código Civil, e teve como fundamento maior a preocupação de se fazer constar norma no sentido de coactar os abusos do poder econômico.

Foi, nesse sentido, o próprio Miguel Reale, signatário das Exposição dos Motivos do Anteprojeto do Código Civil, que verificou a necessidade de fazer constar um parágrafo ao texto do art. 473, garantindo, porque não, tal proteção⁴⁸² à parte denunciada e, como de regra, economicamente mais frágil da relação contratual. Em suas palavras:

A limitação do poder de denúncia unilateral nos contratos por tempo indeterminado, quando exigidos da outra parte investimentos de vulto, pressupondo ela poder dispor de prazo razoável compatível com as despesas feitas. Essa sugestão, por mim feita e acolhida pela Comissão, é um dos tantos exemplos da preocupação que tivemos no sentido de coactar os abusos de poder econômico.⁴⁸³

Embora com texto formulado em 1973 e inalterado até 2003, quando entrou em vigor o Código Civil, a redação do art. 473, apesar de alguma crítica por ser extremamente concisa, releva sua ainda atualidade e, efetivamente, veio a calhar, pois, doutra forma, não seria tão simples⁴⁸⁴ cogitar a extensão do pacto para a amortização dos investimentos, a considerar a potestividade do direito (ou até poder) de denunciar⁴⁸⁵.

⁴⁸² Vide, no mesmo sentido, BDINE JUNIOR, Hamid Charif – Resilição Contratual e o artigo 473 do CC, p. 99.

⁴⁸³ Brasil, Ministério da Justiça apud ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de – Prorrogação compulsório de contratos a prazo, p. 373.

⁴⁸⁴ Embora já houvesse manifestação de que, apesar de não haver norma que direta e ostensivamente tratasse do tema, o entendimento já constava do Código de 1916. Nesse sentido, veja o teor do voto do ministro do STJ brasileiro, Min. Moura Ribeiro, enquanto ainda Des. do TJ-SP: “Então, se não vigia o CC/02 à época da resilição, havia normas que não permitiam o rompimento sem indenização ao distribuidor. É que o rompimento abrupto e inesperado não mais pode ser tido como um exercício regular de direito, ainda que a distribuída vá dizer que tal instituto não constava do CC/16. Constava, sim. A leitura do art. 160, I, do CC/16, ao dizer que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido, revela que, a contrário senso, os atos praticados irregularmente constituem ilícitos. Então, desde o CC/16 estava contemplada a hipótese do ato ilícito praticado com excesso, desbordando do direito. Ou seja, o ato pode ser lícito pelo seu conteúdo (no caso, a denúncia resilitória), mas se tornou ilícito pela sua consequência (a ausência de indenização pelos implementos ordenados à distribuidora)” (Ac. da 11ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na Apel. 7.285.490-9 j. 15.01.09)

⁴⁸⁵ Nesse sentido, vide MARTINEZ SANZ, Fernando – La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, p. 286.

É, sem dúvidas, conforme anunciado, uma expressão do princípio da boa-fé objetiva, exigindo a uma das partes a obrigação de ser leal, honesta e solidária com a outra, combatendo o abuso no exercício de eventual posição contratual dominante e, assim, garantindo que o fim da relação seja de forma a minimizar os prejuízos havidos da contraparte, que realizou investimentos consideráveis para o cumprimento de suas obrigações contratuais e, desse modo, permitindo-o redirecionar suas atividades econômicas.

Trata-se, como dito, de inovação trazida pelo art. 473 do Código Civil, que, compreendendo o caráter patológico e abusivo da ausência de prévio aviso às resilições contratuais, implementou a possibilidade do “congelamento eficaz”⁴⁸⁶ da denúncia, mantendo-se a relação jurídica mesmo contra a vontade de uma das partes.

O parágrafo único do art. 473 do Código Civil Brasileiro, nessa senda, trouxe ao ordenamento a normatização do que a doutrina nomina de prazo estabilizador⁴⁸⁷. A norma em relevo positivou a possibilidade de extensão compulsória do contrato, sobrepondo-a ao princípio da liberdade da parte desgarrar-se do vínculo contratual, se frustrada a legítima expectativa e confiança da parte que acreditou na estabilidade da relação contratual e, para tal, realizou consideráveis dispêndios econômicos⁴⁸⁸.

Trata-se, como colocado por Santolim⁴⁸⁹, a normatização do princípio de “garantia de recuperação do investimento”.

Se, pela insuficiência do tempo do contrato, a parte denunciada não tiver amortizado economicamente os investimentos que contraiu, o prazo de pré-aviso não pode ser iniciado e o contrato deverá permanecer vigente.

Não necessariamente o art. 473 do Código Civil só incide em contratos com curta duração temporal, em que o tempo de vigência do pacto foi incapaz de permitir a

⁴⁸⁶ VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 206.

⁴⁸⁷ Tepedino, sobre o tema, destaca que tal prazo: “tem por escopo evitar que, dada a natureza dos contratos em exame, o agente ou distribuidor venha a ser surpreendido com a resilição unilateral promovida, subitamente, pelo proponente, após ter realizado significativos investimentos com vista ao adequado cumprimento do contrato. Busca-se assegurar a amortização dos investimentos realizados pelo agente ou distribuidor a fim de que se obtenha a compensação pelo esforço despendido.”. TEPEDINO, Gustavo – Comentários ao novo Código Civil, p.372.

⁴⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 536.

⁴⁸⁹ SANTOLIM, Cesar – A proteção dos investimentos específicos na resilição unilateral do contrato e o risco moral : uma análise do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil, p. 9-13.

recomposição dos investimentos da parte. A norma, sem dúvidas, também se aplica a contratos com duração elástica.

Os contratos de distribuição, como sabido, envolvem relações estáveis, duradouras e com vínculos estreitos entre as partes contratantes, devendo, também por conta disso, as partes zelarem pelos interesses da contraparte e, ainda, cabendo agir com lealdade e confiança recíproca entre si. Efetivamente, se o exercício do direito potestativo da parte lesar, no caso concreto, a legítima e fundada expectativa da outra parte de continuidade do pacto firmado, ferindo a própria confiança da relação, é possível, pela previsão legal, estender-se compulsoriamente o ajuste⁴⁹⁰, na exata medida de se garantir prazo mínimo para a amortização dos investimentos realizados.

É relativamente comum em contratos de distribuição comercial, mesmo que no curso de contratos longevos, situações em que fabricantes exijam uma série de investimentos por parte do distribuidor, como renovação de frota, aquisição de imobiliários, de *softwares*, cuja realização gera, minimamente, a justa expectativa de continuidade contratual. Nesses casos, a denúncia, pela melhor exegese do art. 473 suso indicado, só poderá ocorrer quando garantido prazo que oportunize a amortização desses gastos⁴⁹¹.

Qualquer denúncia, em tais casos, que desrespeite tal orientação, é considerada abusiva, e como tal, ato ilícito passível de reparação civil⁴⁹². Seja pelo instituto do abuso de direito, ou ainda, pela cláusula geral da boa-fé⁴⁹³, “(...) fonte reguladora das relações, impondo deveres de conduta (...)”, não garantir tempo contratual suficiente para a amortização dos

⁴⁹⁰ Sobre o tema, vide o vaticínio de Farias e Rosenthal, para quem: “Se em princípio o contratante usa livremente o direito potestativo de rescisão unilateral, o ordenamento jurídico não pode permitir que o exercício de tal faculdade lese a legítima expectativa de confiança da outra parte, que acreditou na consistência da relação jurídica a ponto de efetuar razoável dispêndio naquela atividade econômica (...)”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENTHAL, Nelson – Op. Cit., p. 536.

⁴⁹¹ No mesmo sentido, vide, por todos, Viégas: “Com efeito, se após vinte anos de execução do contrato de distribuição, o fornecedor apresenta novo plano de negócios ao seu distribuidor exclusivo, a exigir, por exemplo, nova sede e a triplicação da frota de veículos até então mantida pelo distribuidor, a denúncia realizada antes do tempo mínimo necessário ao atingimento do escopo econômico da operação contratual será evidentemente disfuncional. Assim não se trata simplesmente de observar o dever de pré-aviso – destinado a conceder tempo razoável para a reorganização da atividade – mas de respeitar o prazo necessário para a execução do programa contratual ajustado (...)”. VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 179.

⁴⁹² Vide, nesse sentido, BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 241.

⁴⁹³ No mesmo viés, vide MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 139.

investimentos realizados “(...) viola um dever de protecção da esfera patrimonial da contraparte”⁴⁹⁴.

O prazo estabilizador, dito isso, é distinto e não se confunde com o prazo de denúncia. O prazo estabilizador é o instrumento que se relaciona aos casos de realização de investimentos consideráveis pela parte denunciada, que, por ocasião da denúncia, ainda não se tinha decorrido tempo suficiente para sua amortização, autorizando a possibilidade de congelamento eficaz da denúncia, numa nítida limitação de direito/poder potestativo, até o decurso do prazo razoável à recuperação dos investimentos havidos. O prazo de denúncia, ou, aviso prévio, é o prazo que, desde a exteriorização do interesse da parte denunciante até o *dies ad quem* do contrato, permite que o denunciado reorganize e redirecione suas atividades, seja buscando novos parceiros comerciais, seja desmobilizando a estrutura destinada a atender o agente econômico denunciante, arcando, para tal, com os custos que a envolvem, inclusive verbas de natureza trabalhista.

Em bem verdade, é só com a satisfação do prazo estabilizador, em que se conferiu período suficiente para o atingimento do escopo financeiro e econômico do contrato, que se admite a fruição do prazo de denúncia.

Se a parte denunciante, todavia, não garante o prazo estabilizador, cabe à parte lesada socorrer-se à intervenção estatal para tutela que determine a continuidade do vínculo durante prazo razoável, capaz de permitir a recuperação dos investimentos realizados desde, por óbvio, que ausente qualquer situação que revele justa causa do postulante⁴⁹⁵.

O próprio art. 473 do Código Civil é muito nítido ao disciplinar a convivência do prazo de denúncia com o prazo estabilizador, exigindo, para a fruição do primeiro, que o segundo tenha sido obedecido.

A melhor interpretação é a de que, apenas cumprido o tempo mínimo de contrato, que se poderá conceder ao denunciado o prazo de denúncia, para que este tome as medidas necessárias ao desenlace da relação contratual. E, de fato, durante a fruição do prazo estabilizador, é defeso ao agente econômico interessado em cessar o ajuste deixar, minimamente, de agir para o melhor fluxo da relação comercial com a contraparte. As

⁴⁹⁴ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 123-124.

⁴⁹⁵ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no Recurso Especial 972.436/BA, j. em 12/06/2009, de relatoria da Min. Nancy Andrigli.

condições comerciais aplicadas aos demais parceiros devem ser garantidas à parte; o mesmo em relação ao fornecimento das mercadorias, sob pena de se poder exigir tutela nesse sentido.

Houve, pela feliz inclusão do art. 473, parágrafo único, do Código Civil no ordenamento brasileiro, uma relativização da potestatividade do direito da parte em denunciar o contrato que pactuou, que, sem tal norma, como dito algures, dificultaria a obtenção de resultado equivalente.⁴⁹⁶

O legislador, contudo, assim procedeu, em função da justa e legítima expectativa gerada à contraparte que, ao realizar os investimentos necessários ao cumprimento de suas obrigações contratuais ou às exigências determinadas pelo agente econômico, não cogitou a possibilidade, imediata ou quase imediata, de desenlace da relação econômica estabelecida.

Em suma, pelo texto do art. 473 do Código Civil Brasileiro, estando presentes expectativas lícitas e fundadas da parte de que a relação contratual mantida vigorará por certo período de tempo, essas tais expectativas fundadas devem, ao final, prevalecer sobre um eventual interesse liberatório manifestado pela parte contratual contrária⁴⁹⁷.

Acerca da pertinente temática, valioso o entendimento do autor português Paulo Henriques, que, ao abordar a questão, assevera que “(...) é, seguramente, desaconselhável a pretensão de exercer o direito de denúncia antes de o período de cumprimento da relação contratual ter sido suficiente para propiciar ao outro contraente a possibilidade de amortização e recuperação dos investimentos realizados (...)”, sob pena de, assim, malferir-se, com o contrato, o princípio da justiça comutativa, como decorrência da solidariedade que deve

⁴⁹⁶ Martínez Sanz, sobre o tema, destaca que sem uma previsão legal a esse fim, restaria difícil estabelecer uma restrição ao livre direito da parte de denunciar o contrato, vejamos: “Sin base legal que lo sustente – como la que hoy proporciona el art. 29 LCA – no resulta tan sencillo exigir responsabilidad al empresário que denuncia un contrato de duracion indefinida, mediando el correspondiente preaviso y ejercicio de una facultad que tiene legalmente reconocida.” E, após, sobre o mesmo tema, enfatiza: “... las dificultades com que tropieza em otros países la especulación teórica dirigida a establecer una suerte de limitaciones a la facultad de denuncia”. MARTINEZ SANZ, Fernando – La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, p. 287.

⁴⁹⁷ Importante, sobre o tema, embora realizado fora do contexto brasileiro, em que há determinação legal regulatória específica para o tema, o ponto de vista de Pinto. Para o autor, não há fundamento para se correlacionar a relação de investimentos realizada pela parte e a confiança numa duração do contrato que permita sua amortização. Acrescenta ainda que a “ordem jurídica não tutela, simplesmente, os puros anseios individuais que um dos contraentes venha a formar, em função da conclusão de um determinado contrato.” E arremata, mais adiante, que a exigência a um prazo mínimo contratual como pressuposto da denúncia “conduz à subversão da idiosincrasia típica dos contratos de duração indeterminada”, convertendo-os em determinável. PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 362.

imperar uma relação contratual, especialmente as duradouras, e estar-se frustrando “(...) as legítimas expectativas criadas à contraparte com o programa contratual (...)”⁴⁹⁸.

Ao nosso pessoal sentir, o ordenamento brasileiro agiu de forma escoreita, na busca na justiça contratual comutativa. A realização de investimentos sugeridos ou até impostos por uma das partes à outra do contrato, especialmente quando em trato contratos com dependência econômica, gera à natural expectativa de continuidade do ajuste.

Não se está aqui defendendo a determinação de prazo mínimo ou mesmo a eternização compulsória de vínculos contratuais, mas, tão somente, a fruição de prazo minimamente necessário a permitir a recomposição dos investimentos realizados para o fim de melhor atender os objetivos do pacto firmado. Sob a ótica da boa-fé contratual e da função social do contrato, especialmente sob sua vertente de solidariedade, pensamos sensata a previsão, excepcional, de relativização do direito potestativo de por fim a determinada relação contratual.

Sobre os investimentos realizados, evidente que aqueles que merecem ser considerados para aplicação do prazo estabilizador do multípado parágrafo único do art. 473 do Código Civil Brasileiro são os direta e estritamente necessários à realização dos objetivos e das obrigações contratuais assumidas pela parte.

Doutra forma, seria possível cogitar a configuração de um risco moral (*moral hazard*) concernente na utilização da quantidade de investimento como elemento garantidor da continuidade contratual. Ora, e aqui em análise o comportante humano pelo viés da sociologia do direito, se o contratante tem por premissa que quanto maior o seu investimento, maior será a garantia de prazo como elemento prévio e condicional à resilição da contraparte, bastaria, a grosso modo, que tais investimentos fossem contínuos, como forma de eternização do pacto contratual.

O comportamento da parte, de fato, pode alterar, nesse caso, diante de sua percepção acerca de uma norma que lhe tutele, levando-lhe a cotejar a possibilidade de

⁴⁹⁸ HENRIQUES, Paulo – A desvinculação unilateral *ad nutum* nos contratos civis de sociedade e de mandato, p. 234-217.

realizar novos investimentos, talvez até fúteis, como forma de blindagem ao direito potestativo da contraparte de resilir o ajuste convencionado⁴⁹⁹.

Importa ainda, pela teleologia legal do art. 473 do Código Civil brasileiro, destacar a elasticidade do tecido do aviso prévio. O que se conclui é a possibilidade de, casuisticamente, o prazo do aviso ser ajustado de acordo com os investimentos específicos, sua possibilidade de comutação, recuperação, e, ainda, a natureza do ajuste. Isso porque, como dito, desobedecido o mandamento relativo ao prazo estabilizador, será no pré-aviso o apoio que restará à parte para garantir, também, a fruição do prazo estabilizador mínimo.

Dessa feita, como elemento do princípio maior da boa-fé objetiva, o art. 473 do Código Civil confere, outrossim, ao intérprete uma maior liberdade na aplicação do texto ao caso concreto.

É exatamente nesse sentido o vaticínio de Venosa⁵⁰⁰ ao arrematar que o citado parágrafo único do art. 473 do Código Civil "(...) atende à finalidade social que o (...) estatuto procurou imprimir ao cumprimento das obrigações (...)" e que o "(..) caso concreto (...) deverá dar a melhor solução ao juiz, que sempre levará em conta o princípio da boa-fé objetiva (...)".

4.4.1 Legítima e fundada expectativa

O fundamento maior do parágrafo único do art. 473 está em proteger a confiança depositada pela parte na estabilidade do contrato e na sua continuidade, desmedindo, nessa perspectiva, esforços e investimentos para realizar o mister contratual que se obrigou da melhor forma e nos moldes alinhados às expectativas da contraparte.

⁴⁹⁹ Sobre o tema, merece destaque o artigo de Santolím, para quem: “Sem descartar a perspectiva fundada na boa-fé objetiva, é possível cogitar-se de que a aplicação do dispositivo contido no Código Civil possa ensejar situação de “risco moral” (“moral hazard”)”. E complementa o doutrinador: “A norma derivada do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, ao disciplinar acerca da proteção dos “investimentos específicos” (i.é, os investimentos que a contraparte – atingida pelo exercício do direito de resilir outorgado a parte contrária – realizou para a execução do contrato), ainda que encontre sustentação sólida (como evidenciado pela doutrina colacionada no início deste artigo), também dá azo a “risco moral”. Estabelecido o direito de resilir, para uma das partes, a contraparte tem incentivos a sobreinvestir na execução do contrato, protegida que está quanto a estes investimentos, como modo de frustrar (ou mitigar) a potestas da primeira.”. SANTOLIM, Cesar – Op. Cit., p. 9-13.

⁵⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo – Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 497-498.

É, em verdade, uma garantia à honestidade e fidelidade do contratante, que, voltado a atingir os melhores resultados e a cumprir todas as obrigações alinhadas no pacto firmado, investiu tempo, pessoal, *know-how*, expectativas e, principalmente, recursos financeiros nesse projeto.

O encerramento prematuro do contrato, sem qualquer justa causa que o motive, atenta, sem dúvidas, contra a lealdade e solidariedade que se exige aos contratantes, como também, pode, injustamente, promover a bancarrota completa da parte denunciada.

Nesse contexto, o parágrafo único conferiu uma importância tal ao tema capaz de relativizar, em tese, como o próprio texto legal anuncia, o princípio da liberdade e, no plano do direito contratual, a potestatividade que assiste a qualquer um dos subscreventes de uma relação negocial contratual.

Para tal, contudo, a expectativa de continuidade e estabilidade do contrato pela parte que realizou os investimentos deve ser legítima e fundada. Não basta a mera realização de gastos, ou a simples feitura de investimentos em negócio próprio, para justificar a preservação do pacto por prazo razoável à recuperação dos gastos. É preciso que essa expectativa tenha fundada e legítima razão de ser.

Será sempre fundada a percepção de continuidade do vínculo quando os custos e investimentos estiverem relacionados ao início da relação contratual. Especialmente em contratos de distribuição, duradouros e estáveis com característica própria, é de se prever que, uma vez ultrapassada a fase pré-contratual, negocial, e firmado o ajuste, esse tenha uma vigência continuada, autorizando, por si só, a realização dos investimentos da parte para melhor executar suas obrigações e, legitimando, por sua vez, a confiança da parte na estabilidade da relação negocial⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Interessante, nesse sentido, a lição de Bonini, para quem: “A boa-fé funciona, aqui, como elemento identificador de condutas futuras das partes. Afinal, estando as partes vinculadas por um contrato de longo prazo, natural a expectativa de um determinado comportamento negocial (e contratual, portanto) da outra parte, muito em função de comportamentos anteriormente demonstrados no desenvolvimento da relação negocial originalmente incompleta. O rompimento de tal expectativa negocial, com a adoção de condutas contraditórias e em descompasso com aquilo que se construiu na relação negocial de longo prazo, traduz desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, resultando no direito de se exigir o retorno do comportamento contratual esperado ou, ainda, eventual pretensão substitutiva ao cumprimento do contrato, como o rompimento justificado e eventual indenização.”. BONINI, Paulo Rogério – Extinção do contrato de distribuição.

Como dito outrora, a denúncia não é o direito ao arrependimento de um dos contratantes que, tão logo tenha vinculado-se à relação obrigacional contratual, pode, pelo mero exercício do seu direito potestativo, entender por encerrar o vínculo. Essa não é a alma e o sentido da denúncia e, como tal, se utilizada em descompasso com sua essência ontológica, releva-se abusiva e, certamente, autoriza a aplicação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil.

Da mesma forma, também será legítima e fundada a expectativa nos casos em que há renovação contratual. A renovação do pacto gera, legitimamente, a expectativa e confiança de que o ajuste durará por determinado novo período, justificando a realização de investimentos pelo contratante.

Mais ainda, independente do tempo contratual, imposições, muitas vezes travestidas de pseudo orientações, realizadas por uma das partes, para que um dos contratantes, dependente economicamente, realize investimentos, aumente ou renove frota, construa centros de distribuição, adquira *softwares*, contrate pessoal, gera, certamente, à parte que realizou tais gastos, a expectativa fundada na estabilidade do pacto e sua vigência por determinado novo período, a partir de tais investimentos.

Dessa feita, não é, necessariamente, a idade da história contratual quem determinará a aplicação do prazo estabilizador ou não. Sem dúvidas, um contrato novel releve um indício de sua incidência.

Nada obsta, todavia, com bastante sentido, que sua aplicação ocorra em contratos bastante longevos. Aliás, quanto maior a vigência do contrato, maior a expectativa da parte em sua estabilidade e continuidade. Nesses casos, é preciso verificar a ocorrência de orientações ou imposições, pelo fabricante nos contratos de distribuição comercial, de realizações de investimentos.

Referidos comandos encaixam-se no guarda-chuva doutrinariamente desenhado para o conceito de legítima e fundada expectativa e, assim, autorizam a salvaguarda do princípio da recuperação do investimento, através da aplicação do prazo estabilizador.

4.4.2 Natureza e vulto dos investimentos

Uma vez constatado o mandamento legal, no ordenamento brasileiro, que determina a impossibilidade de se desenlaçar o pacto contratual antes de decorrido prazo mínimo capaz de permitir o ressarcimento dos investimentos realizados pelo distribuidor de boa-fé, cumpre verificar qual seria esse prazo mínimo.

Releva-se impossível, fora do contexto casuístico em análise, estabelecer, estaticamente, um prazo mínimo garantidor da finalidade protetiva trazida pelo parágrafo único do art. 473 do Código Civil Brasileiro.

Apenas o caso concreto, e as circunstâncias ali tratadas, que melhor indicará qual o prazo estabilizador a ser garantido, máxime se levado em causa os investimentos realizados pela parte. A norma em menção, contudo, indica que merece ser levado em consideração, para tal análise, “a natureza e o vulto dos investimentos”.

O vulto, por óbvio, refere-se ao volume econômico das despesas realizadas pela parte que investiu nas melhorias em prol do contrato firmado. Já a natureza dos investimentos significa o tipo de gasto realizado e sua possibilidade de comutação em outra atividade. Se, em suma, o dispêndio realizado é facilmente aproveitável em outra atividade econômica ou, por sua vez, se possui direta relação com o contrato para o qual a despesa foi realizada, com pouca ou nula possibilidade de comutação. Há, ainda, os custos irrecuperáveis, como, *verbi gratia*, os realizados para promoção e *marketing* dos produtos da fabricante que o distribuidor comercializa.

O prazo estabilizador deve, portanto, garantir tempo suficiente ao contrato para permitir, ao distribuidor, o ressarcimento dos investimentos irrecuperáveis, bem como, em relação aos demais investimentos, com algum poder de comutação, permitir sua recuperação, inclusive mediante reorganização e realinhamento das atividades do distribuidor⁵⁰².

Quanto maior, pois, o nível de especificidade dos custos e investimentos realizados, com baixo índice de comutação, maior deve ser a garantia do prazo mínimo

⁵⁰² Vide, nesse sentido, FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 313-316.

contratual previamente à denúncia. No mesmo sentido, quanto maiores os vultos de investimentos realizados pela parte, maior deve ser o prazo estabilizador.

O princípio da boa-fé e sua vertente de solidariedade entre os contratantes exige um olhar atento à cada história e vida contratual⁵⁰³, permitindo assim, com razoabilidade, definir-se qual o prazo aplicável customizadamente às relações contratuais individualmente consideradas.

4.4.3 Indenização pelos gastos de confiança

Apesar da previsão legal do art. 473 do Código Civil, no Brasil, é relativamente comum o encerramento do vínculo ocorrer sem a garantia do prazo estabilizador, permanecendo o distribuidor com prejuízos havidos em virtude de investimentos realizados com base na confiança justamente depositada na relação contratual.

Os gastos por investimentos, ou gastos de confiança, merecem, entende-se, ser objeto de reparação, de ressarcimento, caso efetivamente tenham sido realizados por uma justa expectativa contratual⁵⁰⁴. A parte que realizou investimentos amparados em orientações, sugestões e até em determinações da contraparte merece ressarcimento em caso de encerramento abrupto da relação, antes do período necessário à sua amortização.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Nesse sentido, vide Acórdão do STJ brasileiro no RESP 654408, j. em 14.09.2010, com relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, para quem: “Recursos Especiais. Contrato de distribuição de bebidas. Impossibilidade de incidência da Lei 6.729/79. Prazo indeterminado. Rescisão. Aviso prévio. Necessidade. Inexistência de consenso entre as partes. Arbítrio judicial. Conjunto fático-probatório. (...)3. Diante da ausência de normatização específica à época do contrato, vigente entre 1992 e 1998, e da inexistência de acordo entre as partes, quer por não ter sido realizado um ajuste escrito regulando a relação comercial, quer por não haver consenso no momento do rompimento contratual, a verificação do prazo razoável deve ser feita segundo o prudente arbítrio do magistrado diante da prova colhida nos autos, consoante entendimento acolhido pela novel legislação civil.”

⁵⁰⁴ No mesmo sentido, vide Monteiro, para quem, em tais casos: “Ter-se-á que indemnizar a outra parte pelos danos sofridos, solução que decorre do princípio da boa-fé.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 142.

⁵⁰⁵ Vide Acórdão do STJ brasileiro, no RESP 1.555.202, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 16/03/2017.

Trata-se de forma de responsabilidade negocial, ou até pré-negocial⁵⁰⁶. Seria uma indenização pelo interesse contratual negativo⁵⁰⁷, ou seja, pela expectativa frustrada, decorrente de uma confiança legitimamente estabelecida, quanto à realização de determinados gastos e investimentos, e, por consequência, por sua inutilidade ou *desaproveitamento*.

Na lição de Steiner, tais gastos:

(...) inúteis ou desaproveitados reparáveis pelo interesse negativo (...) se referem, com efeito, ao primeiro e mais evidente sentido do termo. Trata-se, portanto, de danos materiais e objetivamente aferíveis. No elucidativo termo em inglês, são os chamados *out-of-pocket costs*. Ou seja, custos e dispêndios realizados pelo lesado no curso das negociações, ou mesmo no curso contratual, e que posteriormente passam a ser qualificáveis como inúteis ante o evento lesivo.⁵⁰⁸

É imprescindível, para que cogite a reparação por tais danos, que os gastos de confiança, sem a continuidade contratual, tornem-se efetivamente inúteis ou desaproveitados, importando, de fato, na redução patrimonial da parte lesada. Não basta, pois, a mera ocorrência do gasto, ainda que de confiança. A inutilidade da despesa é “(...) marca indelével da possibilidade de reparação (...)”⁵⁰⁹.

Entenda-se inutilidade, no caso, não em seu sentido mais literal e seco, mas como sendo a inexistência de qualquer valor agregado ao bem por conta do investimento e, ainda, seu baixo poder de comutatividade em eventual outro negócio, ou seja, pela dificuldade do retorno do investimento em outra atividade.

⁵⁰⁶ Para Pinto, a questão ultrapassa os limites negocial e pré-negocial e encontra guarida, inclusive, na responsabilidade delitual. PINTO, Paulo Mota – Despesas desaproveitadas e dano, p. 59.

⁵⁰⁷ Na lição de Guimarães, interesse contratual negativo se dá, em suma, “quando se visa colocar o credor frustrado na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado. Assim, por exemplo, deve-se ressarcir o credor dos gastos realizados para a elaboração do negócio, como as despesas com advogados, despachantes, o eventual pagamento de tributos, despesas com o transporte da mercadoria etc. e até o que eventualmente ele deixou de ganhar em não ter efetuado, à época, outro negócio.”. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini – Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo, p. 131.

⁵⁰⁸ STEINER, Renata Carlos – Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro, p. 178.

⁵⁰⁹ Idem – Op. Cit., p. 179.

Ademais disso, para que seja considerada a reparação, é preciso que tal investimento tenha a conotação de gasto de confiança. Só é passível de reparação as despesas realizadas após a situação de confiança, realizadas, legitimamente, em virtude dessa crença, e que sejam inúteis e desaproveitadas.

Na vivência prática da atividade de distribuição comercial, especialmente quando em trato marcas com alto nível de *selling power*, é frequente forte integração do distribuidor à rede do fabricante, com firmes orientações, que, na prática, revelam-se imposições, de realização de investimentos ultra específicos, inaproveitáveis quando do eventual encerramento da relação contratual mantida entre as partes.

Importa destacar, a respeito do tema, que a indenização, pelo interesse negativo, decorrente dos gastos de confiança desaproveitados, não se confunde, e nem poderia, substituir os riscos de qualquer negócio, que cada um das partes obrigatoriamente assume ao firmar um pacto contratual⁵¹⁰. Conforme dito algures, o risco compõe a álea do negócio e, inevitavelmente, habitará qualquer operação negocial.

O que o Código Civil Brasileiro, por seu art. 473, fez prever foi abrigar no ordenamento do Brasil uma cláusula de garantia à parte, uma proteção contra a denúncia abrupta, caracterizada, pela doutrinadora, como álea extraordinária, e como tal, fora do campo de incidência do risco que, ordinariamente, deve o empresário se submeter⁵¹¹.

É importantíssimo, para fins de reparação, uma análise restrita e exigente da relação de causalidade entre o gasto realizado, a relação de confiança frustada e a inutilidade da despesa.

No mesmo sentido, precisa ser feita uma análise qualitativa da despesa realizada. Existe, pensa-se, um limite, imposto pelo critério da razoabilidade, à possibilidade de reparação do investimento.

Para além dos condicionamentos acima enumerados, é inafastável, para que se cogite a reparação pelo interesse negativo, que a despesa realizada não se qualifique como

⁵¹⁰ Eis o vaticínio de Zanetti, para quem “(...) a indenização do interesse negativo não serve para eliminar os riscos unilateralmente assumidos pelos candidatos a contratante no processo negocial (...)”. ZANETTI, Cristiano de Sousa – Responsabilidade pela ruptura de negociações, p. 158.

⁵¹¹ FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 317.

voluptuária. Apenas investimentos úteis e necessários, somados às exigências suso indicadas, é que potencializarão qualquer direito ressarcitório.

A possibilidade de ressarcimento não se presta a recompor gastos, muitas vezes objeto da vaidade e do desejo pessoal da parte, fugindo dos limites de necessidade do negócio e da orientação, sugestão ou até imposição da contraparte.

E tal qualidade de fútil do gasto deve ser casuísticamente avaliada, a partir das circunstâncias que envolvem a dinâmica das despesas e investimentos contraídos pela parte contratual denunciada.

De mais a mais, importa frisar, sobre o tema, que, ainda que tal possibilidade de reparação já encontre escora nas previsões genéricas que garantem ao lesado a reparação por ato ilícito contra si cometido, em alguns ordenamentos jurídicos há previsão concreta de indenização para tais casos.

É o caso, por exemplo, do art. 29 do LCA espanhol. Em igual sentido, era a previsão Dinamarquesa, que previa, no art. 52, parágrafo primeiro, da Lei Uniforme escandinava, a possibilidade de ressarcimento de bens imóveis, estoque, maquinário e veículos, em caso de encerramento contratual de agência em a devida amortização de tais gastos⁵¹².

A Diretiva Europeia n. 86/653, que determinou a internalização nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros da União Europeia de regras atinentes à indenização de clientela do agente comercial, fez prever tal possibilidade de reparação, especificamente pelo art. 17.3, senão vejamos:

Artigo 17º

(...)

3. O agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação das suas relações com o comitente.

⁵¹² Com a Diretiva 86/653, tal previsão acabou por desaparecer, dando espaço à estipulação da indenização por clientela.

Esses danos decorrem, nomeadamente, da cessação em condições:

- - que privem o agente comercial das comissões que receberia pela execução normal do contrato, e que simultaneamente proporcionem ao comitente vantagens substanciais ligadas à actividade do agente comercial;
- - **e/ou que não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do comitente.**

Independente de haver previsão específica para o ressarcimento de tais despesas, seu fundamento reside na quebra de uma expectativa legítima da parte que, orientado pela parte realizou despesas de confiança inservíveis e inapropriáveis para outros negócios, sem ter dito tempo suficiente contratual, a partir da ocorrência dos investimentos, para realizar a necessária amortização dos gastos.

4.4.4 Extensão compulsória do vínculo com base no art. 473 do CC brasileiro e solução alternativa em perdas e danos - Incompatibilidade

Merece análise a discussão sobre a possibilidade de substituição da continuidade contratual compulsória prevista no art. 473 do Código Civil Brasileiro, sem a adesão de uma das partes do contrato, com a apuração de perdas e danos futuros. Ou seja, ao invés de se manter ativo e vigente o ajuste, se, eventualmente, o encerramento do contrato com impactos posteriores indenizatórios cumpriria a mesma finalidade.

Ao nosso pensar, a previsão de continuidade contratual imposta, nos termos acima indicados, tem, para a parte denunciada, muito maior sentido – e por isso, são soluções

absolutamente diversas – do que a possibilidade natural de encerramento do pacto, com resolução de controvérsias pendentes a serem apuradas, se for o caso, em perdas e danos⁵¹³.

A manutenção da vigência do contrato é ato presente; seus efeitos e reflexos econômicos atingem aquele dado momento, permitindo, assim, a entrada imediata de recursos para a denunciada que, dentro da vigência contratual, pode reorganizar sua atividade, buscando novos parceiros ou redesenhando sua atuação e, ainda, fazer eventual frente às despesas que necessariamente incorrerá para desmobilizar a relação mantida com a parte denunciante.

Autorizar, sem a devida análise customizada, o direito potestativo que assiste à parte de encerramento do ajuste, sem ter em conta os montantes e os períodos dos investimentos realizados pela denunciada, para, numa outra oportunidade, fora do programa contratual e dentro do universo prolixo e burocrático de um processo judicial, com seus procedimentos e prazos diversos, completamente destoados do cotidiano econômico-empresarial⁵¹⁴, pode valer a quebra da parte denunciada.

Não são, o congelamento eficaz da denúncia e a solução em perdas e danos, soluções equivalentes⁵¹⁵. Os momentos entre as mesmas são muito distantes, e tal lapso temporal pode ocasionar a morte por inanição da denunciataria. “A resposta indenizatória deve ser excepcional, priorizando-se a tutela específica de sobrevivência da relação jurídica, para que se preserve a adequada tutela do prejudicado.”⁵¹⁶.

Não se advoga aqui a desnaturação do direito potestativo de encerramento dos contratual e, por conseguinte, a flexibilização excessiva da liberdade da parte de se permanecer contratada. Nem, no mesmo viés, se propõe perenizar relações contratuais contra

⁵¹³ Nessa toada, vide o vaticínio de Pereira, para quem: “Esta é a novidade do Código de 2002. O legislador poderia ter determinado apenas o pagamento das perdas e danos sofridas pela parte que teve prejuízos com a dissolução unilateral do contrato. Preferiu lhe atribuir uma tutela específica, transformando o contrato que por natureza poderia ser extinto por vontade de uma das partes, em um contrato comum, valendo essa nova regra pelo prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. Caberá ao juiz determinar, com a ajuda da perícia técnica, se necessário, o prazo em que fica suspenso o direito da parte de resiliir unilateralmente o contrato sem qualquer motivação específica.” PEREIRA, Caio Mário da Silva – Instituições de direitos civil: contratos, p. 130-131.

⁵¹⁴ Este absolutamente dinâmico e concorrido, exigindo força e musculatura dos seus agentes.

⁵¹⁵ No mesmo sentido, vide Bonini, para quem: “Em caso de investimento considerável, fica a parte com a opção de escolher entre a indenização ou a extensão da eficácia do contrato. Optando pelo pedido de extensão do contrato, é mandatório para a eficácia do direito material a obtenção de medida antecipatória, vez que ineficaz materialmente a sentença que determina a “retomada do contrato” em substituição à “continuidade do contrato”” BONINI, Paulo Rogério – Resilição contratual, p. 198.

⁵¹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier – Op. Cit., p. 111.

o princípio da eficiência de mercado, que, para sua concretização, impõe e clama por fluidez e pela possibilidade das partes escolherem, como princípio maior da autonomia de vontade, seus parceiros comerciais.

Defende-se que, em medida cirúrgica, tendo-se em conta as situações de investimentos realizados em cada caso concreto, o Juiz tenha em causa que a extensão compulsória do ajuste, pelo exato período necessário à possibilidade de amortização dos gastos havidos, é ato civilizado, que combate o abuso e, assim, pode garantir a sobrevivência da parte denunciada⁵¹⁷.

Evidentemente que, pela própria característica de algumas modalidades contratuais, como, *verbi gratia*, o contrato de mandato, que envolve relação extrema de confiança, não vislumbramos cabimento à incidência do parágrafo único do Art. 473 do Código Civil. Nessas situações, entende-se não haver espaço para aplicação da tutela específica da manutenção temporária de continuidade contratual, devendo, nesse caso, a parte que se sentir prejudicada utilizar da tutela genérica do ressarcimento pelas perdas e danos que entender fazer jus⁵¹⁸.

Em bem verdade, conforme bem exposto por Tucci⁵¹⁹, são os contratos de “lucro” que justificam a razão de ser da norma insculpida no parágrafo único do art. 473, na medida em que são eles em que, normalmente, por se tratarem de contratos firmados por agentes econômicos, partes de uma tal cadeia produtiva, os investimentos são realizados. Ademais, entre os pactuantes deve existir um relação de natureza continuada e duradoura, um contrato relacional, não se perfectibilizando a aplicação do art. 473 parágrafo único aos pactos de execução instantânea⁵²⁰.

⁵¹⁷ Vide, nesse teor, Gagliano, para quem: “Nas relações civis em geral que admitam a rescisão unilateral, não se propugna, independentemente de prévia comunicação, pela mais ampla possibilidade da extinção imediata do contrato. Isso porque a parte contrária pode ter realizado vultosos investimentos, na perspectiva da continuidade do vínculo contratual, não sendo razoável, nem compatível com a boa-fé objetiva, que anima toda a nova codificação civil, que tais gastos permaneçam irressarcidos. Dando um exemplo para melhor visualizar a hipótese, imagine-se um contrato de prestação de serviços de assistência técnica, em que a empresa prestadora invista na aquisição de equipamentos especializados para o maquinário da tomadora. Ora, se repentinamente, esta última decide romper o vínculo contratual (por ter, p. ex., encontrado uma outra empresa que possa lhe prestar o serviço), ficaria a outra parte “a ver navios?”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rofolfo – Novo curso de direito civil.

⁵¹⁸ Em igual sentido, vide PEREIRA, Caio Mario da Silva – Instituições de direito civil: contratos, p. 154.

⁵¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria Marçal – Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração, p. 102.

⁵²⁰ Até porque o Art. 473 do CCB trata da denúncia de contratos firmados, em regra, por prazo indeterminado, garantindo, em sendo o caso, a limitação do poder de denunciar o ajuste até que se garanta prazo compatível

Respeitadas as abalizadas vozes em sentido contrário⁵²¹, ciente de que há, de fato, alguma complexidade em se manter vigente, por prazo precisamente determinado, um pacto contratual contra a vontade de um dos contratantes, entende-se que, pelo sistema da ponderação⁵²², balizando-se os interesses conflitantes entre as partes, é menos gravosa a extensão compulsória do vínculo do que sua apuração em perdas e danos.

Efetivamente, os contratos de distribuição, como dito algures, têm, por seu caráter colaborativo, na confiança recíproca e na *affectio contractus*, elementos que lhe dão característica. Quando maior essa interação, mais profícua será a relação entre fabricante e distribuidor.

A ausência de confiança e de vontade da parte permanecer vinculada a um contrato pode, somada à necessidade dos contratantes, no curso do pacto ainda em vigência, reorganizar sua atividade, para tentar minimizar seus prejuízos, sem dúvidas, contaminar o sucesso da relação.

De fato, a considerar a relação *intuitu personae* que impregna os contratos de distribuição, no ponto de vista menos teórico e mais prático, é complexo cogitar a continuidade de uma relação comercial sem que uma das duas partes tenha interesse em continuar a pactuação. Contudo, a falta de um aviso prévio efetivo, que reflita, em prazo, o

com a recuperação dos investimentos realizados. Não orna, o texto legal, com contratos de prestação específica e imediata. Não se trata de garantir a ocorrência de novos contratos, mas, a contrário, de condicionar, em sendo o caso, o encerramento de um único ajuste, de viés duradouro. Em idêntico sentido, vide FABIANI, Igor Longo – Op. Cit., p. 165.

⁵²¹ Vide, por todos, Pinto, para quem: “Indo, porém, à essência do problema, julgamos que, do ponto de vista prático e tendo em consideração as características típicas do vínculo que emerge de um contrato de distribuição, não é razoável admitir que possa ser imposta a qualquer das partes o cumprimento coactivo das respectivas obrigações. Basta recordar que se trata de negócios de execução continuada, que exigem, para a sua prossecução, uma confiança mínima entre os estipulantes, e mais do que isso, uma permanência atitude de ativa e leal colaboração, traduzida em viculações precisa, que implica em prestação de facere de cunho, mais ou menos, pessoal.” PINTO, Fernando A. Ferreira – Op. Cit., p. 523/525.

⁵²² Nesse sentido, sempre valiosa e pertinente a doutrina do autor alemão Alexy, acerca solução para os casos de aparente colisão entre princípios. Conforme colocado pelo professor, dois princípio colidentes não se anulam. Há, na verdade, uma cessão, no caso concreto, de um princípio ao outro. Não se está em causa uma anulação ou invalidação de uma norma principiológica frente a outra, mas a precedência casuística. Destaca ainda Alexy que a solução, nesses casos, é apurada via proporcionalidade, não servindo, a especialidade, a hierarquia e nem mesmo a cronologia instrumentos adequados para a solução de tais antinomias. Nesse sentido, vaticina Alexy, “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, em que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições as questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.” ALEXY, Robert – Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 93-94.

período necessário para que seu escopo seja atingido, traz prejuízo muito maior. Pode culminar, com muito risco, com o desaparecimento completo da parte denunciada, caso essa, como de costume, seja a economicamente mais dependente da relação.

Não se pode considerar, ambas as soluções, alternativas e equivalentes⁵²³. Há, efetivamente, uma graduação entre as mesmas que as coloca em patamares diferentes. Caso seja de interesse da parte denunciatória, uma vez notificada da denúncia da contraparte, e presentes os requisitos subjetivos que autorizam a extensão compulsória do ajuste, deve ser soberana a continuidade do vínculo em relação ao uso da via da apuração de perdas e danos. Basta, para tal, que a parte lesada utilize do método contratualmente definido de solução de controvérsias e solicite tal extensão compulsória.

Estão em causa o privilégio dos princípios da boa-fé objetiva, em sua vertente de proteção e solidariedade entre as partes, e da preservação da empresa. O justo remédio a ser aplicado à situação deve, precisamente, buscar a solução de menos prejuízos desnecessários traga ao denunciado, sem, contudo, retirar, na margem, a liberdade potestativa do contratante que faz uso do negócio jurídico da denúncia.

É preferível, numa análise ponderada, e sob o critério da razoabilidade, que o contrato se mantenha ativo, durante o prazo estabelecido, judicialmente, para o aviso prévio, e as partes tenham o profissionalismo necessário a performar, seja para atender à sua necessidade, seja, assim, para diante da interdependência entre os contratantes, colaborar com a contraparte.

Não se pode fugir do fato que a denúncia é instrumento próprio das resilições imotivadas. Não é para estar em causa, quando da denúncia, situações de justa causa. Para essas, de fato, a quebra da confiança é ressaltada e, assim, não há fúria e humor para a continuidade do vínculo.

Se, todavia, a denuncia ocorre sem justo motivo, é palatável que as partes aceitem, até pelo dever de lealdade e solidariedade que o princípio da boa-fé lhes impõe, a permanência do contrato pelo período estritamente necessário ao cumprimento do aviso prévio.

⁵²³ Como destaca Porto e Garoupa, ao analisar as soluções de cooperação entre as partes ou indenizatórias, o remédio mais eficiente é o da cooperação, que somente será afastado caso haja obstáculo a sua aplicação no caso concreto. PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno – Op. Cit., p. 178.

É fundamental que, nesse período, as obrigações contratuais sejam cumpridas, até porque o pacto está plenamente ativo⁵²⁴, e, eventual flexibilização nesse sentido, afetará a própria parte infratora.

Como dito, durante o aviso prévio, o contrato se mantém integralmente, e, como tal, as partes continuam estritamente vinculadas às obrigações que contratualmente lhe assistem⁵²⁵.

É importante a monitoria e acompanhamento para que as condições anteriormente aplicadas à relação sejam mantidas e a extensão do vínculo verdadeiramente ocorra, para além, simplesmente, da letra fria de determinação judicial.

4.5 Extensão compulsória do vínculo: privilégio dos instrumentos com investimentos significativos ou incidência em situações de mero aviso prévio

Posta a diferença ontológica entre os avisos prévio e estabilizador, questionamento que também se faz pertinente analisar é discutir, pela melhor hermenêutica do art. 473 do Código Civil Brasileiro, se a possibilidade de extensão compulsória do contrato estaria restrita aos casos de insuficiência do prazo estabilizador ou, ainda, se albergaria as situações de carência do aviso prévio em si.

Ou seja, ainda que garantido o prazo para recuperação dos investimentos realizados pela parte denunciada, a ausência de aviso prévio, pela sistemática do multicitado art. 473 do Código Civil permite que se alargue, compulsoriamente, a vigência contratual ou, nessas situações, a potestatividade do direito de não se associar do denunciante seria soberana, e eventual discussão do seu ato seria apurada em perdas e danos?

⁵²⁴ Nesse exato sentido, vide a lição de Paola, para quem: “A mesma boa-fé que impõe a concessão do aviso prévio, exige que cada uma das partes se comporte de forma a reduzir ao mínimo os prejuízos da outra. Assim, o fornecimento de mercadorias deverá ser mantido no volume estimado como necessário ao funcionamento do estabelecimento do distribuidor durante o período restante: o fornecedor não poderá sonegar as mercadorias suficientes a tanto, e, de sua parte, o distribuidor não poderá postular o fornecimento de mercadorias em quantidade desproporcional.”. PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 185.

⁵²⁵ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 141.

Entende-se que, a despeito de eventual confusão e conclusão que a exegese literal do art. 473 possa sugerir⁵²⁶, que os fins e objetivos que determinam a manutenção do contrato contra a vontade do denunciante, nos casos de insuficiência do prazo estabilizador, são os mesmos que justificam solução idêntica aos casos de falta, total ou parcial, de aviso prévio.

Conforme anunciado algures, a previsão, legal, da limitação do poder de rescisão unilateral do contrato funda-se no combate ao abuso decorrente da dependência econômica, tipicamente presentes nos contratos de distribuição. A norma veio evitar o exercício, pelo contratante dominante, de posição jurídico-contratual desbalanceada, e, como tal, vantajosa, gerada pela relação de dependência econômica que a relação negocial subjaz ao contrato evidencia.

Desconsiderar a possibilidade de flexibilização do direito potestativo do denunciante aos casos de falta de aviso prévio, se da vontade da parte denunciatória e desde que razoavelmente exercida, sob o contexto temporal⁵²⁷, seria, desarrazoadamente, desconsiderar a possibilidade de entregar o melhor remédio aos casos de abuso por ausência de aviso prévio, e, desnecessariamente, admitir um dano maior.

Posto isso, se constatado, a partir das circunstâncias e elementos fáticos que circundam a história contratual em causa, que o prazo de aviso prévio ofertado ou mesmo estabelecido entre as partes, originalmente, não se presta aos fins que dele se espera, a

⁵²⁶ Como muito bem destaca Araújo, ao tratar do processo hermenêutico do próprio art. 473, destaca que: “A leitura e uma norma legal, a extração do seu conteúdo normativo, demanda do intérprete conhecer a realidade na qual ela se insere nos propósitos para os quais foi criada, embora se reconheça que a intenção do legislador não é a mesma intenção da lei, devendo prevalecer esta sobre aquela.” E arremata o doutor, acerca da interpretação de tal norma, que: “O mapa que consta a base de dados do gps brasileiro é de 1973, mas o intérprete tem de usa-lo para navegar pelo cenário atual. Por isso, o gps sozinho não basta, é preciso de uma bússola para ajudar a conferir e melhor acertar o rumo a ser seguido.”. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de – Op. Cit., p. 371/380.

⁵²⁷ O direito não socorre aos que dormem, já dizia Rui Barbosa. Para que seja cogitada a extensão do contrato pelo período do aviso prévio, por meio de tutela jurisdicional, deverá o pleito ocorrer na contemporaneidade do anúncio do encerramento do contrato, ou de sua denúncia, em caso da parte denunciada entendê-la insuficiente. Formular o pleito fora desse contexto temporal poderá por em risco toda a estratégia negocial da contraparte que, nunca é demais lembrar, tem direito/poder potestivo a desenlaçar-se dos contratos que firmou. A admissão de tutela que determine a continuidade do vínculo, pelo período do aviso, e não sua conversão em perdas e danos, deve ser avaliada quanto ao momento do pleito. Quando do pedido à continuidade do vínculo, pelo período equivalente ao pré-aviso, o contexto do encerramento do pacto deve estar quente, quiza fervendo. Doutra banda, por-se-á em risco os negócios da contraparte, solução essa indesejada e alheia aos preceitos de eficiência do mercado e fluidez das relações empresariais.

extensão do tempo contratual por prazo precisamente suficiente à reorganização das atividades do denunciado é medida imperiosa, a par do que impõe a metanorma da boa-fé.⁵²⁸

A mais apropriada interpretação do art. 473 impõe tal aplicação. A análise e hermenêutica da norma legal não pode ser um retrato do momento de sua elaboração, até porque, *in casu*, o texto foi proposto em 1973, passou a vigor em 2003 e, até hoje, sem qualquer alteração em sua redação, regula o tema no Brasil.

Como muito bem destaca Dorón⁵²⁹, acerca da questão, “É preciso atualizar a norma sem, necessariamente, alterar o texto legal, procedimento típico da hermenêutica jurídica.”.

Nesse sentido, é esse o entendimento aplicado pela jurisprudência dominante⁵³⁰ no Brasil. Aliás, comparativamente, se verifica, jurisprudencialmente, com mais volume de presença, a aplicação da extensão compulsória aos contratos, quando em causa períodos curtos de aviso prévio, incapazes de propiciar a reorganização e o realinhamento das atividades do denunciário, independente da existência de investimentos ainda não amortizados.

⁵²⁸ Em sentido contrário, vide Bonini, para quem: “Em conclusão, tem-se que a falta de aviso prévio acarreta o dever de indenizar sempre, em função do dano decorrente do rompimento abrupto do contrato e a necessidade de readequação da atividade econômica da parte. Em caso de investimento considerável, fica a parte com a opção de escolher entre a indenização ou a extensão da eficácia do contrato. Optando pelo pedido de extensão do contrato, é mandatório para a eficácia do direito material a obtenção de medida antecipatória, vez que ineficaz materialmente a sentença que determina a “retomada do contrato” em substituição à ‘continuidade do contrato’ (...).” BONINI, Paulo Rogério – Resilição contratual, p. 192.

⁵²⁹ ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de – Op. Cit., p. 380.

⁵³⁰ Cite-se, nesse sentido, Sentença da Vara de Casca, no RS, de 17.12.19, Juíza Margot Cristina Agostini, proc. 090/1.15.0002632-1, nos termos da qual “O que se afirma é que, efetivamente, o prazo de 60 dias de aviso prévio é um prazo irrazoável considerando as proporções comerciais de ambas as empresas, em especial da autora – que, atualmente, encontra-se em situação calamitosa, buscando a reorganização econômica, administrativa e financeira, através do processo de recuperação judicial –, e é consequência lógica que a extinção do contrato entre as partes lhe acarretará inúmeros prejuízos. Por isso, deve haver a fixação de um prazo razoável, e não somente aquele de 60 dias concedidos pela requerente. (...) Assim, entendo que o prazo de aviso prévio a ser concedido pela requerida é de 180 dias, a contar da data do recebimento da notificação. Com viés semelhante, mas, no caso, de fixação de aviso prévio não concedido, vide Ac. da 9ª Câmara Cível do TJ-RS, no Acórdão n. 70056206154 RS, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. em 31/01/2014, em cujo texto consolidou-se que: “A rescisão do vínculo contratual de forma unilateral sem motivo justo e sem um prazo razoável para readequação das atividades da distribuidora, certamente surpreendeu a empresa autora, violando o princípio da boa-fé contratual, pois a extinção do negócio jurídico poderia ter sido discutida com a demandante com antecedência, concedendo-lhe um tempo maior para que esta pudesse reorganizar as suas atividades antes de perder a condição de distribuidora dos produtos fornecidos pelas rés.” (...) “Assim, firmei convicção que as rés deveriam ter procedido à notificação da autora com no mínimo 03 (três) meses de antecedência - considerado o período de duração do vínculo negocial, antes de extinguir o contrato, para que a demandante pudesse se adaptar à nova realidade e reorganizar suas atividades.”.

4.6 Ausência de aviso prévio e pretensão de cláusulas de não indenizar

Os pactos de distribuição, como já exaustivamente tratado, encetam vínculos marcados pela incidência de dependência econômica. Se não presentes tais elementos quando da feitura contratual, normalmente tal condição é verificada ao longo da vida contratual, na medida em que tais pactos, relacionais, envolvem relações duradoras e, de alguma forma, vinculantes a uma das partes; normalmente, ao distribuidor.

Na ausência de tipo legal que discipline o contrato de distribuição, são-lhes aplicáveis as regras estipuladas pelas partes, desde que não derroguem lei e que convivam com os princípios gerais dos contratos, inclusive os da boa-fé e da função social dos contratos.

Cada vez mais frequentemente é observado, no bojo dos instrumentos contratuais reguladores de tais relações comerciais, a presença de cláusulas expressas retirando de uma, ou mesmo de ambas as partes, o direito de buscar indenização por perdas e danos. Normalmente, os contratos estabelecem autorizações para práticas lesivas e, no seu próprio texto, fazem impor que tais atos não são lesivos e danosos e, suas práticas, não permitem a busca por eventuais indenizações.

Entende-se, ainda que em casos de bilateralidade, ou seja, em que a cláusula atinja ambas as partes, que tais previsões não podem prosperar. Não se defende aqui o esvaziamento da força da autonomia privada, mas, efetivamente, especialmente em vínculos envolvendo relações de dependência, sua análise à luz de tais condições.

Os contratos de distribuição comercial, como muito bem colocado por Garbi⁵³¹, não se adequam aos muros das matrizes do dualismo do direito contratual, nem sendo contratos B2B (*business to business*), nem, noutro extremo, B2C (*business to consumer*). Normalmente, verifica-se, em tais ajustes, uma assimetria de forças e uma vulnerabilidade de uma das partes à outra.

As cláusulas de não indenizar, em tais pactos, postas tais circunstâncias fisiológicas da distribuição comercial, apresentam-se, pensa-se, inaplicáveis, relevando-se, na

⁵³¹ GARBI, Carlos Alberto – Op. Cit., n. p.

verdade, em um obstáculo à parte de buscar um direito quando se sentir lesada e, assim, garantir a própria reparação do dano, no caso em concreto⁵³².

Tal imperatividade, como elemento de justiça contratual, tempera e molda a autonomia privada para preservar a unidade do ordenamento jurídico, evitando distorções que, sob a aparente afetação privada dos entes contratantes, culminem por macular toda a coletividade.

Não há, pois, como se admitir pertinente e válida cláusula de derrogação antecipada de aviso prévio ou de indenização substitutiva. O que difere, por óbvio, de renúncias parciais e totais, ou quitações, quando realizadas contemporaneamente ao evento.

É, inclusive, por tal motivo que o Art. 19º da Directiva do Conselho nº 86/653/CEE, de 18.12.86, dispõe que as partes não podem, antes da cessação do contrato, derrogar o disposto nos artigos 17º e 18º em prejuízo do agente comercial (no Art. 17º, encontra-se prevista a indenização de clientela). É exatamente esse o regime que decorre do disposto no Art. 809º do Código Civil português.

Pode ser de interesse da parte denunciada a inexistência de aviso prévio. A antecipação, contudo, dessa perspectiva à fase negocial ou mesmo de concretização do contrato, revela-se, pensamos, abusiva, notadamente quando em causa o poder econômico da contraparte.

Plenamente possível, entende-se, que a renúncia a qualquer direito ocorra, voluntária e espontaneamente, após o encerramento do pacto contratual ou conjuntamente ao mesmo. Antes do seu fim, contudo, entendemos inderrogáveis.

A irrenunciabilidade e a cogência⁵³³ do aviso prévio e de direitos indenizatórios das partes são, portanto, relativos, pois só vigoram até o encerramento do pacto firmado entre

⁵³² Vide, nesse viés, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, proferido no AgRg no RESP 1.224.400-PR, j. em 04.09.2012, com relatoria da Min. Isabel Gallotti.

⁵³³ Vide, por todos, Cunha, para quem: "(...) o carácter de ius cogens dos preceitos referidos (arts. 33º e 34º) só impõe a impossibilidade de uma renúncia antecipada, ou seja, de uma renúncia anterior à cessação do contrato, que marca o momento da aquisição do direito de clientela. É apenas até esse instante que se poderá fazer sentir sobre a decisão abdicativa do agente o efeito negativo da assimetria ou disparidade pressuposta e combatida através da imperatividade da norma. Uma vez cessado o contrato, o agente «retoma» a plena autodeterminação que lhe havia sido preventivamente subtraída: poderá não só deixar escoar o prazo imposto pelo art. 33º nº 4, para o exercício do direito à indemnização de clientela (o que determina a sua extinção por

as partes. Quitações e renúncias posteriores devem sim ser admitidas, uma vez que não incide, sobre tal decisão, mais o peso de uma relação contratual ativa e, por conseguinte, eventual temor reverencial⁵³⁴.

4.7 Prazo do aviso prévio. Enquadramento legal, elementos e critérios

4.7.1 Aviso Prévio e seu contexto histórico

Desde os remotos tempos de 1850, quando foi publicado, no Brasil, o Código Comercial, tal diploma já cuidou de tecer considerações acerca do aviso prévio contratual, como forma de garantir, à contraparte denunciada, prazo mínimo para o reordenamento de suas atividades.

Especificamente, o art. 81 da revogada Lei nº 556 de 25 de junho de 1850, mencionava que “Não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação.”.

Embora nitidamente um arcabouço, a legislação, sem maiores evoluções que, atualmente, se fazem absolutamente necessárias para se estabelecer o melhor critério de apuração do prazo de aviso-prévio, já trouxe previsão da necessidade de um aviso prévio aos casos de resilição do contrato firmado por prazo indeterminado.

O também revogado Código Civil Brasileiro de 1916, Lei n. 3071, de 01 de janeiro de 1916, na seção destinada à locação de serviços, trouxe, pelo art. 1221, expressa menção à necessidade de aviso prévio para o encerramento dos ajustes firmados a esse título.

caducidade) como poderá acordar livremente com o principal o montante a receber a título de indenização de clientela.”. CUNHA, Carolina – Op. Cit, p. 349.

⁵³⁴ Sobre o tema, vide Acórdão do Tribunal de Relações do Porto, no processo 3977/04.3TBMTS.P1, rel. Pinto de Almeida, j. em 30/06/2011, nos termos do qual: “III - Não tendo sido convencionado pré-aviso, para a denúncia do contrato deve ser exigida uma antecedência mínima razoável, apurada face às circunstâncias do caso concreto, considerando especialmente a necessidade de amortização do investimento realizado pelo concessionário.” E, mais adiante: “Por conseguinte, não se tratando de uma renúncia antecipada, o direito peticionado de indenização não é indisponível”.

No mesmo molde, a Lei n. 62, de 05 de junho de 1935, com viés laboral, por seu artigo 6º, dispôs que

O empregado deverá dar aviso prévio a empregador com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço.⁵³⁵.

Num contexto histórico-mundial, há relatos de aplicação do aviso prévio desde a Idade Média, por meio das associações corporativas. No período liberal, em que se defendia a plena autonomia entre as partes contratantes, sem qualquer tipo de intervenção social, mais especificamente no período da Revolução Francesa, o aviso prévio perdeu espaço de incidência, retornando, já no século XX, com a transição do modelo liberal das relações contratuais para o contexto atual, de possibilidade de intervenção do Estado para evitar que a ocorrência de abuso e do esmagamento do direito da parte contratual economicamente mais fraca⁵³⁶.

Atualmente, o aviso prévio compõe a fisiologia do programa dos contratos firmados por prazo indeterminado, deles não se podendo afastar, e, como função principal, visa evitar a surpresa da ruptura do contrato e, com isso, permitir o realinhamento das atividades econômicas do contratado denunciado, evitando, ou assim tentando, a ocorrência de sua bancarrota.

⁵³⁵ Vide, nesse sentido, NASCIMENTO, Amauri Mascaro – Curso de direito do trabalho, p. 567-568.

⁵³⁶ Vide, nesse sentido, GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson – Curso de direito do trabalho, p. 355.

4.7.2 Enquadramento legal no Brasil

Sobre o citado tema, é preciso alinhar, desde o exórdio, que, a despeito da eventual defesa, em tese, da aplicação analógica dos regramentos do contrato de agência como paradigma à distribuição comercial, diante da proximidade e similitude entre os tipos contratuais, entende-se não ser o caso, no ordenamento jurídico brasileiro, quando em trato a figura do aviso prévio.

Inicialmente porque, embora a legislação da agência, no Brasil, preveja prazos (Art. 710 e ss do Código Civil) para a concessão do dever prévio de avisar do fim do interesse de permanecer contratado, não cabe cogitar sua aplicação analógica aos contratos de distribuição comercial por possuir, na regra geral do Código Civil, norma específica que regule o tema, qual seja, e como já apresentada, a do Art. 473 do *Codex*^{537,538}.

Cogitável seria o uso do regime da analogia apenas na ausência de norma que regule a matéria. Uma vez existente regulação específica, descabe qualquer incidência da via

⁵³⁷ A jurisprudência brasileira corrobora com o entendimento suso esposado, senão vejamos: “Recursos de Apelação – Contrato de compra e venda de recarga de telefonia do serviço móvel pessoal pré-pago – resilição unilateral pela requerida TIM CELULAR S/A – alegação de abusividade na denúncia por inobservância do prazo mínimo do art. 720 do CC/02, que disciplina os contratos de agência e distribuição, causando prejuízos indenizáveis – sentença de parcial procedência – inconformismo de ambas as litigantes - contrato dos autos que ostentava a natureza jurídica de distribuição-intermediação e não de distribuição-aproximação – contrato atípico não submetido à regulamentação civil, exclusiva à segunda espécie contratual indicada – jurisprudência e doutrina especializadas – regularidade da denúncia contratual que, por consequência, deve ser analisada à luz do regramento geral do art. 473, caput e parágrafo único do Código Civil”(TJ-PR - APL: 16052678 PR 1605267-8 , Relator: Denise Kruger Pereira, Data de Julgamento: 12/04/2017, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2021 05/05/2017). No mesmo sentido, vide Ac. do TJ/SP no AI n. ° 2134534-17.2018.8.26.0000, j. em 29.08.2018, rel. Des Fábio Tabosa; Ac. do TJ-SP na AC 1000709-72.2018.8.26.0071, j. em 04/06/2019, rel. Des Ana Catarina Strauch.

⁵³⁸ De se considerar outrossim, se seria o caso (embora, como dito, no Brasil, essa discussão é esvaziada por conta de regramento próprio ao aviso prévio dos contratos em geral) de se aplicar os prazos mínimo da agência à distribuição. Pensamos que, nessa situação, embora mais especificamente tratado adiante, a utilização dos regramentos da agência poderia não alcançar os objetivos do pré-aviso, a considerar, fundamentalmente, o sabido maior volume de investimentos que realiza o distribuidor face ao agente, demandando, de tal arte, um maior período para a reordenação de suas atividades. No mesmo sentido, embora que ao tratar do regime da franquia, é a lição de Vasconcelos, para quem: “(...) no que diz respeito aos prazos mínimos de pré-aviso já não é possível a aplicação analógica das normas do Dec.-Lei n. 178/86, de 3/7. Na realidade, o contrato de franquia implica normalmente investimentos de ordem superior aos da agência: daí os prazos de pré-aviso terem, em geral, de ser bem mais longos.”. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 114. Por sua vez, em sentido contrário, vide Vieira, para quem: “A analogia justifica-se perfeitamente. Os prazos de agência serão aplicáveis à concessão comercial.” Faz, contudo, uma ressalva a seguir: “Com efeito, embora o problema se suscite com mais acuidade em relação ao concessionário, dado, normalmente, impender sobre ele a maior fatia do investimento realizado, nem por isso os seus parâmetros deixam de abranger os dois contraentes.”. VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 122.

integrativa da analogia. Carece, pois, *in casu*, de premissa anterior básica à utilização da via analógica, qual seja a omissão legislativa sobre o tema⁵³⁹.

As regras do Código Civil, em seu Capítulo XII, Da Agência e Distribuição, não compreendem, como demonstrado alhures⁵⁴⁰, qualquer positivação legal à distribuição. Trata-se, no caso, de previsão de agência qualificada pelo fato do agente dispor do produto, e não do tipo contratual de distribuição comercial. Este, como contrato atípico, no Brasil, para o aviso prévio, socorrer-se-á da norma prevista aos contratos em geral, qual seja o Art. 473 do Código Civil.

Somado a isso, não se pode deixar de pontuar que, embora similares em diversos pontos, quanto a esse específico aspecto, as diferenças estruturais em relação aos tipos da agência e da distribuição impedem o uso da analogia. Isso porque são modelos que divergem, em absoluto, entre si, quanto ao volume de investimentos realizados. Transferir, numa mera aplicação automática, o regramento da agência à distribuição tende a ser inservível, dado o maior volume de investimentos que esse último realiza, necessitando, para sua desmobilização, de um maior tempo de aviso prévio que carece o agente.

Diante do exposto, em harmonia com a melhor doutrina e jurisprudência brasileira, aos contratos de distribuição comercial, atípicos, não se aplica, no que atine ao aviso prévio, a sistemática da agência – simples e qualificada – mas, na verdade, o próprio regime estabelecido pelo Código Civil Brasileiro aos contratos em geral, normatizado pelo Art. 473.

E, no que toca ao art. 473 do Código Civil como regramento para a determinação do prazo de aviso prévio, é preciso que se pontue críticas importantes. A ausência de qualquer indicação de prazo mínimo ou, noutra ponta, de prazo máximo, entrega apenas ao critério da razoabilidade, muitas vezes olvidada, pelos naturais interesses divergentes entre as partes contratantes, a definição do prazo de aviso prévio.

Caberia, entende-se, à legislação estabelecer algum limite mínimo – e, pensamos, máximos –, aos referidos prazos, murando, e, assim, protegendo, as partes na incidência de

⁵³⁹ É exatamente o que determina o art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

⁵⁴⁰ Item 1.5.1.

sua autonomia de vontade. Facilitaria, desse modo, a atuação os contratantes e, outrossim, a atividade dos Magistrados, tanto no sentido de colaborar nos julgamentos, quanto na redução do ativismo judicial sobre a referida temática.

A *ratio* para a não previsão de prazos mínimos pode estar no fato de que o art. 473 estabelece regra a todos os contratos atípicos, nesse quesito, de forma que, para pluralidade de tipos contratuais afetados pela normativa, eventual indicação de prazo definido poderia não ser a mais apropriada a determinada espécie de pacto. Seriam, pelo texto legal, os elementos casuisticamente indicados na situação concreta, os que melhor definiriam o prazo de aviso prévio.

De todo modo, ainda assim, a previsão de prazo mínimo, como critério de razoabilidade mínima, conferiria às relações negociais afetadas pelo art. 473 maior segurança jurídica e, ainda, maior motivação para a atuação das partes, que estariam mais protegidas contra uma ruputura contratual abrupta.

4.7.3 Aviso prévio nos Contratos de concessão comercial em Portugal

No que tange aos prazos de aviso prévio incidentes sobre as denúncias de contratos de concessão comercial em Portugal, é de se cogitar se as regras da agência, a considerar a diferença fisiológica entre os tipos contratuais, revela-se compatível para o uso da via da analogia, ou, por outro lado, se é o caso de serem utilizados critérios outros, fora do espectro legal da agência.

Como sabido, os arts. 28.º e 29.º do D.L n.º 178/86 disciplinam os prazos mínimos de aviso prévio incidente sobre os contratos de agência. Nesse aspecto, o legislador português fez prever prazos mínimos ⁵⁴¹ à garantia do ajuste, permitindo às partes e ao próprio Estado-

⁵⁴¹ Sobre o tema, Monteiro apresenta crítica à legislação portuguesa, por entender, em seu ponto de vista, que os prazos mínimos indicados na norma da agência são demasiadamente curtos. Destaca o homenageado professor português que “(...) o legislador português foi infeliz ao consagrar tempos mínimos de pré-aviso demasiadamente curtos, não tendo aproveitado a possibilidade que a Directiva dava de estabelecer prazos mais alargados, sendo este um ponto em que o legislador de 93 não seguiu a nossa proposta: (...)”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 54.

juiz definirem, concretamente, qual o melhor prazo que orna com o panorama fático, circunstancial e de investimentos daquela relação contratual específica⁵⁴².

Cabe, contudo, verificar se as regras de pré-aviso para a agência, especialmente por conta dos prazos mínimos previstos pelo art. 28º do Dec.-Lei 178/86, são extensíveis ao âmbito de distribuição.

Embora similares, sabe-se que os tipos da agência e da distribuição não são, por óbvio, idênticos, com diferenças particularmente relevantes no que tange, entre outras coisas, ao volume de investimentos necessários à realização da respectiva atividade econômica. Via de regra, a distribuição comercial exige, por parte do distribuidor, muito mais investimentos que os exigidos ao agente para a realização da agência⁵⁴³.

Sem contar ainda, e nesse ponto a diferença entre os tipos contratuais em questão é ainda mais evidente, que o distribuidor comercial (concessionário), como revendedor, compra os produtos para venda posterior e, inevitavelmente, dispõe de estoques internos. A considerar o nível de integração vertical entre fabricante e distribuidor, esses estoques podem ser enormes.

O agente, por sua vez, não possui estoque próprio, apenas intermediando a atividade de venda para o principal. O prazo de pré-aviso ao distribuidor deve ser suficiente para, entre outras coisas, permitir que seu estoque seja posto no mercado, sob pena do mesmo amargar, mais ainda, prejuízos do fim da relação contratual. Para o agente, como dito acima, essa preocupação inexistente.

⁵⁴² “Art. 28 Decreto-Lei 178/86:

1- A denúncia só é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado e desde que comunicada ao outro contraente, por escrito, com a antecedência mínima seguinte:

- a) 30 dias, se o contrato durar há menos de seis meses;
- b) 60 dias, se o contrato durar há menos de um ano;
- c) De três a doze meses, se o contrato durar há mais de um ano, conforme a sua importância, as expectativas das partes e as demais circunstâncias do caso.”

⁵⁴³ Vide, nesse sentido, Ac. da 2ª Secção do STJ português no processo 1212/12.0TBSTS.P1.S1, j. em 24.05.18, rel. Alvaro Rodrigues, *verbis*: “Enquanto no contrato de agência a atividade do agente não é independente e age em nome do principal que, verdadeiramente, negocia os contratos com os clientes que o agente angaria, na distribuição autorizada, aliás, como na concessão comercial, o distribuidor é dono do negócio, atua por conta própria e risco, o que implica, por via de regra, investimentos de maior vulto, suportados por ele, mais do que os investimentos que normalmente estão a cargo do agente.”

Ademais, ainda que não seja vedado ao distribuidor a venda do seu estoque, após o encerramento do vínculo, tal autorização não afasta o risco do seu prejuízo e a necessidade do aviso prévio contemplar tal preocupação.

Uma vez desençada a relação contratual, há de convir que a estrutura e até o poder de venda e capilarização do distribuidor deve diminuir, na medida em que, certamente desidratará sua equipe, por não mais possuir contrato ativo, e, além disso, passará a concorrer com o novo distribuidor cadastrado pelo fabricante.

Sem contar ainda que, considerando que não realizará novas vendas, posto que o pacto de distribuição findou, o risco de inadimplemento dos compradores dos produtos é muito maior.

Especialmente aos casos, talvez até menos comum, diante do espírito colaborativo da distribuição comercial, em que a denúncia ocorre com menos de seis meses e, outrossim, de um ano de contrato, os prazos de pré-aviso são muito curtos, e não se prestam nem a permitir a reorganização das atividades do distribuidor, nem mesmo permitem receita mínima a justificar o desenlace com as suas despesas de pessoal envolvido na operação e a mínima amortização dos seus investimentos.

Existe um custo de mobilização, para o início das atividades de distribuição que, apesar da curta vigência contratual, não autorizam, por si, um esmagado período de pré-aviso. A ponto de defendermos que um contrato com vigência de 01 (um) mero mês necessita de mais que 01 (um) mês de pré-aviso.

Posto isso, apesar de acreditarmos que a formulação legal, no que toca à agência, é perfeita, por conta de suas raízes fisiológicas, sua extensão analógica ao campo da distribuição comercial não encontra encaixe nesse tipo contratual, sob pena, assim, de estar-se realizando distorções até maiores que as verificadas em face da omissão legislativa.

Nesse viés, Pinto Monteiro⁵⁴⁴ adverte que, no seu sentir, “(...) os tempos mínimos de pré-aviso fixados no Art. 28º não serão de aplicar, por analogia, aos contratos de concessão e de “franchising” (...)”⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 140.

E arremata, adiante:

Não tanto, ou não apenas, por se afigurarem demasiado *curtos*, mas também, e sobretudo, por estes contratos implicarem, via de regra, investimentos de muito maior vulto, suportados pelo concessionário e pelo franquiado, do que os investimentos que normalmente estarão a cargo do agente. Assim, ter-se-á que apurar, em cada caso, qual a antecedência razoável, em face das circunstâncias, para que a denúncia possa ser exercida licitamente.

De fato, é preciso, considerar as situações casuísticas de cada relação entelada, evitando, assim, a ocorrência de injustiças e, nesse sentido, o não cumprimento da finalidade que fundamenta o instituto do aviso prévio, de permitir a reorganização e o redirecionamento das atividades da parte denunciada.

A opinião, contudo, não é unanimemente aceita. José Alberto Vieira⁵⁴⁶, ciente da acuidade com que deva ser analisada a questão, permanece defensor da aplicação analógica entre os tais tipos contratuais. Há, também, jurisprudência nesse sentido.

Ciente da complexidade do tema, somos instados a seguir a opinião de Pinto Monteiro e, entre outros, Pestana Vasconcelos. A previsão de prazos mínimos da agência não

⁵⁴⁵ Em igual sentido, vide David, para quem: Assim sendo, a especialidade introduzida, a este propósito, pelo regime da agência diz respeito à delimitação dos prazos mínimos de pré-aviso a observar pelas partes. Prazos esses que foram encurtados pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril (em conformidade com a Directiva n.º 86/653/CEE), e cuja aplicação analógica aos contratos de concessão comercial tem, por isso, sido recusada pelas mais recentes doutrina e jurisprudência. Uma posição com a qual se concorda, por se considerar também que, face aos avultados investimentos acarretados pelos concessionários neste tipo de contratos, tais prazos serão excessivamente curtos para que as partes se possam preparar para a cessação da relação comercial e para os efeitos desta na sua actividade económica. DAVID, Mariana Soares – Op. Cit., p. 898.

⁵⁴⁶ Vieira, para quem: “O pré-aviso deverá ser emitido num período de tempo razoável. A agência contém um regime específico [art. 28.º, n.º 1, als. a), b) e c)]. A analogia justifica-se perfeitamente. Os prazos da agência serão aplicáveis à concessão comercial.” Vide, nesse sentido, Ac. da 1ª Secção do STJ português no processo 391/06.0TBBNV.E1.S1, j. em 12.07.18, rel. Acácio das Neves, senão vejamos: “III - O distribuição exclusiva durante 5 anos e meio pela autora e a denúncia unilateral e sem aviso prévio do contrato, justificam a aplicação, por analogia, do arts. 28.º e 29.º do D.L. n.º 178/86, de 03-07, e a condenação da ré a indemnizar à autora pela denúncia sem pré-aviso.”. VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 122.

atinge ao mínimo basal de prazo de aviso prévio que um distribuidor precisa para reorganizar suas operações, buscar novos parceiros e arcar com os custos de sua desmobilização.

4.7.4 Elementos e critérios da definição do prazo do aviso

Estabelecido o dever e a imposição, aos casos de denúncia contratual, de se garantir, como norma geral de conduta, aviso prévio ao encerramento contratual quando da decisão imotivada e unilateral de um contratante de encerrar o pacto, bem como definidas as bases normativas e principiológicas sobre as quais se escora referido direito, imperioso traçar as linhas gerais acerca da fixação do prazo razoável à fixação desse pré-aviso.

É de cristalina verdade que cada pacto carrega uma infinidade de elementos fáticos, próprios e particulares, que antecipam à própria pactuação, perduram durante sua vida e remanescem após o seu desfecho, capazes de influenciar diretamente na estipulação do prazo razoável de aviso prévio.

O texto legislativo pode indicar um norte, uma referência, ou mesmo um prazo mínimo, mas sempre será possível uma verificação pontual das situações que envolvem a relação pactuada para, no caso concreto, ser definido o prazo razoável que se espera garantir pelo aviso prévio.

Especialmente se tivermos em causa contratos de colaboração, que regem pactos duradouros, com previsões sobre o futuro, regendo, muito além do que uma relação de negócios, uma relação entre as partes. É impossível, em contratações desse estilo, ter um controle pleno do futuro, ou conseguir prever como se comportará o contexto da relação entre as partes⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Vide, nesse sentido, Forgioni, para quem: “Os controles colaborativos tem a se estender no tempo; seu aspecto associativo faz com que a relação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, (...). Neles, busca-se mais a disciplina de questões futuras. (...) E arremata, mais adiante: (...) é impossível deter todas as informações sobre o negócio e sobre o seu contexto, inclusive futuro. Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais haverá o controle do porvir.” FORGIONI, Paula Andrea – Contratos empresariais, p. 196/203. No mesmo sentido, vide COSTA, Mariana Fontes de – Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos contrastos bilateralmente comerciais. Porto: Almedina, 2017, p.26-27

Não há dúvidas, contudo, que excetuadas situações de exercício abusivo de dependência econômica, a fixação do prazo de aviso prévio, cientes das dificuldades acima anunciadas, deve ser objeto de definição conjunta dos contratantes, e, como tal, respeitado e soberano, levando em conta diversos aspectos, desde a natureza, se idiossincráticos ou não, os investimentos a serem realizados pela parte, se facilmente comutáveis em outro negócio, as características e até o vulto dos investimentos.

Por óbvio, situações de desequilíbrio na fixação do prazo, seja porque houve imposição de uma das partes, seja pela dominância do agente economicamente poderoso, seja ainda pelo fato da situação real incidente ao caso demonstrar a inaplicabilidade do prazo como justo e razoável àquela situação particular, autorizam a intervenção do Estado-Juiz para corrigir tal injustiça.

A autorregulamentação privada, entre as partes, não admite a flexibilização do dogma da boa-fé objetiva, matéria essa de ordem pública e de aplicação cogente a tais vínculos contratuais.

A impossibilidade de se presentificar o futuro, cuja concretização não se pode garantir como ocorrerá, admite, pensamos, uma relativização – casuísta, cirúrgica e desde que necessária - da estratificação do prazo de aviso prévio alinhado pelos contraentes, quando da fase negocial do pacto.

A garantia de um aviso prévio adequado ao caso concreto é imposição da solidariedade contratual e da justiça comutativa. É a coação ao abuso do direito. E nesse sentido, é sabido que o prazo do aviso prévio possui mais de uma função. Pelo aviso prévio justo e adequado se garante tanto um ordenado desenlace das obrigações, despesas e investimentos contraídos pelo contraente denunciado⁵⁴⁸, bem como, ainda, permite o redirecionamento das atividades da parte denunciada.

É o prazo por meio do qual a parte resilida finaliza as atividades decorrentes do contrato que mantinha e, ainda, busca a reorganização e o redirecionamento de suas atividades, buscando novos mercados, novos parceiros, ou mesmo diversificando suas

⁵⁴⁸ Vide, nesse sentido, o Acórdão proferido no RESP 972.436/BA, j. em 12.06.2009, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, nos termos do qual: “Assim, a solução que melhor se amolda ao presente litígio é permitir a continuidade do negócio durante prazo razoável, para que as partes organizem o término de sua relação negocial. O prazo dá às partes a possibilidade de ampliar sua base de clientes, de fornecedores, e de realizar as rescisões trabalhistas eventualmente necessárias”

atividades empresariais e, ainda, porque não, liquidando os bens utilizados para a execução contratual durante sua vigência⁵⁴⁹.

Mas não só isso. É, pelo aviso prévio, que se garante, caso necessário, em última análise, pois necessariamente nele se converte, o cumprimento ao prazo estabilizador, garantindo a amortização mínima dos investimentos realizados pelo contratante para atender ao contrato.

Dita amortização, por sua vez, depende, inexoravelmente, da natureza dos investimentos realizados, se facilmente comutáveis ou não, se recuperáveis ou não, bem como, sem dúvidas, ao momento em que foram contraídos.

Quanto maior for o espaço de tempo entre a realização do investimento e o encerramento do vínculo, maior será a possibilidade de ter sido garantido o prazo estabilizador⁵⁵⁰.

A objetivação, por qualquer critério que se escolha, do prazo justo e razoável, previamente definido, do pré-aviso, fadará ao insucesso⁵⁵¹. São as partes, pensamos, quem melhor definirão o prazo correto, cientes, contudo, que diversos elementos ocorridos na vida do contrato, por vezes desconhecidos quando da assinatura do ajuste, contribuirão para a definição mais justa do prazo em concreto.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, ou os árbitros em eventual arbitragem, desempenham um papel fundamental na busca do equilíbrio e na correção das injustiças tão comumente observadas quanto a esse tema.

⁵⁴⁹ Bonini, sobre o tema, destaca: “(...) visa, em termos finais, evitar ou diminuir os prejuízos advindos do fim da relação contratual, dando tempo suficiente para a outra parte se preparar para os efeitos econômicos da extinção, vendendo estoques, buscando novos mercados e parceiros comerciais, além de e eventuais reprogramações de produção e pessoal, dentre outras medidas.”. BONINI, Paulo Rogério – Relações civis-empresariais, p. 192. No mesmo sentido, vide Costa, para quem: “(...) o aviso prévio, cuja antecedência adequada se apura, tendo as circunstâncias de cada situação concreta, com o objetivo de evirta à contraparte desvantagens não razoáveis.”. COSTA, Mario Julio de Almeida – Op. Cit., p. 289.

⁵⁵⁰ Theodoro Jr, sobre o tema, esclarece que a eficácia da rescisão unilateral levada a efeito pela requerida depende da análise da razoabilidade do prazo concedido: “A razoabilidade ou não do prazo entre a denúncia e a rescisão do contrato há de ser sopesada, tendo em conta, entre outros fatores, a duração do vínculo contratual e a relevância econômica maior ou menor da avença em relação à atividade negocial do distribuidor (...)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto – Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial, p. 11/14.

⁵⁵¹ Viégas, para quem: “Tantas e tão variadas podem ser as relações contratuais suscetíveis de denúncia que a definição de um único prazo em caráter geral e abstrato certamente se relevaria inadequada à maior parte dos casos (...)”. VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 155-156.

Se a definição do prazo de pré-aviso é matéria de incidência e aplicação da autonomia privada, entende-se que sua moderação casuística⁵⁵² deve ser feita pelo Estado-Juiz⁵⁵³, eis que, mais do que as próprias partes, que, quando da determinação do prazo, não continham informações e fatos suficientes à indicação do prazo que, depois, se afiguraria injusto, tem todos os dados e elementos para evitar prejuízos e, porque não, a quebra do contratante denunciado⁵⁵⁴.

Embora, admita-se, seja um elemento de necessária análise e consideração o fato da parte voluntariamente ter aderido à estipulação de um prazo de pré-aviso quando da assinatura contratual, autogerindo os riscos de uma denúncia contratual, não se pode tratar como absoluta verdade e obrigatória aceitação que tal prazo atende ao princípio, casuisticamente analisado, da boa-fé.

Situações futuras, até impensadas quando da concretização contratual, podem apontar que o prazo então entabulado não cumpre o papel, o escopo do prazo de denúncia, de “(...) conceder ao notificado um período razoável para que se efetive a extinção do contrato, durante o qual serão ultimados os contratos pendentes, colocado o estoque, resolvidas as questões trabalhistas, fiscais e administrativas, etc (...)”⁵⁵⁵.

Em sentido contrário, outrossim, o prazo do aviso prévio deve ser razoável também para o denunciante, sob pena de se esvaziar o seu direito potestativo de encerrar o contrato. Como dito alhures, a eternização de vínculos contratuais não atende aos anseios de liberdade constitucionalmente estabelecidos.

De fato, havendo prefixação de um prazo do aviso prévio pelas próprias partes contratantes, cabe a elas, ou mesmo a quem for chamado a tutelar tal relação, verificar se

⁵⁵² Sobre o tema, Tepedino, Barboza e Moraes destacam que: “(...) a opção pela generalização trouxe em seu bojo a indeterminação do prazo, não fixado em bases legais. Tal prazo deve ser fixado em bases casuísticas”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Helena Bodin de – Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, p. 117. No mesmo sentido, Viégas, para quem: “(...) se reconheça, tanto em doutrina, quanto em jurisprudência, que a fixação de prazo razoável se efetua em bases casuísticas (...)”. VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 181.

⁵⁵³ Ou os árbitros, no caso de eleição da arbitragem como forma de solução de conflitos.

⁵⁵⁴ No mesmo sentido, vide Ac. da 2ª Secção do STJ português no processo 1212/12.0TBSTS.P1.S1, j. em 24.05.18, rel. Alvaro Rodrigues, *verbis*: Ter-se-á que apurar, assim, em cada caso, qual a antecedência razoável, em face das circunstâncias de cada caso, para que a denúncia possa ser exercida licitamente. Entre as circunstâncias a ter em atenção contam-se, muito especialmente, os investimentos que o distribuidor haja feito, maxime se incentivados ou consentidos (expressa ou tacitamente) pela contraparte, e o tempo necessário para a respetiva amortização.

⁵⁵⁵ AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de – Op. Cit., p. 365.

aquele prazo atende ao critério de razoabilidade que dele se espera para que o seu escopo seja efetivamente cumprido.

Apenas e tão somente nas situações em que o conjunto fático envolto na relação contratual exigir o elastecimento desse prazo, é que se deve cogitar a alteração. Pensa-se que, na partida, o intérprete deve analisar se o prazo definido no regulamento contratual atende aos fins teleológicos do art. 473 do Código Civil Brasileiro.

O intérprete, nesse aspecto, voltando seu olhar sobre a relação contratual concretamente em análise, realiza a análise tópico-sistemática da problemática envolvida na quaestio, e ponderando todos os elementos fáticos ali envolvidos, através do uso da razoabilidade, como metanorma⁵⁵⁶, faz valer a boa-fé contratual na relação pontualmente em exame.

O critério da razoabilidade, também, no Código Civil Brasileiro, previsto para o aviso prévio referente aos contratos de agência, ex vi do art. 720 do citado diploma, como método do sistema da ponderação, vem substituir e, porque não, ultrapassar e aposentar o sistema da subsunção como método hermenêutico a tais temas.

A dogmática da razoabilidade, como critério à fixação do melhor prazo de aviso prévio, casuisticamente moldado, à situação contratual estabelecida é, sem soçobro de dúvidas, nova veste do princípio da segurança jurídica, e funda-se, concretamente, no balanceamento entre os interesses dos contratantes em conflito.

Razoabilidade que, como método, não dispensa sua fundamentação e motivação pelo intérprete. Tanto a ponderação quanto, no mesmo viés, o uso do preciso e cirúrgico remédio para combater eventual lesão ou patologia, exigem sua fundamentação. O exercício razoável do controle funcional da denúncia impõe ao intérprete o cotejamento entre os fatos que envolvem a relação contratual casuística com o pré-aviso previsto em contrato, para, a partir daí, verificar se, em face de tais elementos, faz-se necessário o congelamento pontual da denúncia e a dilação da vigência do contrato. O resultado dessa análise, em decisão, impõe sua fundamentação, a partir de todos os elementos considerados para a fixação do prazo de aviso prévio.

⁵⁵⁶ Ou postulado normativo aplicativo, no sentido de norma que irá regular e estruturar a aplicação de outras normas, como bem coloca VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 173.

Nesse sentido, no tocante ao processo de interpretação e, por consequência, da fundamentação argumentativa das decisões judiciais, valiosa a lição de Perlingieri⁵⁵⁷, para quem:

A teoria da interpretação (...), assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individualizar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do caos legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores e os interesses considerados normativamente prevalescentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Para além do acervo fático que circunda a relação pactuada, a fixação do prazo de pré-aviso, para revelar-se razoável, deve considerar, outrossim, o critério longevidade do contrato⁵⁵⁸. Por óbvio, quanto mais longo o pacto, mais natural que se presuma e se expecte sua continuidade⁵⁵⁹. Ademais disso, e nessa mesma toada, quanto mais longo o vínculo, mais complexo e difícil o processo de desenlace da relação e de ajustamento e adaptação do negócio com novos parceiros.

⁵⁵⁷ PERLINGIERI, Peiri – O direito civil na legalidade constitucional, p. 222-223.

⁵⁵⁸ O critério “tempo do contrato” também deve ser considerado para fins de compreensão do razoável prazo estabilizador ao caso concreto. Nessa perspectiva, contudo, via de regra, a lógica é reversa da que incide sobre prazo de pré-aviso. Quanto maior a duração do contrato, mais tempo teve a parte de, via de regra, amortizar seus investimentos, lucrar com a operação, e, assim, atingir, financeiramente, seu escopo. Escaparia dessa lógica, contudo, situações em que, mesmo diante de vínculos longevos, há a solicitação e a realização de investimentos em período próximo à denúncia do pacto. Nesses casos, independente do tempo do contrato, com a realização do investimento, necessário se faz o decurso de novo prazo para que se amortizem referidos gastos.

⁵⁵⁹ Viégas, para quem: “Considera-se, em regra, que, quanto maior a duração do contrato, mais longo deve ser o período de pré-aviso, tendo em vista que a execução do contrato por extenso intervalo temporal acentuaria a expectativa de sua continuidade, a exigir maior intervalo de pré-aviso para preparar a extinção definitiva da relação contratual duradoura (...)”. VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 183.

Também por tal razão, Forgioni⁵⁶⁰ sustenta que o aviso prévio do Contrato de Distribuição deve ser de 01 (um) mês para cada ano em que as partes mantiveram relação contratual ativa.

Sobre o tema, importante fazer uma consideração. É comum, na vivência econômica prática, deparar-se com situações de fabricantes determinarem a limitação de contratos por determinados períodos. Muitas vezes é estratégia dos mesmos segregar um vínculo bastante longo em diversos contratos por períodos reduzidos, mesmo que firmados indeterminadamente.

Noutras situações, o fabricante exige até que o distribuidor abra novas empresas para firmar os novos contratos, tudo no intuito de evitar a configuração de um vínculo bastante longo e as consequências daí decorrentes; entre elas, sem dúvidas, a do prazo de pré-aviso. Entende-se, nesses casos, que a determinação do aviso prévio deve considerar toda a elasticidade dos vínculos entre as partes, e não apenas a última contratação.

A ocorrência de investimentos próximos ao momento da denúncia deve ser também ponderada como elemento de consideração da definição do justo aviso prévio. Isso porque a existência de investimentos em prazo insuficiente ao retorno econômico dos mesmos, exige, a par do que determina o art. 473 do Código Civil, que seja ofertado, sob a roupagem de aviso prévio, prazo estabilizador suficiente para a que a parte tenha a chance, a oportunidade de se recuperar⁵⁶¹ de tais gastos.

Fato, nesse viés, é que, com a necessidade de novos investimentos pela parte, independente do tempo de contrato já decorrido quando do gasto, nasce, do zero, novo prazo estabilizador, cujo cumprimento merece ser respeitado para que se inicie o prazo denúncia. A exigência, por uma das partes contratantes, de realização de investimentos pela outra, gera,

⁵⁶⁰ “A análise do problema restaria incompleta sem a notícia de que a jurisprudência brasileira, nos últimos tempos, parece inclinar-se à adoção do seguinte parâmetro para determinação do prazo razoável de aviso prévio: um mês para cada ano de vigência do contrato.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 315.

⁵⁶¹ Importante ressaltar que o prazo estabilizador não tem o condão de garantir o necessário retorno do investimento realizado pela parte, haja vista que o risco faz parte do negócio e é decorrente e ínsito à atividade de empreender. O que se faz necessário garantir é o decurso suficiente de prazo que oferte a chance, a possibilidade do empresário reaver, economicamente, os investimentos que aportou para o desenvolvimento do negócio. A avaliação para a fixação do período deve focar no prazo em si, se suficiente ou não a permitir a amortização dos gastos, e não, efetivamente, nos livros e balanços do investidor, eis que, diversos fatores que independem do mero decurso de tempo, podem ter contribuído para eventual insucesso na obtenção de tal retorno econômico. Nesse viés, vide VIÉGAS, Francisco de Assis – Op. Cit., p. 188. No mesmo sentido, FORGIONI, Paula Andrea - Contrato de distribuição, p. 311-312.

naturalmente, a justa expectativa de que o vínculo contratual se protrairá no tempo. A denúncia, antes de prazo suficiente para a recomposição do investimento, efetivamente, é postura contraditória e considerada abusiva.

Imprescindível, contudo, que tais investimentos guardem correlação direta com o objeto da atividade realizada, sendo aplicáveis na execução de seus serviços. O escopo do prazo estabilizador não é o de garantir decurso de período necessário para que a parte tenha reembolsada despesas faraônicas que volitivamente escolhe fazer, desassociadas ao mister de sua atividade, muitas vezes lastreadas em vaidades e deleites pessoais.

Um aspecto objetivo que efetivamente demonstra que o investimento tem ligação direta com a atividade é o fato da contraparte solicitar ou mesmo exigir⁵⁶² tais dispêndios. Ora, se a parte adversa, com quem o contratante mantém pacto colaborativo, exigiu a feitura de investimentos, torna-se óbvio que ela entende ser tal despesa necessária aos fins da atividade econômica exercida, sendo razoável a obediência de um prazo estabilizador.

Caso, contudo, tenha cabido unicamente ao investidor a análise da necessidade de se fazer tais investimentos, é preciso que se analise sua necessidade casuística, tendo, sempre em foco, que o empresário não tem, de regra, intenção de realizar investimentos e gastos, abrindo mão de liquidez, lucro ou de fluxo de caixa para suportar despesas desnecessárias.

Evidentemente que tudo o que ora se coloca aqui tem relação com pactos contratuais firmados por prazo indeterminado. A definição do que se entende por razoável prazo de pré-aviso ou do prazo estabilizador fazem sentido se em cotejo ajustes que vijam indeterminadamente.

Parece compreensível que não há de se falar de aviso prévio ou de prazo estabilizador se, em tese, o contrato tenha efetivamente encerrado pelo decurso do seu prazo originalmente estabelecido sem a exigência, por uma das partes, de novos investimentos ao longo do vínculo e sem, para eventualmente justificar tais exigências, garantias de prorrogação.

⁵⁶² O termo exigir aqui merece uma interpretação extensiva. Não se trata unicamente de forçar, obrigar, mas também um aconselhamento incisivo, insistente, de que sejam realizados tais gastos, a considerar a dependência econômica que normalmente se apresenta em contratos de distribuição comercial, cumprem o mesmo papel, entendemos nós, para o fim de aplicação do parágrafo único do art. 473 do Código Civil.

É de se compreender que o agente econômico tinha, quando do início da relação empresarial, a correta informação temporal quanto ao seu desfecho e calculou, ou, pelo menos deveria tê-lo feito, que durante e ao cabo daquele período atingiria a finalidade econômica do contrato que escolheu firmar. Se, por qualquer razão, o resultado econômico não lhe foi favorável, não se pode responsabilizar a contraparte desse insucesso, e nem mesmo esperar do Estado-juiz uma tutela nesse sentido. O risco faz parte e é indissociável da exploração da atividade empresarial empreendedora.

Diferente, porém, são os casos em que, sob a roupagem de vínculos firmados por prazo determinado, estar-se a tratar de uma relação firmada indeterminadamente, formalizada através de sucessivos pactos determinadamente estabelecidos. Muitas vezes, na prática, como dito alhures, verifica-se, inclusive, que, ao cabo dos contratos por prazo determinado firmados, o próprio fornecedor sugere que o distribuidor constitua nova pessoa jurídica, ainda que permaneça como sócio, para que essa sociedade empresária suceda o contrato de distribuição encerrado pelo decurso de prazo. O objetivo das referidas estratégias é, tão somente, limitar, ou querer passar essa ideia, o prazo da relação econômica mantida entre as partes, o qual terá direta relação, ou, pelo menos, como dito, deveria ter, com a fixação do aviso prévio e de eventuais indenizações decorrente ao encerramento contratual.

Pensa-se que, nesses casos, em que se verificam sucessivas prorrogações de contratos temporários com o mesmo objeto, de algum modo, com o mesmo agente econômico, o pacto deve seguir as mesmas orientações, para os fins de sua rescisão, de um contrato firmado por prazo indeterminado, pois, efetivamente, a indeterminação de prazo final era a natureza do ajuste, na medida em que, de regra, ambas as partes já expectavam, com o encerramento da vigência de cada pacto firmado, sua rápida prorrogação.

Noutro aspecto, entende-se que mesmo em casos de justa causa para rescisão contratual, é direito da parte lesada exigir aviso prévio da outra. A interrupção abrupta dessa relação econômica pode potencializar, mais ainda, o dano já experimentado pela parte lesada que, por tal motivo, pode exigir a continuidade contratual por período suficiente a viabilizar a substituição do parceiro econômico.

4.8 Posicionamento da jurisprudência brasileira sobre a temática do aviso prévio e prazo estabilizador

A jurisprudência, sobre o tema, é farta a nível de tribunais brasileiros, tanto no que tange ao prazo do aviso prévio, quanto ao próprio prazo estabilizador, que, embora não seja uma nomenclatura facilmente encontrada nos arestos, é matéria constantemente tratada pelos julgados.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em processo envolvendo uma empresa de cobrança judicial e extrajudicial, em face de uma instituição financeira, entendeu abusiva a denúncia do contrato, menos de 01 (um) ano depois da contratação, considerando que o contratante estava cumprindo os resultados expectados e atingindo as metas apresentadas, e, principalmente, em face de investimentos realizados pela parte em *software* (mais de R\$ 100.000,00) e em estrutura. Para a Corte brasileira, o investimento exigido faz nascer uma legítima expectativa à parte que realizou o dispêndio de continuidade contratual e, nesse sentido, é contraditório o ato de denúncia do pacto. Destaca o aresto que

Estando claro, nos autos, que o comportamento das recorridas, consistente na exigência de investimentos certos e determinados como condição para a realização da avença, somado ao excelente desempenho das obrigações pelas recorrentes, gerou legítima expectativa de que a cláusula contratual que permitia a qualquer dos contratantes a rescisão imotivada do contrato, mediante denúncia, não seria acionada naquele momento, configurado está o abuso do direito e a necessidade de recomposição de perdas e danos, calculadas por perito habilitado para tanto⁵⁶³.

⁵⁶³ STJ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.555.202, de 16 de março de 2017. Relator Ministro Luis Felipe Salomão.

Acerca da diferença entre prazo estabilizador e prazo de aviso prévio, merece destaque acórdão proferido em Recurso de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, objeto do Agravo em Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça de n. 1.040.165, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Pelo julgado, a Corte assevera que o prazo compatível a que se refere o Art. 720 do Código Civil é o prazo de duração do contrato e não do aviso prévio, fazendo questão de distinguir tais institutos, ratificando que o objetivo do prazo estabilizador é garantir a possibilidade de retorno dos investimentos realizados pela parte. O aresto em destaque, sobre o tema, enfatiza que:

A melhor interpretação do Art. 720 do Código Civil, entende que o prazo compatível a que se refere o legislador, é o de duração do contrato e não o do aviso prévio. O objetivo é resguardar os contratantes em caso de expressivos investimentos em contrato de prazo indeterminado resolvido precocemente, ou seja, sem que se tenha decorrido prazo razoável para recuperação do capital investido.

Já no Recurso Especial n. 654.408/RJ, julgado por sua 4ª Turma, publicado no DJ de 14/09/10, o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, decidiu que, para um contrato de distribuição, no caso, da bebida *GATORADE*, que vigeu entre 1992 e 1998, o prazo de 30 (trinta) dias de pré-aviso é insuficiente para permitir o reordenamento das atividades do distribuidor, confirmando, até por força da sua Súmula 07, o prazo de 120 (cento e vinte) dias indicado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A contrário *sensu*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. ° 2134534-17.2018.8.26.0000, com relatoria do Des. Fábio Tabosa, julgado em 29.08.2018, ao discutir o encerramento de contrato de distribuição de papéis ofício Chamex, cuja relação durou mais de uma década, entendeu como razoável o prazo fornecido de meros 30 dias para o desenlace, negando o pleito da denunciada de extensão do aviso prévio por mais 60 dias. Segundo apontou o aresto, o prazo de 30 dias mostrou-se casuisticamente suficiente por:

(...) e estarem as partes há pelos menos dois meses em negociações acerca do prosseguimento do negócio e portanto já com previsibilidade em torno da hipótese negativa e da necessidade de busca de novos parceiros comerciais, algo bem diferente da notícia abrupta e inesperada de denúncia unilateral.⁵⁶⁴

Salienta ainda o Acórdão que não se aplica ao contrato de distribuição a sistemática prevista pelo Art. 720 do Código Civil Brasileiro, eis que específica à Agência, devendo, nessas circunstâncias, incidir o regramento do Art. 473 do mesmo diploma legal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Apelação Cível n. 1001452-29.2017.8.26.0100, de relatoria do Des. Nestor Duarte, publicado no Diário da Justiça de 18.08.2019, apreciou e julgou lide decorrente de desfazimento de relação contratual de distribuição de muito curta duração. Especificamente, trata o caso de distribuição com início em março de 2016 e encerramento em novembro do mesmo ano. O Tribunal de Justiça em questão homenageou a decisão proferida pelo juízo monocrático que validou o aviso prévio estabelecido pelas partes do contrato, de 30 (trinta) dias⁵⁶⁵. Valorizou, inclusive, a possibilidade das partes livremente pactuarem, entre si, o prazo de aviso prévio condizente à realidade contratual. Todavia, quanto ao prazo estabilizador, até em virtude da curta vigência contratual, a 34ª Câmara de Direito Privado, entendeu que o encerramento contratual não obedeceu às exigências do Art. 473 do Código Civil Brasileiro, determinando, assim, o ressarcimento dos investimentos realizados⁵⁶⁶.

Já na Apelação Cível n. 0186728- 97.2010.8.26.0100, o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, com muita propriedade, separou as *ratios* que fundamentam o prazo estabilizador e o prazo de denúncia. No caso, trata-se relação de distribuição comercial que

⁵⁶⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. Agravo de Instrumento n. ° 2134534-17.2018.8.26.0000, julgado em 29 de agosto de 2018. Relator Des. Fábio Tabosa.

⁵⁶⁵ “(...) quanto à duração, o instrumento contratual pactuado entre as partes estabelece prazo indeterminado e expressa possibilidade de denúncia unilateral por qualquer das partes mediante aviso prévio por escrito, com antecedência de 30 (trinta) dias” (cláusula 4a - fls. 32) (...).”

⁵⁶⁶ “Assim, considerando que a denúncia unilateral só produz efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos, a autora faz jus ao ressarcimento dos valores comprovadamente despendidos (fls. 38/39 e 46/56), a teor do que dispõe o artigo 473, parágrafo único, do Código Civil. Essa comprovação, a cargo da apelante, se fará em liquidação de sentença, mediante quitações idôneas dos valores despendidos.”

durou de dezembro de 2005 a outubro de 2010, tendo sido concedido pré-aviso de meros 30 (trinta) dias. A 33ª Câmara de Direito Privado, em voto de relatoria do Des. Eros Piceli, entendeu que, embora o prazo estabilizador tenha sido garantido, o prazo de aviso prévio mostrou-se insuficiente a todo o preparo da extinção do contrato, determinando uma indenização equivalente a mais 60 dias de duração contratual. Aplicou, em caso, o Art. 720 do Código Civil, norma essa prevista aos contratos de agência. Importa registrar, quanto a esse aresto, que o tribunal em questão calculou a indenização, referente ao aviso prévio não garantido à parte, a partir da média de sua lucratividade do ano anterior ao encerramento do pacto do ajuste contratual.

4.8.1 Sugestão de prazo

Postas todas as considerações acerca do aviso prévio, indicando, inclusive, sua função protetiva⁵⁶⁷ à parte denunciada, bem como todos os fatores que, no contrato de distribuição, afetam o seu cálculo, cumpre sugerir o prazo que se entende mais razoável ao desenlace de situações envolvendo vínculos estáveis de distribuição.

Importante desde já considerar que o que se sugere é uma referência, na medida, como dito acima, que o melhor cálculo, no sentido de mais preciso, exige uma análise da situação casuística envolvida⁵⁶⁸, com verificação da eventual realização de investimentos à performance do contrato, o vulto e a natureza desses investimentos, bem como a idade do contrato, eventual exclusividade do distribuidor e o nível de dependência do distribuidor ao fabricante⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Bonini, sobre o tema, destaca que o pré-aviso “Visa, em termos finais, evitar ou diminuir os prejuízos advindos do fim da relação contratual, dando tempo suficiente para a outra parte se preparar para os efeitos econômicos da extinção, vendendo estoques, buscando novos mercados e parceiros comerciais, além de eventuais reprogramações de produção e pessoal, dentre outras medidas.” BONINI, Paulo Rogério – Extinção do contrato de distribuição, p. 151.

⁵⁶⁸ Eis, inclusive, o vaticínio de Mamede, para quem: “será preciso examinar a situação dada em concreto e aferir, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, qual seria o tempo de antecedência entre denúncia e a extinção do contrato”. MAMEDE, Gladston – Direito empresarial brasileiro: teoria geral dos contratos, p. 452.

⁵⁶⁹ Nesse sentido, interessante a ponderação realizada pela 7ª Câmara Cível do TJ/RJ, na Apelação 0013111, julgado em 18.12.2013, com rel. do Des., Luciano Saboia Rinaldi De Carvalho, ao levar em conta os seguintes pontos para a estipulação do aviso prévio condizente com o caso então em julgamento, senão

A solução proposta pela homenageada professora brasileira Forgioni, referência na temática da distribuição no Brasil, ao sugerir pré-aviso de 1 (um) mês por ano de contrato, embora aparentemente razoável, não reflete, ao nosso humilde viso, a melhor solução em seus dois extremos. Explica-se.

Contratos longos, de 50 (cinquenta) anos de duração, por exemplo, não necessitam de 50 meses de pré-aviso, entende-se, para cumprir as premissas de zelo e solidariedade entre as partes.

Aliás, ousamos que pelo contrário, foge do razoável o convívio obrigatório, por quem não mais pretende permanecer integrado a uma relação contratual, por tamanho período. Nesse sentido, a exigência de prazo tão longo representaria o esvaziamento do direito potestativo que assiste a qualquer contratante de não permanecer vinculado contra sua vontade, atingindo, na margem, os ditames inquestionáveis do princípio da liberdade.

O justo remédio⁵⁷⁰, que orienta o percurso hermenêutico que orienta a decisão do intérprete, deve ser preciso em atender os dois pólos da relação contratual. Deve, a um tempo, garantir ao denunciário o redirecionamento de suas atividades, evitando uma lesão⁵⁷¹, mas, por outro, não pode ser gravosa ao denunciante a ponto de retirar-lhe seu direito de liberdade.

vejamos: “Em casos similares, um prazo razoável de aviso prévio, considerando-se a existência de vulnerabilidade contratual (decorrente da exclusividade), pacto de longa duração, complexidade, vulto do negócio, esforços realizados e natureza da avença, considera-se como razoável um aviso prévio mínimo de 180 dias, o que propiciaria ao distribuidor um tempo suficiente para reorganizar e redirecionar seu negócio.”

⁵⁷⁰ Sobre justo remédio no âmbito do direito privado, válida a síntese apresentada por Silva, senão vejamos: “(...) não basta ao intérprete questionar ‘O exercício da situação jurídica em análise é merecedor de tutela?’ sem que, ato contínuo, pergunte ‘Qual é a exata medida da tutela merecida pelo exercício da situação jurídica em exame?’. Trata-se, em síntese essencial, de sublinhar que a decisão sobre o merecimento de tutela não se completa de sentido sem a delimitação da medida da tutela a que se faz jus no caso concreto. O estudo dos remédios situa-se precisamente no âmbito dessa ordem de preocupação.” SILVA, Rodrigo da Guia – Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional, p. 255-303.

⁵⁷¹ Importante, nesse sentido, registrar nossa posição acerca dos pleitos comumente realizados por distribuidores, ao cabo das relações contratuais, no tocante à indenização sobre folha de pagamento e rescisão dos empregados afetados ao contrato. Até em respeito à autonomia do distribuidor e ao fato do mesmo atuar em nome e por conta própria, pensamos que o deslocamento dessa responsabilidade ao fornecedor deve ser bastante excepcional e, sem dúvida, para tal, entre outros elementos a serem analisados no caso concreto (tais como duração do contrato e caráter de exclusividade), só pode ser cogitada quando não tiver sido conferido, pelo denunciante, o prazo estabilizador e de denúncia adequados à realidade da relação firmada entre as partes. Nesse sentido, vide decisão do STJ brasileiro, que sobre o tema, destacou: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil. Embargos de Declaração. Omissão e Obscuridade. Contrato verbal de distribuição de bebida. Prazo indeterminado. Resilição unilateral. Ausência de prazo razoável de . aviso prévio. Indenização pelas verbas decorrentes da dispensa de empregados. Embargos acolhidos sem efeitos modificativos.1. O v. acórdão embargado reconheceu a necessidade de conceder-se prazo razoável de aviso prévio, antecedente à rescisão do contrato verbal de distribuição. O aviso prévio foi reconhecido

A recuperação de investimentos e a reordenação das atividades empresariais do denunciado, salvo em situações excepcionais que mereçam tratamento diferenciado, tem toda a possibilidade de ocorrer no prazo máximo de 12 (doze) meses.

Posto isso, entende-se que 12 (doze) meses de pré-aviso é o prazo mais que suficientemente razoável de aviso prévio para qualquer a rescisão imotivada de qualquer contrato de vigência alongada, a partir de 12 (doze) anos de duração.

Ainda em contratos com vultosos investimentos na origem, ou mesmo em contratos com previsão de exclusividade, que, certamente, amálgama as partes relacionadas, o prazo de 12 meses como limite de pré-aviso cumpriria todas as funções que se espera do instituto, sem, no extremo, esvaziar a potestividade do direito do denunciante.

Respeitado o fluxo máximo de 12 (doze) meses, caberia à parte que se sentir lesada, sendo o caso, pelos motivos que entender, buscar a responsabilização por perdas e danos fora do ambiente e das amarras do contrato firmado.

Se, de fato, há uma proporcionalidade entre a duração do pacto contratual e a extensão do pré-aviso, como dito alhures, esta não é ilimitada, possuindo, até por anseios de razoabilidade, limites temporais. Uma vez alcançada determinada duração, a partir daí, não se justifica a extensão obrigatória do contrato.

Se, por um lado, os contratos de distribuição comercial envolvem, em tese, relações de dependência econômica, pelo outro é inquestionável a autonomia e independência jurídica entre as partes, e, no que tange ao distribuidor, sujeito ao risco e à gestão do seu negócio, deve ele ser capaz de reestruturar suas operações, buscar novos parceiros, redesenhar sua estrutura e tudo mais fazer para continuar o seu *business*, durante o período de pré-aviso.

justamente para evitar maiores prejuízos para a distribuidora, evitando-se os lucros cessantes e danos emergentes ocorrentes no caso. 2. Nos danos emergentes, por lógica, estão abrangidos os valores despendidos com a demissão abrupta e inesperada de empregados, tanto que, nos dizeres do aresto embargado, havia necessidade de se evitar a súbita "inativação de uma estrutura adaptada para o desenvolvimento da atividade". Não há como desatrelar da concessão da indenização pelos danos materiais a parcela referente às despesas com a dispensa inesperada de pessoal, também decorrente da inobservância do prazo razoável de aviso prévio, pois representa dano patrimonial efetivamente suportado pela embargada, por rompimento da relação contratual existente entre as partes.3. Embargos declaratórios acolhidos, sanando-se a obscuridade apontada, sem efeitos modificativos.(EDcl no REsp 654.408/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 20/08/2013)

Alongar demasiadamente a período de aviso prévio culminaria por desmotivar e até acomodar a parte de realizar tal reestruturação, afastando, assim, o pré-aviso do seu espoco fisiológico.

O prazo deveras elastecido do pré-aviso, ao invés de viabilizar a reestruturação das atividades da parte denunciada, termina por exigir do contratante o cumprimento das suas obrigações contratuais, atravessando, por vezes, novas crises, seja de mercado, sejam sazonais, sem que o foco do período se volte a uma análise interior, de eventual reestruturação da operação, ou mesmo de busca de novos parceiros. Ou seja, prazos excessivamente longos mais atrapalham do que ajudam!

Na outra ponta, por outro lado, pensa-se ser necessário um tempo mínimo para que a parte denunciada promova suas rescisões laborais, desove seu estoque e minimize seus prejuízos em contratos relativamente curtos.

A aplicação da sugestão geral de um mês por ano de contrato não cumpriria esse mister, caso o contrato tenha seu encerramento ocorrido em seus primeiros anos. Há todo um conjunto de investimentos, de organização negocial, de estruturação inclusive pré-contratual, que necessita, para sua reorientação, de prazo superiores a, *verbi gratia*, 1 (um) mês, independente do contrato ter tido vigência restrita, de menos de 1 (um) ano.

Os custos de transação envolvidos numa relação de distribuição comercial, somados aos custos idiossincráticos, ativos específicos e de difícil comutação, exigem a garantia de um prazo mínimo de pré-aviso, independente da eventual curta vigência do pacto denunciado.

A fase pré-contratual envolvendo a distribuição comercial envolve custos com estruturação física, aquisição de bens móveis, análises contratuais complexas, contratação de pessoal qualificado; de modo que sua reorganização, para outra atividade, demanda algum período mínimo.

Para além disso, até pelo porte de alguns fabricantes, as exigências de estruturação são bastante específicas, e a comutatividade é mais complexa, exigindo, como exposto acima, prazo mínimo razoável para sua readaptação.

Sendo assim, entende-se justa, e até necessária à sobrevivência da parte denunciada, a garantia de um prazo mínimo de pré-aviso, seja qual for a vigência do ajuste. Pensa-se que 3 (três) meses de aviso prévio é o período mínimo razoável para que o denunciado realinhe suas atividades, busque, se for o caso, novo parceiro ou, noutra banda, organize o encerramento de suas atividades⁵⁷².

Um ou meros dois meses de aviso prévio são insuficientes, entende-se, à realização dos propósitos pretendidos pelo instituto e, portanto, com alto índice de, falhando em seu escopo, culminar com o fechamento definitivo das portas da parte denunciada.

Imagine-se, por exemplo, que se admita, a título hipotético, a validade de um prazo de pré-aviso de 30 dias para encerramento de um contrato de distribuição. Correr-se-ia o risco, o que se considera desnecessariamente prejudicial à parte denunciária, do aviso prévio dos empregados envolvidos na relação em encerramento serem superiores, em tempo, ao prévio aviso do contrato. Ou seja, o vínculo contratual se encerra e o empregado cujo pacto empregatício em que era escorado no contrato de distribuição permanece vinculado à parte denunciada.

Sem contar ainda, em tais casos, que, na medida em que o prazo estipulado, sem grandes necessidades de análise à relação customizada entre as partes, não se presta aos fins aos quais foi pensado, fatalmente as tensões que se pretendia evitar com a estipulação contratual ocorrerão, e, assim, haverá naturalmente o enfraquecimento da força do contrato e seus constantes questionamentos em vias próprias, seja a judicial ou a arbitragem.

Entre o mínimo de 3 (três) e o máximo de 12 (doze), julga-se plenamente satisfatório o intervalo de aviso prévio, e, por tal motivo, defende-se a aplicação, nesse particular, da sugestão da professora Forgioni de fazer convencionar 1 (um) mês de aviso prévio para cada ano de vigência do instrumento contratual de distribuição comercial.

As partes são, por óbvio, livres para celebrarem, contratualmente, sem que apresente qualquer abusividade, prazos superiores ao proposto. Prazos inferiores, entendemos,

⁵⁷² Nesse sentido, vide trecho do julgado proferido no Processo 0026651-26.2010.8.24.0018, sentença proferida pelo Juiz Marcos Bigolin, DJ de 20/06/2016, nos termos do qual: “Nenhuma empresa é capaz de se reestruturar, bem assim redirecionar sua atividade comercial, de forma exitosa, em apenas dois meses, ainda mais quando sua atividade comercial foi a revenda de uma única marca por mais de vinte anos. O prazo concedido, por certo, está em descompasso com o comprometimento que se fez presente durante o negócio.”.

podem conotar a abusividade da rescisão abrupta, malferimento o princípio da boa-fé, e justificando atuação de terceiro mediador.

Tal formato, ora sugerido, reflete semelhança, do aspecto conceitual, ao novo modelo estabelecido, no Brasil, para os avisos prévios envolvendo relações de emprego. Com a vigência da Lei 12.506/11, o aviso prévio, no Brasil, cabível à relações empregatícias, deixou de ser estanque, limitados a 30 (trinta) dias, e passou a ser calculado proporcionalmente à vigência do pacto laboral, prevendo-se, contudo, uma limitação de 90 (noventa) dias.

Pela nova regra, há uma garantia de 30 (trinta) dias de aviso prévio, inclusivo para contratos de curta duração, e, para cada ano de contrato de trabalho, é garantido mais 3 (três) dias de aviso prévio, limitados, porém, ao máximo, como dito, de 90 (noventa) dias.

O regramento estabelecido, ao criar tal proporção, releva o que se advogou alhures que quanto maior a vigência contratual, maior a dependência da parte ao pacto e maior o prazo para o realinhamento de suas atividades, sem, contudo, desatentar que prazos muito longos afastam, ao invés de aproximar, o instituto do prévio aviso do seu mister, já que mantém o denunciado mais focado em cumprir suas atividades contratuais do que reorganizá-las.

4.9 – Ausência de aviso prévio nos contratos de Distribuição Comercial

As ponderações postas no tópico anterior fazem, ao nosso pensar, todo o sentido para um balizamento em fase negocial, pré-contratual, ou mesmo mesmo para um eventual aditivo entre as partes contratantes, no sentido de adaptar o prazo de aviso prévio às circunstâncias fáticas da relação contratual estabelecida entre os contraente.

As situações de denúncia ofertada em prazo injusto ou de encerramento abrupto do vínculo exigirão do denunciado a agilidade necessária no sentido de recorrer às instâncias previstas no pacto firmado para, rapidamente, obter medida que garanta a continuidade da relação contratada até que se flua prazo condizente com os fundamentos do art. 473 do

Código Civil brasileiro, ou seja, permitindo tanto a amortização dos investimentos realizados pelo denunciado, bem como permitindo a reordenação e o redirecionamento de suas atividades, evitando, assim, prejuízos maiores.

Pode ocorrer, na prática, situações que dificultem tal continuidade. Muitas vezes, quando avisado da rescisão abrupta, o distribuidor é surpreendido com toda uma estrutura já funcionante (ou pronta para isso) pelo produtor, com um novo distribuidor na praça que atua(va), já visitando os locais de venda e anunciando a sua nova condição de revendedor dos produtos do fabricante a quem colabora.

Nessas situações, ficará praticamente impossível – ou, talvez, não fará mais sentido - a correção do pré aviso, ou ainda sua própria garantia, quando este não for ofertado. Em tais casos, alternativa outra não terá o distribuidor senão aceitar, de fato, o encerramento do contrato e buscar indenização pelos prejuízos sofridos, na medida em que sua permanência na praça em que atendia pode aprofundar seus prejuízos, ao invés de evitá-los.

Até aí, pouco⁵⁷³ ou quase nenhum questionamento é feito. É uníssono que a a rescisão abrupta ou com prazo de pré-aviso insuficiente (se assim declarado) é ato ilícito e, como tal, potencializa reparação de danos.

Todavia, é preciso ter-se cautela quanto ao *quantum* de tal indenização. Isso porque lucro e faturamento são institutos diferentes. Não é incomum verificarmos decisões

⁵⁷³ Algum questionamento é visto quanto à ocorrência de danos morais em tal situação. Entendemos que o dano moral não seja algo que automaticamente se deflui da ausência de aviso prévio. No mesmo sentido, vide recentíssima decisão, de 22/02/2022, do TJ-MG, nos termos da qual: “O mero descumprimento contratual por parte da ré não tem o condão de, isoladamente, gerar danos na esfera dos direitos extrapatrimoniais, se a parte requerente deixou de comprovar que os fatos narrados atingiram seu bom nome, credibilidade ou imagem, como lhe incumbia (art. 373, I do CPC)”. (TJ-MG - AC: 10702150787951001 Uberlândia, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 22/02/2022, Câmaras Cíveis / 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 08/03/2022). No mesmo sentido, (TJ-SP - AC: 00055322420128260619 SP 0005532-24.2012.8.26.0619, Relator: Hélio Nogueira, Data de Julgamento: 24/03/2021, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/03/2021), (Apelação no 1010410-25.2018.8.26.0000, E. 22a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alberto Gosson, j. em 12/12/2019). Em sentido contrário, vide decisão do TJ-MT, nos termos do qual: “A violação aos direitos subjetivos e personalíssimos da parte que supere os contratempos normais do cotidiano autoriza a indenização por dano moral, que se fixada em quantia razoável e proporcional, atendendo ao caráter sancionatório e inibitório, não comporta alteração.”(TJ-MT 00263263220168110041 MT, Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, Data de Julgamento: 07/07/2021, Quarta Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/07/2021), (REsp 1255315/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 27/09/2011)

condenando o fabricante a indenizar ao denunciado o equivalente a 3 (três) ou 6 (seis), por exemplo, meses da sua média de faturamento líquido⁵⁷⁴.

Dentro do faturamento de um distribuidor, como sabido, em função da revenda que realiza, está o custo da mercadoria. Indenizar o fabricante ao faturamento médio, a título de lucro cessante, significa penalizar o mesmo a pagar uma mercadoria que não será mais vendida pelo distribuidor, diante do fim do contrato.

Mesmo líquido o faturamento, ainda constará o valor da compra dentro de sua composição. O que se subtrai do faturamento bruto para o líquido é, tão somente, a carga fiscal sobre ela incidente.

Mais apropriada, em tais circunstâncias, é que a indenização tenha como base de cálculo o faturamento da parte lesada, descontado o valor de aquisição dos produtos. Embora ainda não estejamos tratando de lucro, é esse o efetivo valor com que o distribuidor arca com as despesas operacionais, para garantir a logística dos produtos que distribui, e, daí, retira sua retribuição.

Pessoalmente, sou contra a utilização do lucro como balizador da indenização. E, se por alguma razão, o distribuidor não estiver tendo lucro? Sua indenização inexistirá? Entendo que não seria o mais adequado. A existência de lucro não pode condicionar a existência de uma indenização. Uma seria apenas a forma de cálculo da outra, não podendo, de forma alguma, atuar em prol do seu esvaziamento.

Uma última ponderação sobre o tema. Se a indenização que ora se cogita for determinada com base na diferença entre o faturamento da parte indenizada e seu custo com os produtos que adquire, não vemos cabimento em harmonizar tal indenização com outra, envolvendo o pagamento de verbas rescisórias dos empregados afetados pelo fim do pacto de distribuição.

Isso porque dentro de tal sobrevalor para a revenda, já está contemplado todo o custo com folha de pagamento e provisão para rescisão. Exigir tais encargos do fabricante

⁵⁷⁴ Vide, nesse sentido, decisão de 2022, envolvendo um contrato de distribuição, pelo qual o provimento jurisdicional entendeu por: "(...) condenar esta a pagar para a autora indenização a títulos de lucros cessantes 06 meses do faturamento líquido da empresa suplicante(...)" TJ-MG - AC: 10702150787951001, Uberlândia, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 22/02/2022, Câmaras Cíveis / 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 08/03/2022).

culminaria por condená-lo duplamente pelo mesmo fato, o que não se admite lídimo. Apenas se a indenização pela ruptura contratual centrar-se no lucro percebido pela parte denunciada que é possível cogitar tal condenação em rescisão trabalhistas.

CAPITULO 5 - Da Indenização de Clientela do agente comercial

5.1 Conceito de Indenização de Clientela. Evolução histórica. Modelos alemão e francês

Considerando os propósitos da presente investigação, entre os quais está verificar a compatibilidade do instituto da indenização de clientela com os contratos de distribuição comercial, dadas suas especificidades fisiológicas, que o individualizam dos demais tipos contratuais, afigura-se importante, ainda que a voos de pássaro, tecermos algumas considerações acerca do próprio instituto em causa, da indenização de clientela.

Sobre o tema, embora farta a doutrina acerca do instituto, inclusive portuguesa, já tivemos a oportunidade de realizar uma abordagem mais aprofundada quando da minha dissertação de mestrado que, após, foi objeto de publicação específica.⁵⁷⁵

Instituto típico dos contratos de agência⁵⁷⁶, a indenização de clientela prevê a possibilidade de, ao cabo de uma relação contratual, o agente fazer jus a uma “indenização”, que só surge com o encerramento^{577,578} da vigência contratual⁵⁷⁹, ainda que por sua declaração

⁵⁷⁵ PARENTE, André Rodrigues – O contrato de Agência Brasileiro e a indenização de clientela: uma análise crítica, reflexiva e comparativa com o sistema português, p. 25-49 e p. 71-80.

⁵⁷⁶ Que, como sabido, se insere dentro, assim como a concessão comercial e a franquia, do conjunto dos “contratos de distribuição”, encetando vínculos duradouros e, muito das vezes, com o estabelecimento de uma relação de dependência de uma parte à outra da relação contratual.

⁵⁷⁷ Há alguma discussão doutrinária acerca do momento em que se constitui o direito à Indenização de Clientela. Para PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição. da tutela do distribuidor integrado em face da cassação do vínculo, p. 573, embora seja firme ao autor que o direito constitui-se com a extinção do vínculo, pouco interesse substantivo há na controvérsia. E destaca o professor e autor português: “A controvérsia não tem, quanto a nós, interesse substantivo, nem vemos com franqueza que possa duvidar-se de que o primeiro, de todos os requisitos de constituição do correspondente direito seja, precisamente, a extinção do contrato. (...) Só um preciosismo dogmático ou a tentativa de subverter a natureza do instituto podem levar a uma tal desvalorização.” Em sentido diferente, é o parecer de Vide CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p.27, para quem: “... à extinção do contrato de agência não deve ser atribuído o valor de verdadeiro pressuposto à aquisição do direito à indenização de clientela (...)” Para a prestigiada autora lusitana, CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, pp. 29-30 “... a cessação do contrato assinala o momento em que o preenchimento dos requisitos enunciados nas três alíneas do artigo 33º, n.º 1 – esses sim, verdadeiros pressupostos – conduz à aquisição do direito à indenização de clientela.” Sobre o tema, válida a doutrina de PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 55, para quem: A doutrina se divide acerca do momento em que se constitui o direito à Indenização de Clientela. Para alguns, o direito só nasce com o fim da avença, ou seja, considera a extinção contratual como pressuposto ou fato constitutivo à Indenização. Até lá, não passa de mera expectativa de direito. Nesse último sentido, vide, EDMUNDO REQUIÃO, Rubens. *op. cit.*, p. 79, para quem “É que o direito à indenização depende de acontecimento futuro e incerto, embora voluntário, que será a ofensa contratual praticada pelo representado. Enquanto não houver a denúncia injusta do contrato (...), não haverá o fato gerador da indenização, o direito a ela, ao reparo

de nulidade ou anulação⁵⁸⁰, em função da clientela que, durante a vigência do contrato, angariou ao principal e, com o seu desenlace, não mais lhe renderá frutos econômicos; permanecendo, tais clientes, sob a esfera econômica do principal, que com os mesmos continuará a explorar comercialmente.

Ao longo da história contratual, ambos os contraentes se beneficiaram da clientela angariada pelo agente, esse no exercício do seu mister de desbravar mercados ao principal, gerando resultados financeiros tanto a um quanto ao outro. Com a extinção do ajuste, e, caso o agente deixe de explorar comercialmente aquela clientela, apenas o principal o continuará fazendo, auferindo benefícios que não mais serão compartilhados com aquele. O contratante que angariou a citada clientela, pois, deixará, contra a sua vontade, pois não intentou por fim

do dano contratual cometido.” e p. 154. Idem LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 43, a quem “Decisivo é, no entanto, o facto de não se admitir uma renúncia antecipada à indemnização de clientela enquanto durar o contrato, o que aponta no sentido de que a sua constituição apenas ocorre nessa data. Assim, durante a vigência do contrato, a indemnização de clientela é considerada como um crédito futuro,(...)” No mesmo diapasão, ver Sentença de 23.05.1997 do 5º Juízo Cível da Comarca de Lisboa (CJ, 1997, III, pp. 304, ss). Para outros, a cessação do contrato não adquire status de pressuposto material, mas de mero momento à verificação das condições, regras e requisitos que autorizam a aplicação da Indenização de Clientela ao caso concreto. Vide CUNHA, Carolina. op. cit., p.27-32.”

⁵⁷⁸ A doutrina moderna tem debatido a possibilidade de, a despeito de, de fato, ser com o fim do ajuste contratual que se verifiquem as condições e pressupostos para a aplicação da indenização de clientela, haver sua possibilidade de aplicação sem o encerramento do contrato. Seria o caso das extinções parciais do contrato, em que o principal altera, por sua mera vontade, as condições essenciais da primitiva relação firmada entre principal e agente. Pensamos que, em tais casos, referidas alterações mereçam ser, efetivamente, essenciais, pondo em causas os próprios pressupostos que constituíram as bases sólidas do engajamento original entre as partes. É o que a doutrina alemã reuniu como *TEILBEENDIGUNG*, equivalendo a uma extinção parcial do contrato. Vide, sobre essa temática, de forma mais elástica, MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 135-142. No mesmo sentido, CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 33-48, e, ainda LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 40. CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 45, destaca a dificuldade de exercer tal direito durante a vida do contrato, a considerar o conflito que surge ao se ajuizar uma ação quando vigente uma relação, em tese pacífica, entre as partes, levando-se, então, a cogitar o elasticidade do marco prescricional de tal direito para o fim do ajuste. Nessa toada, destaca a ilustre doutrinadora portuguesa, verbis: “Bastante mais delicada será a questão relativa ao exercício do direito à indemnização de clientela, mais concretamente ao momento em que começarão a correr os prazos entre nós fixados pelo n. 4º do artigo 33º (...). Ora, aplicando o raciocínio que temos vindo a seguir, o primeiro prazo – do qual acaba a depender o segundo – constar-se-á a partir da dita ‘extinção parcial’. O problema reside justamente, em que semelhante ocasião tende a ser perspectivada, pelo agente, como um momento pouco propício à reclamação judicial de uma indemnização de clientela, dado o elemento de conflitualidade que tal exigência viria introduzir numa relação até então (presumivelmente) pacífica.”

⁵⁷⁹ Sobre o tema, valiosa a lição de Martinez Sanz, para quem: “Elemento característico del contrato de agencia - a diferencia de cuanto sucede en otros contratos – es ele reconocimien to al agente, por el solo hecho de su terminación, de una compensación o indemnización. En ella reside gran parte del interés de esta figura, constituyendo, sin duda, el nudo gordiano de su régimen jurídico.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 59. Em igual sentido é o vaticínio de Cunha, para quem a Indenização de Clientela: “Trata-se de uma pretensão pós-contratual, no sentido imediato de que apenas terá lugar uma vez extinto o contrato de agência”. CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 27.

⁵⁸⁰ CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 51-52.

ao ajuste, apenas à contraparte, a possibilidade de manter relações econômicas com o cliente angariado, auferindo, daí, resultados econômicos.

Postos esses fundamentos de causa, seria o agente, ao final da relação contratual de agência, pelo instituto da indenização de clientela, merecedor de uma indenização em razão da perda, no sentido de não exploração, da impossibilidade, de continuar a economicamente explorar a clientela angariada por si, para o principal⁵⁸¹.

“O que está na base da indemnização de clientela é uma ideia de justiça [repare-se que o critério da sua fixação, pese embora o “travão legal”, é o da equidade] assente na consideração de que se o concessionário proporcionou, pela sua actividade, incremento significativo na clientela do concedente, assim o beneficiando ‘substancialmente’ para o futuro, em termos de volume de negócios, deve ser compensado pelo esforço despendido”⁵⁸².

Seja pelo poder de venda dos seus produtos, seja pela intenção de tomar para si, ou para outrem, a área de atuação do agente, ou mesmo pelo natural desgaste de uma relação continuada, não é raro o encerramento de vínculos de agência sem que o agente tenha praticado qualquer ato doloso ou mesmo culposos pra tal; aproveitando-se, nessa situação, o principal de toda a carteira de clientes captada pelo agente cujo contrato fora denunciado.

A singularidade especial desse instituto reside no fato de que, normalmente, para todas as demais relações, diversamente do que ocorre com a indenização de clientela, os benefícios decorrentes de uma relação contratual extinta não potencializam a origem de obrigação compensatória à uma das partes, qual seja, aquela sobre quem tais benefícios foram auferidos⁵⁸³.

Normalmente, com o encerramento do vínculo contratual entre as partes, esse lúdimo e exercido nos moldes lineares do poder potestativo da parte que assim o intencionou, não se verifica o nascimento de qualquer direito indenizatório a algum dos contratantes. Daí a

⁵⁸¹ Como bem coloca Monteiro, ao tratar da indenização de clientela: “O que consta são os benefícios proporcionados pelo agente à outra parte, benefícios esses que, na vigência do contrato, eram de proveito comum, e que, após o seu termo, irão aproveitar apenas unilateralmente, ao principal.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 143.

⁵⁸² Trecho extraído da 6ª Secção do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, no processo n. 39/2000.LI.S1, j. em 24.01.2012, de relatoria de Fonseca Ramos.

⁵⁸³ Vide, nesse sentido da singularidade do instituto, por todos, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 11.

especialidade da indenização de clientela, palco de inúmeras análises sobre sua fisiologia e fundamento.

Não por outra razão tem quem considere o instituto da indenização de clientela um corpo estranho, uma figura insólita e *sui generis*, no bojo do ordenamento jurídico⁵⁸⁴. Sem dúvidas, estamos a tratar, efetivamente, de um instituto *sui generis*, ou seja, singular, além de controverso e, nessa toada, de aplicação e operacionalização deveras complexa⁵⁸⁵.

Historicamente⁵⁸⁶, constam apontamentos iniciais da indenização de clientela da Áustria, na Lei de 24.06.1921 (HAG). Na Itália, a Indenização de Clientela relacionava-se a acordos coletivos econômicos, depositados junto ao *Ente Nazionale de Assistenza Per Gli Agente e Representanti di Commercio – E.N.A.S.A.R.C.O.* Na França, antes da abordagem da indenização de clientela ao agente, previsto pelo Art. 3º do Decreto n.º 38-1345, de 23/12/1958, a temática envolvia a sistemática do V.R.P (voyageur, representant ou placier)⁵⁸⁷, por meio da Loi du 18/7/1937. Referida norma vigorou até a transposição da diretiva comunitária, objeto da Lei n. 91-953, esta de 25.06.1991⁵⁸⁸.

Na Alemanha, por sua vez, *Ausgleichsprunch* do agente foi objeto de previsão normativa em 1953, por meio do § 89 b do HGB⁵⁸⁹. Já em Portugal⁵⁹⁰, foi com o Decreto-Lei

⁵⁸⁴ Cfr. D. Bruggemann, Staub Grobkommentar, apud CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p.364. Conceito, destaque-se, discordado pela notável autora portuguesa Carolina Cunha. Para tal doutrinadora, a indenização de clientela “(...) é verdade que é uma *figura nova*, insuscetível de se reconduzir a quaisquer dos institutos ou mecanismos clássicos. (...) Só que isso não faz dela um ‘corpo estranho’ no sistema.”. CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p. 406-407.

⁵⁸⁵ Nesse sentido, vide Pinto, que, sobre o tema, destaca que a indenização de clientela “trata-se de (...) manifestação incomum na ordem jurídica, uma pretensão *sui generis* acolhida por disposições intrigantes e complexas, autêntica obra prima de engenharia jurídica. E, na realidade, apesar de contar com mais de cinco décadas de existência legal, dificilmente se encontra instituição mais controversa, pela enorme imprecisão e limitada operacionalidade dos seus pressupostos, pela dificuldade que encerra o seu método de cálculo e pela própria indefinição do respectivo fundamento.”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de Distribuição, p. 543.

⁵⁸⁶ Sobre o tema, pode ver-se o nosso PARENTE, André Rodrigues – O contrato de Agência Brasileiro e a indenização de clientela: uma análise crítica, reflexiva e comparativa com o sistema português, p. 28-29

⁵⁸⁷ Os quais, como tal, eram empregados, com vínculo de subordinação jurídica, diferindo, nesse ponto, dos agentes. Nesse sentido, vide BARATA, Carlos Lacerda – Sobre o contrato de agência, p. 23-24, bem como o nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 28, nota de ropadé 130.

⁵⁸⁸ Que, em seu artigo 12º, vaticina:

“Em caso de cessação das relações com o mandante, tem o agente comercial o direito a uma *indenité compensatrice* em reparação do prejuízo sofrido.

O agente comercial perde o direito a reparação se não notificar o mandante, no prazo de uma ano a contar da cessação do vínculo, de que pretende fazer valer os seus direitos.

Os herdeiros do agente beneficiam igualmente do direito à reparação caso a cessação do contrato fique a dever-se ao falecimento do agente.”

⁵⁸⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p.21. Idem CUNHA, Carolina – Op.Cit., p. 23. Conforme historiado pela notável doutrinadora e professora portuguesa, na Alemanha, “A inovação trazida

178/86, de 03 de Julho, que a indenização de clientela ao agente foi positivada, mais especificamente por seus artigos 33º e 34º, normas essas que disciplinaram os pressupostos e requisitos à aplicação da indenização, bem como a fórmula do seu cálculo.

A partir da Diretiva 86/653/CEE, de 18/12/1986, e, assim, com o disciplinamento do instituto ora trato em todo o âmbito comunitário, com o estabelecimento de regras acerca do seu funcionamento e de paridade e harmonização para todos os Estados-membros, se observou o desenvolvimento do instituto da Indenização de Clientela em território europeu.⁵⁹¹.

Nesse sentido, entendemos pertinente colacionar à discussão o Art. 17 da Diretiva citada, cujo texto destaca que:

Artigo 17º

1. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para assegurar ao agente comercial, após a cessação do contrato, uma indemnização, nos termos do nº 2, ou uma reparação por danos, nos termos do nº 3.

2. a) O agente comercial tem direito a uma indemnização se e na medida em que:

- tiver angariado novos clientes para o comitente ou tiver desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente e ainda se resultarem vantagens substanciais para o comitente das operações com esses clientes, e

- o pagamento dessa indemnização for equitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente as comissões que o agente

pela figura foi olhada com cautela, e não demorou muito a merecer o epíteto da mais polémica novidade trazida pelo legislador de 1953.”

⁵⁹⁰ Vide CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 25-26. Vide, outrossim, o nosso PARENTE, André Rodrigues – O contrato de Agência Brasileiro e a indenização de clientela: uma análise crítica, reflexiva e comparativa com o sistema português, p. 29-30

⁵⁹¹ Cfr. DUQUE, Monica – Op. Cit., p. 100-107.

comercial perca e que resultem das operações com esses clientes. Os Estados-membros podem prever que essas circunstâncias incluam também a aplicação ou não de uma cláusula de não concorrência na aceção do artigo 20º.

b) O montante da indemnização não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente comercial durante os últimos cinco anos, e, se o contrato tiver menos de cinco anos, a indemnização é calculada com base na média do período.

c) A concessão desta indemnização não impede o agente comercial de reclamar uma indemnização por perdas e danos.

3. O agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação das suas relações com o comitente.

Esses danos decorrem, nomeadamente, da cessação em condições:

- que privem o agente comercial das comissões que receberia pela execução normal do contrato, e que simultaneamente proporcionem ao comitente vantagens substanciais ligadas à actividade do agente comercial;

- e/ou que não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do comitente.

4. O direito à indemnização referido no nº 2 ou a reparação por danos referida no nº 3 existe igualmente quando a cessação do contrato ficar a dever-se à morte do agente comercial.

5. O agente comercial perde o direito à indemnização nos casos referidos no nº 2 ou reparação por danos nos cursos referidos no nº 3, se, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, não notificar o comitente de que pretende receber a indemnização.

6. A Comissão apresentará ao Conselho, no prazo de oito anos a contar da notificação da presente directiva, um relatório sobre a aplicação do presente artigo, submetendo-lhe eventualmente propostas de alteração.

Como se verifica do texto acima citado, a Directiva previu um sistema dualista e, assim, permitiu aos Estados-Membros a livre escolha acerca da adoção do regime indicado no item 2, a que chama de indenização, ou aquela tratada no item 3, caracterizada como reparação de danos⁵⁹². Para o notável doutor português Ferreira Pinto⁵⁹³, posição com a qual corroboro, um dos maiores défices da Directiva foi prever esse duplo regramento, ao nosso viso, excessivamente elástico entre si, não tendo, assim, unificado o regime da indenização de clientela.

O regime indicado no item 2 do Art. 17 da Directiva 86/653/CEE, de 18/12/1986, pela semelhança ao formato da *Ausgleichsprunch*, tipificada pelo §89 b do HGB, é tradicionalmente conhecido como Modelo Alemão, com previsão de requisitos a serem verificados para a incidência e aplicação da indenização de clientela. Já o formato disciplinado no item 3, por sua vez, aproxima-se da *Indemnit  Compensatrice* francesa, motivo pelo qual a doutrina denomina Modelo Franc s.

A Directiva, nessa perspectiva, adota, como dito assima, um duplo sistema, conderindo aos Estados-membros a faculdade optar entre um dos dois modelos, ou seja, de seguir a indeniza o de clientela nos moldes do sistema alemão, ou utilizar-se do regime francês, esse último de repara o pelos prejuízos experimentados pelo término da rela o contratual⁵⁹⁴.

A principal diferença entre os modelos reside no fato de que o regime tedesco analisa o tema voltando seus holofotes ao principal, que, uma vez encerrada a rela o contratual de agência, manter  consigo a explora o de uma clientela, e os ganhos daí decorrentes, que não mais será partilhada com o agente, nos termos havidos durante a vida do pacto contratual. Não se faz qualquer análise   aferi o ou demonstra o dos prejuízos que eventualmente o agente sofreu pela perda da clientela. No formato francês, noutra banda, a

⁵⁹² Sobre o tema, pode ver-se o nosso PARENTE, André Rodrigues – O contrato de Agência Brasileiro e a indeniza o de clientela: uma análise crítica, reflexiva e comparativa com o sistema português, p. 33-35

⁵⁹³ PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribui o, p. 545.

⁵⁹⁴ Cfr. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 89-90.

atenção é voltada à figura do agente, que, finalizada a relação negocial com o principal, sofre prejuízos por não mais realizar negócios com a clientela que angariou⁵⁹⁵.

Separa ainda os modelos alemão e francês o fato, relevante, que, ao passo em que o sistema compensatório alemão é condicionalista, exigindo a cumprimento de alguns requisitos para sua implementação, o modelo francês, por sua vez, não o é, não fazendo depender a indenização da comprovação de qualquer condicionalismo⁵⁹⁶.

A maciça maioria dos Estados membros europeus internalizou em seus ordenamentos o formato alemão da Indenização de Clientela (item 2), na forma facultada pelo Art. 17 da Diretiva 86/653/CEE, de 18/12/1986, mantendo-se a França, de outra forma, com sistema contraposto, qual seja o autorizado pelo item 3 do art 17 da Diretiva mencionada⁵⁹⁷.

Importante fazer destaque à autonomia da indenização de clientela como instituto que independe e não se correlaciona com qualquer outra modalidade indenizatória. A Diretiva suso indicada, nesse viés, é expressa ao indicar que a indenização de clientela não se confunde e nem anula qualquer outra pretensão reparatória, por perdas e danos, do agente.

Causa alguma estranheza, devidamente observada pela doutrina, a amplitude diferencial entre os modelos autorizados pela Diretiva 86/653, que, quase isso, autorizam a convivência, no âmbito europeu, de regimes muito diferentes. Entre o modelo alemão e o francês repousam distinções quase que fisiológicas, podendo, ao extremo, se cogitar tratarem de institutos distintos.

Para o modelo alemão, a indenização impõe o preenchimento de quesitos que demonstrem, entre outros, a atuação do agente em prol da angariação de clientes ao principal,

⁵⁹⁵ Tal qual tivemos a oportunidade de destacar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 34-35;

⁵⁹⁶ Vide, nesse sentido, LEITÃO, para quem: “... a solução alemã faz restringir o direito à indemnização aos casos em que o agente angariou novos clientes ou amentou em termos equiparáveis o volume de negócios com os clientes já existentes, enquanto a solução francesa não faz depender a indemnização desse condicionalismo.” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 23.

⁵⁹⁷ No mesmo sentido, vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 24, para quem: “A esmagadora maioria dos Estados membros tem, porem, vindo a fazer a sua opção pelo modelo alemão, deixando a França isolada na defesa do seu sistema,(...)”

ao passo que o modelo francês quase que confere ao agente um direito “(...) de natureza quase real sobre a clientela.”⁵⁹⁸.

Tal falta de unidade, conforme destacado *nalgures*, esvazia a unidade do instituto, fortifica a complexidade sobre sua compreensão e até aplicação. Pensamos que, se na causa raiz da indenização de clientela está, necessariamente, uma angariação de clientela ou mesmo incremento da econômica exploração da clientela que já existia, a aplicação da indenização não pode se afastar dessa análise, tal qual autoriza o regime francês.

5.2 Da Indenização de Clientela no Brasil

No Brasil, o termo indenização de clientela é ainda muito pouco utilizado e o instituto pouco difundido⁵⁹⁹, sendo presença rara em abordagens doutrinárias⁶⁰⁰ e jurisprudenciais.

A matéria, contudo, entende-se, é objeto de posituação, na vigente Lei de Representação Comercial, Lei 4886/65, especificamente por meio do seu Art. 27, *j*, e parágrafo 1º, cujo teor, ora se transcreve:

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

(...)

⁵⁹⁸ Pinto, sobre a diferença ontológica entre os modelos, arremata que: “(...) enquanto uma atende sobretudo às vantagens que o principal poderá auferir em consequências da cessação do vínculo, a outra centra-se antes nas desvantagens que esse mesmo facto irá causar ao agente.”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 547-548.

⁵⁹⁹ No mesmo sentido, vide Santos, para quem: “(...) está o tratamento dado à indenização de clientela, instituto pouco difundido no Brasil e de larga aplicação em Portugal, especialmente no âmbito dos contratos de agência.” SANTOS, Douglas Henrique Marin dos – Op. Cit., p. 99.

⁶⁰⁰ Merecem menção, sobre o tema, LILLA, Paulo Eduardo – Op. Cit. e BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit. Vide, outrossim, FABIANI, Igor Longo – Op. Cit.; LEMOS, Rafael Cavalcanti – Vedação do enriquecimento sem causa como fundamento, no direito brasileiro contemporâneo, da indenização de clientela ao agente não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado.

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação;

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual.

Pelo texto normativo supra descrito, ao final do contrato de representação comercial, o agente fará jus, caso não tenha dado causa ou mesmo optado por rescindir o ajuste, a indenização não inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

O objetivo da lei, de fácil aferição aritmética, foi de garantir indenização ao agente equivalente a um mês de remuneração para cada ano de vigência do contrato que se extinguiu por fato alheio à sua vontade.

Embora sem menção expressa ao termo Indenização de Clientela, tem-se, na ampla maioria⁶⁰¹ dos doutrinadores sobre a matéria, a aderência do art. 27, j, da Lei 4886/65 ao regime da indenização de clientela com inspiração no modelo francês.

⁶⁰¹ Vide, nesse sentido, COELHO, Fabio Ulhoa – Curso de direito comercial, p. 138-139; LEMOS, Rafael Cavalcanti – Op. Cit., p. 5157; e MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – Op. Cit., p. 39-40. Inclusive, nesse viés, merece destaque o vaticínio de Mello e Theodoro Júnior, para quem: “Há na lei 4886/65 uma tutela de caráter social ao representante comercial (agente) que lhe proporciona indenização tarifada; independentemente da comprovação de dano efetivo. A explicação é que o agente conquista uma clientela que é comum a ele e ao representado. Por isso, ao seu dispensado sem justa causa terá direito a ser compensado pela clientela perdida em favor do proponente.”. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – Op. Cit., p. 39. Em sentido contrário, vide Fabiani, por entender o autor que o regramento brasileiro, embora mais próximo do modelo francês do que do germânico, com aquele possui distorções, na medida em que, no Brasil, não há necessidade de comprovação de dano para o seu deferimento, que o afasta do regime de reparação de danos. Para o autor, trata-se de “indenização por ato ilícito.” E arremata “Trata-se de verdadeira indenização como resultado da responsabilidade civil contratual do proponente.”. FABIANI, Igor Longo – Op. Cit., p. 129/132/140. Discordamos da posição, *venia permissa*, do autor, na medida em que para a indenização de clientela o dano, por essência, em qualquer dos modelos, não precisa ser provado. A aproximação que se tem é pela ausência de requisitos para a sua incidência.

Há, ainda, quem enxerge no art. 717⁶⁰² do Código Civil, referente à agência, o fundamento para a indenização de clientela ainda nos casos de encerramento contratual por justa causa⁶⁰³.

Entendemos que a melhor interpretação do artigo visa garantir o recebimento das comissões havidas durante a vida contratual, ainda que nos casos de justa causa, e não acerca da indenização da clientela. O propósito, pensamos, é garantir o recebimento às comissões cujos negócios foram perfectibilizados durante a vigência da relação contratual, independente do motivo do seu desfazimento⁶⁰⁴, além de demais obrigações que tenha assumido, contratualmente, e devidamente cumprido, nos termos autorizados pelo art. 38 da Lei 48/86/65.

Seria, *mutatis mutandis*, o direito ao recebimento, pelo empregado, do seu saldo salarial, ainda que tenha dado justo motivo ao encerramento do vínculo empregatício; direito esse justo e absolutamente lícito, que em nada se relaciona com indenização de clientela quando em voga encerramento contratual por justo motivo.

O art. 27, j, da Lei 4886/65 é expresso quanto ao descabimento da indenização quando da ocorrência de situações de justa causa pelo representante comercial, condição, ao nosso visto, não modificada pelo Código Civil de 2002, afastando, assim, qualquer possibilidade de interpretação, doutro modo, conforme erroneamente cogitada para o art. 717 do Código Civil Brasileiro.

Voltando ao enquadramento da indenização de clientela brasileira ao sistema dualista, pensamos que, nitidamente, o modelo brasileiro do instituto da Indenização de Clientela é inspirado ao da escola francesa, o que facilmente se verifica, entre outros, pela

⁶⁰² Art. 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.

⁶⁰³ Vide, nesse sentido, a doutrina de Borges, para quem: “O art. 717 do CC/2002, inserido no contexto do regramento da agência e da distribuição, prevê que, ainda que dispensado em decorrência de justa causa, terá o agente direito à remuneração pelos serviços úteis prestados ao proponente/principal. Como serviços úteis, é possível que se entenda a clientela angariada ao principal pelo agente durante o período de duração da avença. Com a cessação do contrato, impõe-se que uma parte compense a outra pelos serviços úteis desenvolvidos no curso da relação contratual, inclusive no que se refere à angariação da clientela, cujos benefícios, daí em diante, serão revertidos somente em prol do principal. Não é juridicamente aceitável que, tendo transferido a totalidade ou parte dos custos da distribuição a outro agente econômico, o principal aproprie-se do resultado – mercado conquistado, aumento da força da marca e outros benefícios – sem nenhum custo. É de todo pertinente que os frutos do trabalho do agente, os serviços úteis prestados, sejam a ele retribuídos.”. BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

⁶⁰⁴ Em igual sentido, vide FABIANI, Igor Longo – Op. Cit., p. 135-136.

ausência de requisitos à concessão da indenização^{605,606}. Nenhuma consideração referente à angariação ou mesmo manutenção ou aumento de volume de vendas com clientela é exigida como condicionante à incidência da indenização prevista pelo art. 27, j, da Lei 4886/65, o que, por nós, evidencia algum caráter social na causa raiz do instituto.

Nesse sentido, corroborando com o acima exposto, o Supremo Tribunal Federal⁶⁰⁷ brasileiro, em *leading case* sobre a temática envolvendo a aplicação da indenização prevista no Art. 27, j, da Lei 4886/65, ainda quando concedido o aviso prévio ao agente, sedimentou a posição daquela corte quanto ao caráter social da Lei 4886/65, com inspiração nas regras trabalhistas, área em que vigora, inclusive, a nível de princípio, a proteção ao empregado. Destacou o julgado que: “É inegável que a lei 4886/65, de caráter social, inspirou-se no contrato de trabalho e no Direito Trabalhista, (...)”.

5.3 Da Indenização de Clientela em Portugal

5.3.1. Características Gerais

Cristalinamente adepta ao sistema alemão de indenização de clientela, ou seja, àquele previsto no item 2 do art. 17 da Diretiva 86/653/CEE, de 18/12/1986, o regime da

⁶⁰⁵ Nesse sentido, vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 23. A ausência de condicionalismos, tal qual preconizada pelo sistema tedesco, aproxima, efetivamente, o formato brasileiro ao do sistema francês.

⁶⁰⁶ A ausência de um regime organizado de requisitos para a concessão da Indenização de Clientela foi objeto de críticas por Coelho, para quem “Se o representante, uma vez terminado o vínculo, continua, por qualquer razão, a se beneficiar da fatia de mercado angariada pelo mesmo produto, ele não tem direito de ser indenizado, exatamente porque nada perdeu do representante comercial, ao término do contrato por culpa do representado, à perda da clientela, estão apenas explicitando o que já é assente na teoria geral da responsabilidade civil contratual. Trata-se de mera decorrência lógica dos princípios da responsabilidade contratual estabelecer que o contratante não será indenizado por aquilo que não perdeu.”. COELHO, Fábio Ulhoa – Efeitos da globalização nos contratos de colaboração empresarial apud PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 54-55

⁶⁰⁷ Ac. da 2ª Turma do STF, no Recurso Extraordinário n. 81.128 – SP, j. em 12.08.75, com relatoria do Min. Cordeiro Guerra.

Indenização de Clientela português é objeto do Dec.-Lei n. 178/86, de 03 de Julho⁶⁰⁸, mais precisamente, conforme aludido algures, nos artigos 33º e 34º⁶⁰⁹.

O centro ocular da análise da indenização é direcionado ao principal, tal qual sugere o modelo alemão de indenização, e, nesse viés, a avaliação da ocorrência, em caso de encerramento imotivado do vínculo, de enriquecimento sem causa pelo mesmo.

5.3.2. Pressupostos Constitutivos

São pressupostos à aplicação da indenização de clientela, nos termos da previsão portuguesa, a: a) angariação de novos clientes para o principal ou mesmo o aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente; b) o aproveitamento, pelo principal, ao término do contrato, pelo principal, da atividade exercida pelo agente; c) e o agente deixe de receber remuneração pelos negócios gerados com os clientes que angariou.⁶¹⁰

5.3.2.1 A angariação de novos clientes para a outra parte ou o aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente

O primeiro desses pressupostos impõe uma análise sobre a atuação do agente durante a vigência contratual. Visa verificar se este, no exercício das suas funções contratuais, conseguiu, dentro de sua área de atuação, angariar novos clientes ao principal ou mesmo incrementar o volume de vendas com os clientes já existentes quando de sua contratação⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Atualizado, em virtude dos regramentos impostos pela Diretiva 86/653/CEE, pelo Dec.-Lei 118/93, de 13 de Abril.

⁶⁰⁹ Acerca de tais dispositivos, o primeiro, art. 33º, enumera os pressupostos e condições à incidência da indenização de clientela, o art. 34º, por sua vez, apresenta qual o calculo para a obtenção dos valores devidos ao agente.

⁶¹⁰ Vide, nesse sentido, nossa exposição sobre o tema, em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 72-77.

⁶¹¹ Quanto a esse ponto, tal incremento pode ser tanto qualitativo, ou mesmo qualitativo, ou seja, referente à qualidade dos bens adquiridos. Em ambos os casos, o pressuposto estaria atendido.

Se o agente não tiver conseguido incrementar tais índices, ou seja, aumentar o número de clientes ou o volume de negócios desenvolvidos com os já então cadastrados, não é, à partida, merecedor de indenização de clientela.

À partida, porque plenamente razoável⁶¹² que esse pressuposto seja compreendido como cumprido se, em momentos de crise, tais quais as que o mundo atravessa desde 2020, diante da pandemia do COVID-19, a despeito de não haver incremento, tiver havido, pelo agente, a manutenção dos níveis de negócios então experimentados fora do período de crise. É natural que, em períodos de constatada crise, a interação e o volume negocial caiam e, se o agente conseguir, durante esses momentos, manter o patamar de intermediações de venda que realizava fora do tal período, é porque atuou fortemente em prol da agência e do principal.

Aumento de clientela leva a crer, naturalmente, o incremento de uma clientela estável⁶¹³, habitual, eis que é essa a clientela a que o instituto em voga faz menção para fins de indenização. Não faria sentido a instituição de um regime próprio, complexo, instituído para compensar o agente pela perda de oportunidades futuras se, em bem verdade, estivéssemos a falar de uma clientela esporádica.

Nada impede, contudo, de realizar-se uma análise casuística, a depender da característica do segmento e do negócio em pauta. Em bem verdade, pode ser esporádica uma negociação com cliente em determinado setor, e, nem por isso se pode, ciente de que há abalizadas vozes contrárias a tal ponderação, desconsiderar a angariação de tal clientela.⁶¹⁴

⁶¹² Vide, nesse sentido, MONTEIRO, António Pinto. *op. cit.* p. 144. Idem LEITÃO, Luís Menezes. *op. cit.* p. 51. Quanto a tema, merece destaque a lição e SANZ, Martinez. *op.cit.* pp. 165-166, para quem: “En este sentido, a nadie se le oculta que em épocas de flerte recesión económica, la labor desplegada por um agente, simplemente para remeter a los clientes preexistentes, con toda probabilidade implica um esfuerzo equivalente, cuando no superior, al de captar clientes o intensificar las operaciones comerciales en épocas de bonanza económica. Por ello, no sería descabido pensar, que bajo dichas circunstancias de orden excepcional, al agente puede serte reconocida compensación por el simple mantenimiento del nivel de clientela.” Vide, outrossim, nossa posição em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 73.

⁶¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 47-48, para quem: “É, no entanto, manifesto que para efeitos de indemnização de clientela se exige uma certa estabilidade na relação entre os clientes, uma vez que só esta permite assegurar a manutenção futura de relações com o principal, após a extinção do contrato de agência. Parece, assim, que apenas clientes habituais ou fixos são de tomar em consideração.”

⁶¹⁴ Vide CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 105, para quem: “O preenchimento do conceito de ‘cliente’ ou de ‘clientela’ deverá, assim, em nossa opinião, atender à realidade empírica subjacente a cada contrato de agência – por outras palavras, ao tipo de procura susceptível de afluir à empresa do concreto principal. Se esse comercializar bens duradouros junto de utilizadores finais (consumidores ou não), cuja reacquirição se perfilhe como improvável, nem por isso deixará de revelar a conquista de clientela resultante da actividade do agente. (...) Em suma, deverá ser deixada ao juiz a tarefa de averiguar, à luz das concretas circunstâncias, o que há-de entender-se por cliente do principal, tendo como horizonte de referência o conjunto de sujeitos que adquirem os bens ou serviços que oferece e, parece-nos, as concepções prevalescentes no sector

Importante considerar ainda que a clientela a que alude a normativa portuguesa é aquela efetivamente angariada⁶¹⁵ no curso da relação contratua de agência. Atos preparatórios, de captação e cooptação de clientes, em que pesem sua importância e seus esforços, não devem ser considerados para o fim de cumprimento do pressuposto em análise. Ainda, destaque-se, que após o encerramento do vínculo contratual aquela aquisição de clientela, até então potencial, se perfectibilize.

É que, de fato, se no curso do retrato contratual não tiver havido trocas entre o principal e o cliente, e assim, não houver gerado volume de negócios, não há como se considerar cumprido o requisito da alínea a) do art. 33º da norma portuguesa⁶¹⁶.

Um outro ponto acerca da temática em debate é a possibilidade de angariação de clientes por terceiros. Em uma análise superficial, parece-nos que não atenderia o requisito de angariação de clientela a aquisição feita por terceiro, na medida em que o terceiro não é o cliente e, assim, não haveria qualquer angariação de clientela. Mas se, de fato, o terceiro tenha uma absoluta influência na decisão de aquisição dos produtos, seja por sua credibilidade junto ao mercado, bem como pela forte fidúcia que sua clientela possua em si, penso ser de considerar essa clientela como angariada⁶¹⁷.

merceológico em que actua.” Em sentido contrário vide SANZ, Martinez. *op.cit.* p. 149, MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 82.”

⁶¹⁵ Destaque-se, nesse viés, que, para aos fins de cumprimento do pressuposto da alínea a) do art. 33º; “Incluem-se no conceito de novos clientes os que, embora fossem clientes do agente antes do início da relação do principal, passem a comercializar com este, trazidos pelo agente.”, cfr. o nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 74. Destaca LEITÃO, Luís Menezes. *op. cit.* p. 48, que: “... parece que também se deverão considerar como tais os clientes que tenham cessado a sua relação comercial com o principal, antes mesmo da celebração do contrato de agência, e posteriormente tenham sido levados a reinstituí-la em resultado da actuação do agente.”

⁶¹⁶ Vide, nesses termos, CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 105, para quem: “Se o agente apenas conseguiu despertar em certo sujeito o interesse em adquirir, parece duvidoso que este ‘cliente’ meramente potencial, que pode nunca chegar a comprar ou fazê-lo junto da concorrência, e que, no momento em que a agência vem a cessar, não proporcionou ao principal qualquer troca susceptível de engrossar o volume de negócios da empresa, possa preencher o requisito da alínea a).”

⁶¹⁷ Vide CUNHA, Carolina. *op cit.* pp. 107/108. Destaca LEITÃO, Luís Menezes. *op. cit.* p. 48, sobre o tema, que: “Por nosso lado, entendemos que a angariação por terceiros não será em princípio relevante, pois não são eles os clientes, a menos que aqueles se encontrem numa posição especial de poder forçar estes à aquisição do produto. Nessa hipótese, a angariação dos terceiros já nos parece poder ser levada em conta para efeitos de atribuição de indemnização de clientela, uma vez que não nos parece constituir obstáculo à sua atribuição o facto de a angariação de clientes ser realizada por intermédio de terceiro.”

No que toca à parte final da alínea a), relativa ao aumento substancial do volume de negócios com a clientela existente, faltou à legislação trazer maior embasamento para o que deveria ser considerado um aumento substancial do tal volume de negócios⁶¹⁸.

A análise, penso, quanto a tal questão, deve ser pontual e casuística⁶¹⁹, avaliando-se, nesse contexto, o histórico de relações do principal com o cliente numa fase pré e na fase posterior ao ingresso do agente na relação. Dessa forma, é possível diagnosticar o nível de interferência da atuação do agente para, sendo o caso, considerar como substancial o aumento no volume de negócios.⁶²⁰

Nesse sentido, Lacerda Barata⁶²¹, reforçando a indeterminação legal, destaca que “Naturalmente que não é qualquer acréscimo de clientela ou qualquer benefício que daí resulte para o principal que justificará a atribuição ao agente de uma ‘indenização’ de clientela; terá de se tratar de um acréscimo e de um benefício de proporções minimamente relevantes para o efeito: um acréscimo "substancial" do volume de negócios do principal (cf. al. a)), donde resulte para este um benefício "considerável" (cf. al. b). Caberá aqui, à actividade jurisprudencial a cuidada concretização dos conceitos indeterminados utilizados pelo legislador”.

De fato, será o caso concreto, a partir de suas vicissitudes, que determinará a melhor noção, pontual, do aumento substancial de volume de negócios gerado pelo agente ao principal.

⁶¹⁸ Como muito bem exposto por SANZ, Martínez. Op. cit. p. 164, “Mayor dificultad suscita, sin duda, la interpretación del adverbio sensiblemente que de cualificar el incremento de las operaciones para que pudiese tenerse en cuenta a efectos de la compensación por clientela. Dificultad que es la propia de todo concepto jurídico indeterminado.”

⁶¹⁹ Em igual sentido é o parecer de SANZ, Martínez. Op. cit. p. 164-165, para quem: “No es tarea sencilla, sin embargo, fijar el incremento preciso en porcentajes numéricos, siendo una cuestión que habrá de ser concretada caso por caso, en atención a las particulares circunstancias que concurran.”

⁶²⁰ Para o autor espanhol SANZ, Martínez. Op. cit. p. 164, “Un incremento sensible debe revestir, parece, la condición de esencial, es decir, ser de tal magnitud que pueda equipararse a la adquisición de un nuevo cliente”.

⁶²¹ BARATA, Lacerda. . Op. cit. p. 82

5.3.2.2. Benefício considerável à outra parte, após o encerramento contratual, da atividade desenvolvida pelo agente

Sem que o principal herde os benefícios advindos da clientela com quem ele ira explorar comercialmente após o encerramento da contrato de agência, não há de ser cogitado, qualquer pagamento da indenização de clientela.

Conforme outrora aduzido, a indenização de clientela, para o modelo português, tem como fundamento a compensação, ao agente, pelo fato do principal, ao cabo da relação entre os mesmos estabelecida, explorar, isoladamente, a clientela angariada por aquele⁶²². Se não houver tal benefício, não há de ser cogitada a aplicação e pagamento de indenização de clientela.

E, pela norma portuguesa, não bastam quaisquer benefícios. Para potencializar o pagamento de indenização de clientela, estes precisam ser consideráveis. Para Menezes Leitão⁶²³, isso “... implica que o ganho do principal tenha que reverter alguma dimensão. Essa dimensão é determinada pela compensação da extensão e duração dos negócios angariados pelo agente com outros negócios do principal em que ele não tenha tido intervenção.”

É, todavia, de difícil mensuração a avaliação, no momento do encerramento do pacto de agência, se o principal legará benefícios consideráveis, para o futuro, advindos da clientela angariada pelo agente.

Vale-se, então, de um olhar para frente, de um juízo de prognose para, postas as circunstâncias do caso, avaliar-se, quando do encerramento do contrato de agência, se aquela dita clientela angariada pelo agente renderá frutos negociais substanciais ao principal.⁶²⁴ Isso ainda que não seja através de uma exploração direta de tal clientela. Referido requisito restará

⁶²² Como destaca LEITÃO, Luís Menezes. Op. cit. p. 52, “Trata-se de um pressuposto essencial, já que o fundamento da indemnização de clientela é o facto de a atividade do agente, embora enquadrada numa relação contratual duradoura, pode ter efeitos benéficos para a outra parte após a extinção dessa relação, justificando assim a compensação do agente.”

⁶²³ Consoante vaticina LEITÃO, Luís Menezes. Op. cit. p. 52

⁶²⁴ Para o notável doutrinador MONTEIRO, António Pinto. Op. cit. p. 144/145, “(...) não se mostra necessário que eles já tenham ocorrido, bastando que, de acordo com um juízo de prognose, seja bastante provável que eles se venham a verificar, isto é, que a clientela angariada pelo agente constitua, em si mesma, uma chace para o principal(...)” No mesmo sentido é o entendimento de CUNHA, Carolina. *op cit.* p. 170, ao mencionar “(...) um juízo de prognose favorável à obtenção de proveitos”. No mesmo viés, vide o nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 76.

atendido se o principal se valer de um outro agente para atender e, assim, intermediar as trocas com a clientela legada pelo agente sucedido⁶²⁵.

5.3.2.3. O agente deixar de receber retribuição por contratos angariados após a cessação da agência

A razão de ser desse requisito é, como muito bem destaca o notável Lacerca Bararta⁶²⁶, “(...) evitar que a mesma fonte (contratos negociados ou concluídos após a cessação da relação de agência, com clientes angariados pelo agente gere, por duas vias, um direito à prestação pecuniária a favor do agente).”⁶²⁷

De fato, o fundamento da indenização de clientela consiste em contraprestar o agente, repor suas perdas de oportunidades futuras, diante da clientela que o mesmo angariou e que, pelo fim do contrato, remanescerão à exclusiva exploração do principal.

Se, de algum modo, o agente receber frutos dessa relação de clientela que captou, não há sentido algum cogitar-se indenização de clientela, sob pena de *bis in idem*. Seria o caso, *verbi gratia*, de eventual estipulação entre principal e agente, no sentido de que aquele continue pagando ao agente determinado valor, em face dos negócios que o mesmo fizer com a clientela angariada pelo indicado agente⁶²⁸. De fato, incogitável a aplicação de indenização de clientela em referidas situações.

Como já dispôs o Supremo Tribunal de Justiça português, “Como a indemnização de clientela visa compensar os proveitos ou remunerações que o "agente" deixe de receber em virtude da cessação do contrato, não poderá essa indemnização ser atribuída quando o "agente", neste caso, a concessionária, continuou a beneficiar da clientela que "angariou"

⁶²⁵ Nesse sentido, vide MONTEIRO, António Pinto. Op. cit. p. 145. No mesmo sentido é o vaticínio de LEITÃO, Luís Menezes. Op. cit. p. 54, para quem "esta disposição explica-se pelo facto de que, a ser atribuída ao agente direito à comissão por estes contratos, este adquiriria uma indemnização de clientela que acresceria a essa comissão, extravasando esta assim das suas funções de indemnização"

⁶²⁶ BARATA, Lacerda, *op. cit.* p. 91.

⁶²⁷ Vide, nesse sentido, o nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 77

⁶²⁸ Cfr. MONTEIRO, António Pinto – Op. cit., p. 145

durante a vigência do contrato. Caso contrário, tornar-se-ia evidente a duplicação de rendimentos.”⁶²⁹

5.3.3 Fatos Impeditivos à Atribuição de Indenização de Clientela

O art. 33º do Dec.-Lei n. 178/86, de 03 de Julho, atualizado, em virtude dos regramentos impostos pela Diretiva 86/653/CEE, pelo Dec.-Lei 118/93, de 13 de Abril, para além de estabelecer os pressupostos⁶³⁰ exigidos para que o agente tenha direito à indenização clientela, também estabeleceu situações impeditivas à obtenção de tal indenização, independente do cumprimento dos requisitos acima indicados.

Verificadas pois, quaisquer das hipóteses legais, não fará o agente jus ao recebimento da indenização de clientela aqui tratada. São elas: a) a extinção contratual por razões imputáveis ao agente, além da b) cessão de sua posição contratual.⁶³¹

5.3.3.1. Extinção contratual por razões imputáveis ao agente

Se tiver o agente dado causa ao encerramento do vínculo, esse, pela normativa portuguesa, não fará jus à indenização de clientela. Trata-se, em Portugal, de internalização de comando da Diretiva 86/653/CEE, de 18/12/1986, por seu art. 18º⁶³²

⁶²⁹ Acórdão do STJ in "www.dgsi.pt" de 12.05.2011 proc. n.º 2334/04.6TVLSB.L1.S1.

⁶³⁰ Pressupostos esses que são cumulativos, ou seja, é preciso que o agente cumpra os requisitos contidos na três alíneas do art. 33º.

⁶³¹ Vide, nesse sentido, nossa abordagem ao tema, in PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 78-81

⁶³² Artigo 18º

Não é devida a indemnização ou a reparação referida no artigo 17º:

a) Quando o comitente tiver posto termo ao contrato por um incumprimento imputável ao agente comercial e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento da cessação do contrato sem prazo;

b) Quando o agente comercial tiver posto termo ao contrato, a não ser que essa cessação seja devida a circunstâncias imputáveis ao comitente ou à idade, enfermidade ou doença do agente comercial que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas actividades;

c) Quando, por acordo com o comitente, o agente comercial ceder a terceiros os direitos e obrigações que para ele decorrem do contrato de agência.

O objetivo dessa previsão, não imune a críticas, foi, pensamos, a de não conferir ao agente a decisão sobre quando receber sua indenização⁶³³. Tanto que a denúncia do contrato, pelo agente, sem justo motivo, também enquadra-se no dispositivo legal e, assim, é óbice à implementação da indenização⁶³⁴.

Entendemos, outrossim, presentes, na norma destacada, fundamentos do princípio da conservação dos negócios jurídicos, como fomento à continuidade de um vínculo ativo, fluido, gerando trocas e sem nada que justifique sua rescisão.

Por outro lado, de fato, é compreensível a crítica de parte da doutrina⁶³⁵, ao defender, a despeito de quem deu causa ao fim do ajuste, que se o principal mantém consigo os vínculos com a clientela e com esta continua a explorar atividade comercial, a mesma perda de oportunidade sofrerá o agente⁶³⁶.

A Diretiva comunitária destacou que o agente não fará jus à indenização de clientela quando o principal tiver posto termo ao contrato por um incumprimento imputável ao agente comercial e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento da cessação do contrato sem prazo, bem como quando o agente comercial tiver posto termo ao contrato, a não ser que essa cessação seja devida a circunstâncias imputáveis ao comitente ou à idade, enfermidade ou doença do agente comercial que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas atividades.

5.3.3.2. *Cessão da Posição Contratual*

É, por fim, causa de impedimento à indenização de clientela, tal qual previsto no art. 18º, c) da Diretiva 86/653/CEE, a cessão, pelo agente, de sua posição contratual. Nos parece, de fato, lógica a vedação.

⁶³³ Em idêntico sentido, vide LEITÃO, Luís Menezes. Op. cit. p. 59, para quem: “Parece-nos, no entanto, que a exclusão se justifica, em ordem a evitar que o agente, por decisão unilateral sua, possa a qualquer momento adquirir o direito de forçar o principal a compensá-lo pela clientela que foi gerando ao longo do contrato.”

⁶³⁴ Conforme aludido por LEITÃO, Luís Menezes. Op. cit. p. 59, a doutrina alemã questionou tal situação, prevista no art. 12º da GG alemã, sob o argumento de que se estaria penalizando o agente ao rescindir o contrato de agência e o impondo, assim, a obrigação de mantê-lo contra a sua vontade.

⁶³⁵ Para MONTEIRO, Pinto. . Op. cit. p. 147, “A solução não será a melhor, mas foi a que a Directiva impôs.”

⁶³⁶ Discussão similar há no Brasil, entre os que defendem que o art. 717 do Código Civil brasileiro autorizou indenização de clientela ao agente, ainda que diante de justa causa. A tese, contudo, é vencida e a melhor interpretação é a que garante tão-somente o recebimento dos valores de comissão dos negócios perfectibilizados até o encerramento do pacto.

Caso o agente negocie sua posicional contratual com terceiro, cedendo ao mesmo sua carteira de clientes, estará cobrando ao adquirente um valor por tal clientela angariada, a ser explorada pelo novo agente, de modo que, caso mentivesse o direito à indenização pelo principal, estaria recebendo duas vezes pelo mesmo fato gerador⁶³⁷.

Uma vez entrando no círculo de agente do principal, o adquirente da carteira do agente cedente, para fazer jus a uma indenização de clientela futura, ao fim do seu contrato, deverá demonstrar o cumprimento dos pressupostos previstos no art. 33º do Dec.-Lei n. 178/86, submetendo-se, então, entre outros, à necessidade de angariar nova clientela ao principal, ou de aumentar, substancialmente, o volume com a já existente,

5.4 O fenômeno da clientela e sua abordagem jurídica

Uma das pedras angulares no estudo do instituto da indenização de clientela envolve a compreensão do conceito de clientela, e sua abordagem como *fattispecie* jurídica. Se o que está em causa no presente estudo é, de algum modo, a valorização da clientela, sob seu aspecto econômico, a um nível de justificar o pagamento de uma indenização, ao cabo da relação contratual, à parte que a angariou e com esta não mais poderá se relacionar comercialmente, denota-se de fundamental importância a análise da clientela como fenômeno jurídico.

Por clientela tem-se um fenômeno de mercado, referente a um fluxo de procura, em que um conjunto de sujeitos, que, interagindo com o mercado comercial, indústria e de serviços, realiza buscas dirigidas às suas necessidades e vontades. Seria, no conceito do festejado doutrinador português Jorge Abreu⁶³⁸,

⁶³⁷ Eis a lição de LEITÃO, Luís Menezes. Op. cit. p. 59, para quem: “A exclusão da indemnização de clientela justifica-se neste caso porque o cedente terá recebido uma compensação do cessionário pelos clientes que angariou, pelo que, se fosse reclamar simultaneamente do principal a indemnização de clientela, acabaria por receber duas vezes o mesmo benefício.”

⁶³⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Da empresarialidade: as empresas no direito, p. 49-50.

(...) o círculo ou quota de pessoas (consumidores) que com esse estabelecimento contactam. Tal círculo pode ser constituído por consumidores relativamente habituais ou fixos (clientela ‘fiel’, e clientela ‘orgânica’ – se os consumidores habituais estiverem ligados à empresa por contratos duradouros) e/ou por consumidores ocasionais, variáveis (clientela ‘ocasional’ ou de ‘passagem’) (...).

A clientela, por sua pluralidade, pode ser subjetiva e objetiva. Enquanto a clientela subjetiva se prende ao fornecedor por seus aspectos pessoais, relacionado à reputação, credibilidade, ao tratamento que oferta aos seus clientes, a clientela objetiva é que se fixa a fatores objetivos que compõem o estabelecimento, tal qual seu sinal gráfico e os produtos comercializados.

Sabe-se que o estabelecimento comercial^{639,640} é o conjunto de bens, corpóreos ou não, reunidos pelo empresário para o exercício de sua atividade comercial⁶⁴¹. O estabelecimento comercial é, pois, uma universalidade, ou seja, um complexo de bens, de natureza corpórea e incorpórea, reunidos pelo empresário para o exercício de sua atividade empresarial. Bens corpóreos, de existência física, materialmente acessíveis, são as instalações, as mercadorias, as máquinas, entre outros, utilizados pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade empresarial⁶⁴². Já os incorpóreos, são os que não ocupam espaço no mundo exterior, ou seja,

⁶³⁹Completa a definição, de Estabelecimento Comercial para Nery Jr e Nery, senão vejamos: “Estabelecimento empresarial é o complexo de bens, materiais e imateriais, organizados pelo empresário ou sociedade empresária, para o fim de exercício da empresa (que é uma atividade). Esses bens devem estar organizados para a atividade da empresa, vale dizer, devem ter escopo produtivo bem como ligação intrínseca entre si – ligação funcional – para que possam constituir-se e caracterizar-se como integrantes do estabelecimento. Um conjunto ou agrupamento de bens isolados, sem a ligação funcional, em princípio não se caracteriza como estabelecimento, mas sim como integrante do patrimônio do empresário ou da sociedade empresária. O estabelecimento empresarial (ou fundo de comércio) não pode ser confundido com o patrimônio da sociedade.”. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil comentado e Legislação Extravagante, p. 594.

⁶⁴⁰ Ou fundo de comércio. Aderimos à doutrina majoritária que considera estabelecimento comercial e fundo de comércio sinônimos. É o caso, no Brasil, de doutrinados de escola como Fabio Ulhôa Coelho e Maria Helena Diniz. Preferimos, para os objetivos desse trabalho, não adentrar em eventuais análises acerca da eventual diferença entre estabelecimento comercial e fundo de comércio.

⁶⁴¹ É, no Brasil, o estabelecimento comercial, objeto de conceituação normativa, ex vi do art. 1142 do Código Civil, que dispõe que “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”.

⁶⁴² Sobre os bens corpóreos que envolvem o estabelecimento comercial, Coelho destaca, como elementos dessa materialidade a corporalidade, mobilidade, aptidão, valor patrimonial e permanência. COELHO, Fábio Ulhoa – Curso de direito comercial, p. 101.

não possuem existência física. É o caso, por exemplo, do ponto comercial, do nome, da marca e patente.

Tema objeto de tradicional debate jurídico é o enquadramento, ou não, da clientela como elemento do estabelecimento comercial.⁶⁴³ Se, na França de 1909, o entendimento seria de que a clientela seria elemento essencial do estabelecimento, a hodierna compreensão é de que a mesma é uma qualidade do fundo de comércio, e não seu elemento integrante.

A clientela, em bem verdade, não é parte do estabelecimento comercial, mas seu objetivo, o foco do seu resultado, a condição de fato da existência do estabelecimento. Seria, noutros termos, uma qualidade do fundo de comércio, como uma consequência da atividade empresarial materializada.

O estabelecimento comercial pode existir antes mesmo da empresa entrar em atividade, e, assim, previamente à existência de qualquer clientela real. Todavia, a clientela real só existirá com a efetiva entrada em funcionamento da empresa⁶⁴⁴.

Embora não componha o estabelecimento comercial como parte integrante, tal fato não retira a análise do chamado direito à clientela, e, assim, da consideração econômica que se possa haver sobre a clientela relacionada à determinado estabelecimento. Clientela essa, para os fins dessa análise, de fato, que mantém com o estabelecimento uma relação habitual, de relações de fornecimento, envolvendo pactos relacionais, e não aquela ocasional.

Os que defendem a inexistência de direito à clientela, o fazem, inicialmente, pelo fato de que a mesma não pode ser objeto de domínio, e, como tal, não pode ser enquadrado como coisa, como bem⁶⁴⁵. O empresário, gera, com seu esforço, trabalho e reputação conquistada, a clientela para o seu negócio, mas tal clientela não é sua. É, na verdade, livre para, no dia seguinte, buscar um novo fornecedor, sem qualquer tipo de aliança ao empresário com quem comprava. Por tal razão, a clientela não pode ser cedida ou vendida. O livre arbítrio inerente à clientela dificulta sua caracterização bem integrante do estabelecimento.

⁶⁴³ Para uma abordagem histórica da questão, além de uma análise pelo direito comparado, valiosa a doutrina de CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 53-55.

⁶⁴⁴ Vide CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 57.

⁶⁴⁵ Nesse sentido, vide Mario Rotondi, Studi sull'avviamento, que, em crítica aos defensores de uma direito real sobre a clientela, refuta a tese, “(...) dada a evidente insustentabilidade de uma redução da pessoa ao estatuto jurídico de coisa.”. Em igual teor, vide José de Oliveira Ascensão, Concorrência desleal, ao destacar que “é inadequado falar em direito à clientela, pois a clientela disputa-se livremente; a única coisa que se pretende é que essa clientela não seja disputada de modo desleal.”. Apud CUNHA Carolina, Op. cit. p. 59.

O fato, contudo, de que a clientela seja formada por pessoas, e, como tais, essencialmente livres e, assim, de impossível apropriação – enquadramento como bem – não significa que sobre a clientela não se tutele um valor econômico, ou, de algum modo, um direito patrimonial.

A doutorinadora portuguesa Carolina Cunha, sobre o tema, destaca:

Entre nós, a clientela tem vindo a ser considerada um bem não coisificável, mais exactamente uma situação económica não autónoma – situação economicamente vantajosa que se liga indissolubilmente à situação de titularidade de um estabelecimento, pelo que só dominando esta última é que alguém se pode assenhorear da primeira; ou uma simples expectativa extra-jurídica (a expectativa de que os clientes continuarão a ocorrer) relevante para a apreciação do valor do estabelecimento; ou tão só uma pura situação de facto vantajosa para o exercício do comércio.

Uma clientela vinculada de forma estável e constante com determinado estabelecimento⁶⁴⁶, gera, sem dúvidas, um valor, com óbvios reflexos econômicos⁶⁴⁷. Ser ou não ser bem, é de menor importância, mas, efetivamente, a clientela é um fenômeno de mercado que gera uma situação economicamente relevante ao empresário.

Até, pensamos nós, uma clientela desvinculada de um estabelecimento possui valor econômico. Apenas a potencialidade da clientela relacionada aquele produto ou marca em determinado local é susceptível de valoração econômica.⁶⁴⁸

Como novamente muito bem destaca Carolina Cunha, “Claro está que o valor daquelas trocas condiciona o valor desta posição: quanto mais numerosas e vantajosas forem as

⁶⁴⁶ O que revela que esse valor gerado não é imediato, automático, mas fruto de um fluxo de procura estável com o público.

⁶⁴⁷ Eis o entendimento do doutrinador Orlando de Carvalho, para quem o valor econômico de uma clientela está obrigatoriamente vinculado à titularidade de um estabelecimento. Apud CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 83.

⁶⁴⁸ Essa é a doutrina de Ascensão, que defende a existência de uma “clientela de marca”, e, desse modo, desvinculada à materialização de um estabelecimento. Apud CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 83.

transacções com os clientes, mais apreciada será a situação de quem aproveita os ganhos por ela gerados”⁶⁴⁹.

De fato, a clientela é um fenômeno de mercado, com nítido valor econômico, apesar de toda a discussão jurídica sobre o eventual direito à clientela. Ainda que livre, por essência, é certo que a clientela se fixa a fatores subjetivos e objetivos daquele com quem mantém fluxo orgânico de trocas.

5.5 Fundamentos da Indenização de Clientela

Há um universo de teorias que se propõem a fundamentar o instituto da indenização de clientela. Nenhuma delas, de fato, unissonamente aceita pela doutrina. Sobre todas, então, pesam críticas sensatas, relevando, assim, a singularidade da figura em análise.

A própria duplicidade de modelos autorizados pela Diretiva 86/653/CEE contribui para tal. Isso porque, se presente a vertente trazida pelo modelo alemão, que se volta às vantagens do principal, a indenização de clientela tende a se aproximar mais da figura do enriquecimento sem causa. Se, contudo, o foco residir sobre as perdas de comissões do agente, o instituto teria mais afinidade com elementos de responsabilidade civil⁶⁵⁰.

A elasticidade do tecido trazido pela Diretiva, prevendo duas versões do instituto muito distantes entre si, contribuiu, sem soçobro de dúvidas, como tivemos a oportunidade de dizer outrora, para tal dificuldade na real definição da causa raiz da indenização de clientela.

Além dessas – de enriquecimento sem causa e responsabilidade civil - outras teorias se somam, especialmente a que atribui à indenização fundamento de: interesse ou ativo comum da clientela, retribuição diferida para o momento pós-contratual e teoria assistencial.

⁶⁴⁹ CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 63. E arremata a jurista portuguesa: “Ora, a tradicional caracterização das relações entre empresa e clientela como relações de facto com valor económico, distintas das relações jurídicas travadas com os adquirentes individuais, cristaliza justamente o relevo da clientela no valor atribuído à situação de facto de se gozar de um fluxo de procura, enquanto situação vantajosa para o exercício do comércio.”.

⁶⁵⁰ Vide CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 379.

O fundamento fático que contribuiu para as iniciativas legislativas sobre o tema indenização de clientela foi o desequilíbrio verificado com o fim da relação contratual duradoura da agência. Isso porque o processo de desbravamento comercial de uma área, de exploração de um novo mercado, é lento, exigindo um certo período de investimentos e sem retornos financeiros, para, a partir de dado momento, gerar um equilíbrio econômico aos esforços do agente⁶⁵¹.

A cessação, o encerramento do pacto, faz romper tal equilíbrio e descontinua a possibilidade do agente de auferir ganhos sobre a área e a clientela que desbravou, mantendo-as exclusivamente com a contraparte contratual.

A atividade empresarial é, por característica, fria, e, se motivos empresariais sustentarem que a cessação do contrato de agência, ou mesmo sua substituição, releva-se mais lucrativa ao principal, a tendência é que este tome tal decisão sem qualquer pudor subjetivo aos esforços ainda não integralmente remunerados do agente. E é tal situação desfavorável que a indenização de clientela busca ofertar salvaguarda.

Vale à pena, ainda que muito rapidamente, trazer os elementos principais que envolvem cada uma das teorias que fundamentam, ou assim tentam, a indenização de clientela.

5.5.1 Enriquecimento sem causa do principal

A teoria com maior número de defensores é a que aproxima a indenização de clientela do enriquecimento sem causa do principal^{652,653}. A indenização de clientela promove

⁶⁵¹ Como dito por Michel Meyssan, *Le fondement juridique de l'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants et placiers*,. “Mostra a experiência que a prospecção de um novo mercado requer um tempo considerável. Os profissionais admitem, em regra, que são necessários dois anos para que uma nova clientela comece a permitir lucros. É muito raro obter uma encomenda logo na primeira visita.(...) O normal é que apenas ao fim de duas ou três visitas o eventual cliente preste atenção às representações realizadas pelo representante.”. Apud CUNHA, Carolina – *A indenização de clientela do agente comercial*, p. 249.

⁶⁵² Filiam-se a essa corrente, autores de escol como MONTEIRO, António Pinto – *Op. Cit.*, p. 143, BARATA, Carlos Lacerda – *Sobre o contrato de agência*, p. 94-95, além de VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – *Op. Cit.*, p. 125.

⁶⁵³ Acerca da teoria do Enriquecimento sem causa do principal, vide o nosso PARENTE, André Rodrigues – *Op. Cit.*, p. 33-38.

uma compensação⁶⁵⁴ ao agente pelo enriquecimento sem causa do principal, que, ao fim do contrato de agência, permanece, sem qualquer partilhamento, a explorar e a obter ganhos decorrentes da clientela angariada pela contraparte durante a vigência do pacto contratual.

Por essa teoria, nesse sentido, o nome “indenização” não corresponde à melhor técnica, na medida em que não se está no terreno da responsabilidade civil. O mais correto seria compensação, na medida em que visa recompor o agente pelo enriquecimento sem causa do principal⁶⁵⁵.

No que tange ao enriquecimento sem causa, esse termo, independente de qualquer maior avaliação ontológica, leva à figura em que alguém se enriquece às custas de outrem, ou de determinada situação, sem, contudo, fazer jus ao referido enriquecimento.

Passa, aprioristicamente, a reflexão de que alguém, sem motivo ou causa legítima, como também sem justificação legal, enriqueceu em prejuízo de determinada pessoa. Enriquecimento, por óbvio, como menção ao incremento patrimonial, como superávit, sem qualquer avaliação relativa ou absoluta do termo riqueza.

Eis, pois, a vertente positiva do termo enriquecimento, contemplando o aumento patrimonial. Há, também, o enriquecimento sob a vertente negativa, que se vincula ao impedimento da redução patrimonial. Embora haja apenas uma aparente igualdade patrimonial, essa seria, certamente, menor, não fosse a ação de enriquecimento praticada⁶⁵⁶.

A vedação ao enriquecimento sem causa, cujos fundamentos se escoram tanto na ausência de autorização para que se obtenha e se retenha um benefício sem legitimidade para tal, como também na natural justiça de se proibir a locupletação indevida, guardam estreita

⁶⁵⁴ Sobre o tema, é válido destacar a opinião de Monteiro, para quem: “Trata-se, no fundo, de uma compensação devida ao agente, após a cessação do contrato – (...) – pelos benefícios de que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente. É como que uma compensação pela ‘mais-valia’ que este lhe proporciona, graças a atividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa atividade, após o termo do contrato de agência. Pese embora o nome, não se trata, em rigor, de uma verdadeira indemnização, até porque não está dependente de prova, pelo agente, de danos sofridos (...)”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 143.

⁶⁵⁵ Conforme BARATA, Carlos Lacerda – Sobre o contrato de agência, p. 94, que, sobre o tema, destacou que: “... não estamos aqui no domínio da responsabilidade civil, pois (inequivocadamente) não se visa, primordialmente, reparar um dano. Daí, que, em rigor, não se trata de uma indemnização”.

⁶⁵⁶ Sobre a vertente positiva e negativa de enriquecimento sem causa, vide PAES, Pedro – Enriquecimento sem causa, p. 99.

relação com deveres de honestidade, lealdade, solidariedade e boa-fé que se impõe em qualquer relação negocial⁶⁵⁷.

Duas grandes escolas, embora, anteriormente, o tema já fosse objeto de pauta no direito romano, trataram de aprofundar a abordagem à questão: o direito francês e o direito alemão, inspirando os demais ordenamentos jurídicos; inclusive, nesse sentido, os ordenamentos português e brasileiro.

O direito francês fundamenta, juridicamente, a contraposição ao enriquecimento sem causa no princípio da equidade, não havendo qualquer previsão em norma positivada. Uma vez verificada a ocorrência de enriquecimento sem causa justificada⁶⁵⁸, cabe à parte empobrecida⁶⁵⁹ manejar a ação respectiva. Importante destacar, no entanto, que essa ação tem caráter subsidiário, só cabendo se o ordenamento jurídico, ou seja, se uma lei, não dispuser em sentido contrário.

Assim, apenas no silêncio normativo legal é que a parte pode ingressar a ação de enriquecimento sem causa. Se, todavia, a legislação previr solução diversa ou mesmo entender pela ausência de direito, é porque, na avaliação francesa, o enriquecimento possui causa legal e justificada, descabendo qualquer análise acerca da sua legitimidade.

Em terras tedescas, o tratamento da matéria recebeu nítida inspiração do Direito romano e é objeto de positivação, estando prevista entre os §§ 812 a 822 do BGB. Nesse sentido, é válido trazer à baila o texto do § 812 do BGB alemão, que assim dispõe:

Quem obtém, por meio da prestação de outrem, ou de outro modo⁶⁶⁰, algo sem casua jurídica, estará obrigado a lhe restituir o obtido. Igual

⁶⁵⁷ Vide, sobre o tema, DINIZ, Davi Monteiro – Da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa.

⁶⁵⁸ De acordo com Diniz, é preciso, para justificar a ação de combate ao enriquecimento sem causa, “(...) estarem presentes enriquecimento de uma parte, empobrecimento da outra e uma correlação entre os dois eventos.”. Além da condição econômica, o autor enfatiza ainda a necessária condição jurídica, como sendo, a inexistência de “(...) razão jurídica, ou sua expressão clássica – título jurídico -, que justifique legamente os fenômenos econômicos observados de empobrecimento e enriquecimento (...)”. DINIZ, Davi Monteiro – Da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa, p. 68-69.

⁶⁵⁹ Para Diniz, referindo-se à doutrina francesa de Seriaux e Stark, o empobrecimento se verificaria pela simples “(...) fruição alheia e não remunerada dos resultados de seu trabalho.”. Idem – Op. Cit., p. 68.

⁶⁶⁰ Ainda que não seja pela prestação direta de uma parte à outra, a legislação alemã reconheceu a insurgência de enriquecimento sem causa, passível de restituição, aos casos, por exemplo, de realização de gastos injustificados no patrimônio de outrem, ou no caso de intromissão em direitos alheios.

obrigação existirá se a causa legal faltar posteriormente ou se, de acordo com o pactuado, o resultado previsto em razão da prestação não se verificar.

Em suma, a norma alemã estabelece a obrigação de se restituir o que “A” recebeu, sem esteio legal, decorrente da prestação de “B”. Inclusive, a norma trata dos casos em que a causa legal falte posteriormente. Ou seja, a partir da cessação da relação que justificava o enriquecimento de “A” em face da prestação de “B”, que, por sua vez, também enriquecia, a manutenção da percepção desses benefícios enquadram-se como enriquecimento sem causa, já que esta, que a justificava, encerrou.

Sobre a questão, o ordenamento português, por seu Código Civil de 1966, valeu-se tanto da “escola” francesa quanto da alemã no trato da figura do enriquecimento sem causa. Se a matéria encontra-se devidamente positivada, *ex vi* dos arts. 473º a 482º do Código Civil, há a previsão de sua subsidiariedade⁶⁶¹, nos mesmos termos estabelecidos pelo modelo francês.

Da análise dos artigos indicados supra, percebe-se que, para a restituição do enriquecimento indevido, é preciso que se afira a existência de uma correlação entre o enriquecimento de uma parte e o empobrecimento de outra; que se verifique a boa-fé⁶⁶² dos afetados e, ainda, é imprescindível o ajuizamento de uma demanda judicial para esse fim.

Também no Brasil a vedação ao enriquecimento sem causa é objeto de positivação. Os arts. 884, 885 e 886 tratam da matéria. O art. 884 do Código Civil estabelece que “(...) aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários (...)”.

Pelo texto do artigo supra transcrito, facilmente se denota que os critérios estabelecidos pela legislação brasileira são, em suma, a existência de enriquecimento sem amparo em causa justificada e, ainda, seu auferimento indevido.

⁶⁶¹ “Art 474º – Não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indenizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento.”

⁶⁶² Eis, nesse sentido, o que vaticina o art. 475º do Código Civil português, inspirado no § 815 do BGB alemão.

Se positivação da matéria aproxima o modelo brasileiro da corrente alemã⁶⁶³ de abordagem do tema, sua subsidiariedade, por sua vez, demonstra afinidade ao tratamento francês.

Acerca do enquadramento da indenização de clientela como espécie de enriquecimento sem causa, vozes abalizadas não faltam para criticar essa teoria como a mais correta para fundamentar tal instituto.

Fundamentalmente, quem critica a teoria o faz por enxergar no próprio contrato, ou, em extensão, até mesmo no seu encerramento, a causa do enriquecimento do principal. Os críticos dessa teorização defendem que “(...) não é concebível um enriquecimento sem causa entre as partes de um contrato, pois a causa eficiente como que absorve a causa-contrapartida: se o enriquecimento ou empobrecimento têm por fonte um contrato, ambos são reciprocamente equitativos (...)”⁶⁶⁴.

É exatamente pelo contrato, e, daí, pelas obrigações lá contidas, com ganhos bilaterais, criticam os contrários à citada teoria, que a clientela foi angariada. Contrato esse lícito e plenamente eficaz. Não foi às custas do agente que o principal recebeu sua mais-valia, mas pela atividade, orientada pelo principal, que este tinha por mister contratual realizar.⁶⁶⁵

E persistem, ainda, destacando que embora não seja a lógica esperada em um contrato sinalagmático, é perfeita e juridicamente possível, desde que ausente qualquer usura, que uma das partes contratantes empobreça em proveito da outra.^{666,667}

⁶⁶³ Ao contrário, como dito alhures, da corrente francesa, fundamentada na equidade.

⁶⁶⁴ Pereira, sobre a questão, enfatiza que: “A aproximação da figura ao enriquecimento sem causa esbarra com o facto de a função da agência ser justamente angariar ou fidelizar a clientela do principal, não sendo por isso injusto o principal colher os frutos do esforço do seu agente, pelo qual é remunerado.” PEREIRA, Alexandre Libório Dias – Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição, p. 2657.

⁶⁶⁵ Com o brilho de costume, merece destaque, sobre o tema, a lição de Carolina Cunha, senão vejamos: “A causa eficiente da angariação e desenvolvimento da clientela que vai redundar no enriquecimento do principal é inquestionavelmente o contrato de agência; e a tal “mais-valia é o resultado típico de um negócio jurídico nominado, lícito, válido e eficaz. (...) Não se vislumbra qualquer desequilíbrio carente de correção.” E arretama adiante: “... do ponto de vista etiológico, a angariação e o desenvolvimento da clientela deu-se (também) por força da atividade do agente – mas não ocorreu juridicamente à custa do agente.” CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p 382-383.

⁶⁶⁶ CUNHA, Carolina – A indemnização de clientela do agente comercial, p. 385.

⁶⁶⁷ Já para Brito, para quem: “No direito português, a indemnização de clientela” devida ao agente, não tem função reparadora, não é, em sentido próprio, indemnização; também não parece configurar uma pretensão fundada no injustificado enriquecimento de outrem (o principal)”. Para a autora, na verdade, a indenização é um direito à retribuição do agente por serviços prestados. É, “(...) em conclusão (...) uma remuneração pela clientela angariada pelo agente e de que vem a beneficiar o principal.” BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 100.

Para além disso, fosse espécie do gênero da vedação ao enriquecimento sem causa, o direito não pereceria aos casos de encerramento do vínculo por vontade e ato, sem justo motivo, do agente. O fato do agente encerrar o contrato não deveria, embora assim o faça, retirar o direito à indenização de clientela, se em causa a vedação ao enriquecimento ilícito.⁶⁶⁸

5.5.2 Reparação de danos

De acordo com essa teorização, a Indenização de Clientela é o instituto que tem por objetivo reparar, ressarcir o agente pelos danos causados pela contraparte contratual, no caso, pelo principal.

Volta-se, pois, sua análise ao agente, na medida em que o fim do contrato se perde, ou deixa de receber, as comissões sobre os clientes que, ao longo da relação contratual, captou ou, no mesmo sentido, incrementou o volume de negociações mantidos com o principal.

A teoria da reparação de danos é a que fundamenta a escola francesa da indenização de clientela, embora seus conceitos reverberem para outros territórios⁶⁶⁹.

Diversas são, todavia, as críticas ao enquadramento da indenização de clientela como elemento da reparação de danos.

⁶⁶⁸ Eis, nesse sentido, a lição de Paola, para quem: “É certo que, levado este raciocínio às últimas conseqüências, mesmo na hipótese de denúncia unilateral do contrato pelo distribuidor, ou de resolução do contrato, fundada em ato imputável a este, seria devida a compensação por clientela, ainda que eventualmente compensável com prejuízos causados pelo distribuidor ao fornecedor. Todavia, as soluções legais conhecidas não vão tão longe, afastando a indenização por clientela, quer quando o próprio distribuidor finda, por ato próprio a relação contratual, salvo justa causa, quer quando se lhe é imputada responsabilidade por descumprimento. Em contrapartida, o término do contrato em razão de caso fortuito ou de força maior, nas hipóteses que afetam pessoalmente o distribuidor, especialmente o agente comercial, tais como doença incapacitante, invalidez ou morte, não exclui a possibilidade de compensação por clientela. Daí por que o enquadramento da compensação de que se está a tratar no domínio do enriquecimento sem causa não é isento de dificuldades e inconsistências com o regime legal, como apontam diversos autores.”. PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 231-232.

⁶⁶⁹ Conforme aludido em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 39, nota de rodapé 165, verbis: “Embora de orientação tipicamente Francesa, filia-se a essa teoria BALDI, Roberto; VENEZIA, Alberto – Op. Cit., p. 204. Há, outrossim, mesmo na Alemanha, quem enxergue traços, nos fundamentos da Indenização de Clientela, da teoria ressarcitória, *ex vi* Ernst Gessler, Der Ausgleichsanspruch der Handels apud CUNHA, Carolina – Op. Cit, p. 386.”

Como elemento fisiológico à reparação de danos, é preciso um ato ilícito, que provoque o dano. E o mero encerramento contratual, sem qualquer elemento abusivo, não constitui ato ilícito⁶⁷⁰. Pelo contrário, o direito de não permanecer vinculado, contra sua vontade, às amarras de um contrato, emana do princípio maior da liberdade. É, como dito alhures, direito potestativo, incondicionado, de qualquer das partes. Sem ato ilícito, não há de se cogitar reparação de danos.

Sem contar ainda que a indenização de clientela é devida em situações em que o encerramento do vínculo sequer ocorreu por ato volitivo do principal, como nos casos, *verbi gratia*, de caducidade e morte do agente⁶⁷¹.

Tem, outrossim, que não é o objetivo ontológico da indenização de clientela reparar, mas fundamentalmente reequilibrar, os ganhos obtidos pelas partes que, enquanto vigente o contrato, partilhavam a clientela angariada pelo agente, e que, com seu encerramento, passou a ser explorada unicamente pelo principal⁶⁷².

Finalmente, é ainda absolutamente paradoxal se admitir a tese ressarcitória como fundamento à indenização de clientela diante do conjunto de condicionantes indicadas no Art. 17º, nº 2 da Diretiva Comunitária⁶⁷³. Ora, se a vertente é do prejuízo, por qual motivo se aferir condições como a angariação de clientela e a continuidade da exploração comercial dessa clientela pelo principal?⁶⁷⁴

Por tal motivo, a tese ressarcitória de fundamento de indenização de clientela não é a que se afigura a mais acertada para explicar sua ontologia.

⁶⁷⁰ CUNHA, Carolina – Op. Cit, p. 387.

⁶⁷¹ No mesmo sentido, é o vaticínio de Cunha, para quem: “(...) com que fundamento seria o principal obrigado a proceder sua reparação. É que, nem sempre a ruptura do vínculo em termos que conferem ao agente o direito a uma indenização de clientela se configura como um acto, sequer ilícito e culposos, do principal. CUNHA, Carolina - Op. Cit, p. 387.

⁶⁷² Cfr. já tivemos a oportunidade de mencionar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 39-40

⁶⁷³ Nesse sentido, CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 388, para quem: “... se à figura fosse de assinalar uma natureza ressarcitória, mal se perceberia então a razão de ser dos concretos requisitos da indemnização de clientela na sua vertente ‘germânica’, plasmada no artigo 17º no 2, da directiva: para que exigir a angariação de clientes e a subsistência de vantagens ao principal? Porque não requerer tão-só a perda de comissões futuras – (...)”

⁶⁷⁴ ⁶⁷⁴ Cfr. já tivemos a oportunidade de mencionar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p.41

5.5.3 Ativo comum (clientela)

A teoria da clientela como ativo comum, como o próprio nome induz, coloca a clientela como figura central da análise, caracterizando-a como um ativo comum tanto ao principal quanto ao agente e, por conta do encerramento do vínculo e da impossibilidade do agente em continuar explorando seu ativo, ao mesmo é cabido uma indenização de clientela, como espécie de “liquidação ou partilha” do seu “patrimônio” contratual.

Inexiste, ao nosso visio, um ativo comum na clientela. A indenização de clientela não se centra em tal questão, qual seja o traspasse, a transferência de ativo de um proprietário para outro. O que ocorre é uma relação de mercado, com a figura do agente desbravando um mercado para o principal, e, nessa linha, adquirindo e perenizando clientela para, assim, intermediar trocas e negócios para o principal. O agente atua dentro de um ambiente de cooperação, típico das relações de agência.

Esvazia-a, por completo, o poder de convencimento dessa teoria o fato da indenização de clientela ser devida tão somente, em qualquer hipótese, ao agente; nunca ao principal.

Fosse, efetivamente, a clientela um ativo comum, a ser partilhado quando do encerramento do vínculo, seria efetivamente de se considerar a previsão de uma indenização de clientela ao principal nos casos em que a clientela permaneça com o agente⁶⁷⁵.

No mesmo sentido, se em voga partilha patrimonial decorrente do encerramento do vínculo contratual, não poderia, o direito à indenização de clientela, sucumbir quando em causa o encerramento do pacto por justo motivo imputável ao agente⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Sobre o Cunha, destaca: “(...) se aceitarmos que, no fim do contrato, a clientela representa um activo criado pelo esforço comum e que carece de ser equivocadamente partilhado, somos levados a reconhecer um direito à indenização de clientela ao principal, sempre que os clientes sigam o agente.”. CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 394.

⁶⁷⁶ REQUIÃO, Rubens Edmundo – Do representante comercial, p. 198. Como muito bem destaca o doutrinador brasileiro, “Se a clientela fosse juridicamente tratada como um bem incorpóreo acrescido ao patrimônio do representante comercial, este teria direito à indenização da mesma independentemente dos motivos justos ou não da rescisão do contrato.” E destaca adiante, op. cit. p. 199, “A clientela dos produtos que representa, e que em função de sua atividade se forma ou se expande, não acresce aos seu patrimônio, (...)”

5.5.4 Retribuição diferida

Eis a teoria defendida pela doutrinadora Maria Helena Brito⁶⁷⁷, para quem a indenização de clientela, no direito português,

(...) trata-se de um direito à retribuição por serviços prestados: o originário direito à comissão transforma-se, por efeito da cessação do contrato, em direito a uma compensação, que tem em conta as retribuições esperadas pelo agente se o contrato não fosse interrompido. Em conclusão, pois, trata-se de uma remuneração pela clientela angariada pelo agente e de que vem a beneficiar o principal.

Nesse sentido, pela teoria da retribuição diferida, os serviços realizados pelo agente de angariação de cliente foram remunerados, durante a vigência contratual, apenas parcialmente e o sobejo da sua remuneração, embora, registre-se, decorrente da atividade exercida no curso do contrato e em relação aos clientes que angariou na sua vigência, fica diferido para o futuro⁶⁷⁸, para o seu termo final contratual, correspondendo à indenização de clientela, esta compreendida como o resíduo faltante da remuneração do agente.⁶⁷⁹

A *ratio* dessa teoria é justificada pela compreensão de que o agente é merecedor de comissões decorrentes de negócios que não interveio, mas firmados com clientes por si angariados⁶⁸⁰. A indenização de clientela, nessa perspectiva, surge como esse “... sucedâneo legal das comissões que o agente deveria, segundo o princípio geral, continuar a auferir

⁶⁷⁷ BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 100. Também defende essa teoria Martínez Sanz. O autor, sobre o tema, destaca que: “La compensación por clientela estaría retribuyendo esa actividad desarrollada por el agente durante el contrato, tendente a la creación y/o consolidación de relaciones comerciales estables (labor que no habría Sido remunerada, no em medida suficiente – durante el contrato)”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 115.

⁶⁷⁸ Cfr. já tivemos a oportunidade de mencionar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 44.

⁶⁷⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 92-93.

⁶⁸⁰ Eis o que CUNHA, Carolina – Op. Cit, p. 397 denomina de “caracter paradigmático da comissão por novas encomendas.”

enquanto os clientes fiés que angariou continuassem a celebrar negócios com o principal, mas às quais, em virtude da cessação da agência, deixa efectivamente de ter direito.”⁶⁸¹

Não se afigura justo, entendemos, que a simples angariação do cliente pelo agente o garanta a percepção, *ad eternum*, de comissões, sob a forma de indenização de clientela, referentes a negócios que sequer intermediou, participou ou mesmo colaborou. A atividade de captação do cliente tem, de fato, seu valor, mas a isso somam diversos outros pontos que, com o fim do contrato, o agente deixa de participar, que se somam para que aquele fluxo de negócios se perpetue.

Fosse, de fato, remuneração diferida, outrossim, a justa causa referente ao encerramento do vínculo não potencializaria a não incidência da indenização de clientela⁶⁸².

Sobre esse tema, os aderentes a essa teorização defendem que, em bem verdade, não se trata de uma figura remuneratória pura, sendo imperfeita⁶⁸³ e, nesse sentido, muito afetada por elementos de justiça e equidade. Por tal razão, entendem que, mesmo sentido retribuição diferida, não seria justo sua incidência nos casos em que o agente promove o desenlace contratual.

5.5.5 Teoria assistencial

Uma outra corrente de pensamento teórico lança, sobre a indenização de clientela, a perspectiva assistencial, de proteção social do pólo mais fraco da relação contratual; no caso, o agente⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Cfr. CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 398.

⁶⁸² Cfr. já tivemos a oportunidade de mencionar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 46

⁶⁸³ Vide, por todos, Martinez Sanz, para quem: “Sin perjuicio de que esta última causa de exclusión no esté a salvo de reparos de carácter dogmático-conceptual, se há tratado de salvar la objeción afirmando que, em realidade, la indemnización por clientela no se trataria de una figura remuneratória pura, sino imperfecta, o fuertemente corregida por la idea o concepto de equidade.” MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 112.

⁶⁸⁴ Eis, nesse sentido, o parecer de Pinto, para quem: “Não sofre dúvida que a respectiva consagração no §89b do HGB teve em vista, conjuntamente com outras disposições na altura modificadas ou aditavas, o reforço da protecção social dos agentes comerciais, que desde o período pós-guerra se debatiam com uma situação de enorme fragilidade econômica.” PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 544.

É da praxe da agência, como sabido, a verificação de relações de dependência entre as partes, econômica e psicologicamente, via de regra, do agente para com o principal, este, na relação, detentor do poder econômico e capaz de influenciar toda a história da relação contratual estabelecida.

Com o encerramento do pacto contratual, o agente, muitas vezes, fica sem condições de subsistência. A existência jurídica daquele contrato é a que garante a própria existência do agente e, por conta disso, há um temor até reverencial desse à figura do principal.

A Indenização de Clientela, nessa perspectiva, viria a possibilitar a manutenção do agente durante o período pós-contratual, e o realinhamento ou redirecionamento de suas atividades profissionais⁶⁸⁵.

Corroborando com a tese, nesse sentido, a incidência da Indenização de Clientela em situações em que o encerramento do pacto contratual envolva doença ou ainda a idade avançada do agente. Outrossim, favorece a teoria a não aplicação do instituto quando o fim do ajuste ocorrer por fato imputável ao agente.⁶⁸⁶

Todavia, e nos casos em que o agente é mais estruturado que o principal, a indenização de clientela deixa de incidir? Pensamos que a resposta negativa a tal questionamento põe, de algum modo, em questionamento a tese da teoria assistencial da indenização de clientela.

No mesmo sentido, contradiz a tese protetiva o conjunto de exigências postas pela Diretiva Comunitária, especialmente ao seu modelo germânico, no Art. 17º, n.º 2.⁶⁸⁷ Se o viés é assistencial, de proteção ao contraente frágil, qual a razão dos pressupostos envolvendo a conquista de mercado ao principal? Talvez porque essa é a essência da atividade do agente. Ainda que seja assistencial a teoria que fundamenta a Indenização de Clientela, não é de mera

⁶⁸⁵ Sobre o tema, Cunha assinala uma “... dimensão social ou previdencial à indemnização de clientela, traduzida grosso modo no escopo de proporcionar ao ex-agente um prêmio de colaboração, sob a forma de uma quantia em dinheiro que lhe compense a reforma ou que facilite a sobrevivência no período de tempo posterior à cessação do vínculo, supostamente até encontrar uma nova ocupação ou encetar relações contratuais com um novo principal.” CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 365.

⁶⁸⁶ Cfr. já tivemos a oportunidade de mencionar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 44.

⁶⁸⁷ GOMES, Januário, 1990 apud LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 92-93. No mesmo sentido, vide CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 378.

caridade. O agente deve ter demonstrado cumprir com o mister e com as funções que dele se espera enquanto agente de um contrato de colaboração.

Também, nesse sentido, não é exigido, ao fim do contrato, como condicionante à incidência da indenização de clientela, qualquer avaliação concreta acerca do grau de dependência econômica entre as partes contratuais.

Mais lógica haveria, todavia, pela teoria assistencial, se as exigências e demonstrações permeiassem a seara da condição econômica do agente ou mesmo a longevidade do contrato. Nessa perspectiva, para Luís Menezes Leitão, a teoria assistencial não é que melhor fundamenta o instituto em análise, “...na medida em que é aplicável a todo e qualquer agente, independente da duração do vínculo com o principal ou da situação econômica específica.”⁶⁸⁸

As críticas e contraposições feitas à teoria assistencial, não são a ponto de esvaziá-la por completo. Entre os ‘ingredientes’ que compõem a indenização de clientela, dado, certamente, seu caráter *sui genesis*, algum viés protetivo, ao nosso visor, lhe é inafastável.⁶⁸⁹

5.5.6 Posição adotada⁶⁹⁰

Todas as teorizações indicadas acima, sem dúvidas, apresentam coerentes pontos de aderência e, paradoxalmente, convincentes críticas à sua adoção, tornando, por tal motivo, espinhosa⁶⁹¹ a adesão a qualquer das teses apontadas pela doutrina⁶⁹².

⁶⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 97.

⁶⁸⁹ No mesmo sentido, vide CUNHA, Carolina – Op. Cit., p. 378.

⁶⁹⁰ Já tivemos a oportunidade de defender, em idêntico sentido, nossa posição, quando da publicação da obra PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit. p. 48-49.

⁶⁹¹ Martínez Sanz, Fernando – Op. Cit., p. 114., com prudência, revela que “(...) no resulta en absoluto sencillo tomar partido de manera resuelta en favor de una u otra de las posturas expuestas(...)”.⁶⁹¹

⁶⁹² Quanto a esta, ver Vasconcelos, para quem “A doutrina divide-se quanto a este ponto: há aqueles que consideram estarmos perante uma indemnização semelhante àquela que é atribuída por antiguidade ao trabalhador após a extinção da relação laboral; outros, por seu lado, pretendem ver no art. 33º do Dec-Lei n.º 178/86, de 3/7, uma medida de carácter eminentemente social, visando não deixar o agente completamente desamparado após a cessação do contrato; por ultimo, outros autores defendem estarmos perante uma compensação devida ao agente pelos benefícios que o principal vai auferir, fruto da atividade desenvolvida pela sua anterior contraparte.”. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 125.

Se analisarmos, contudo, a Indenização de Clientela sob sua perspectiva histórica, revelaremos sua maior aderência⁶⁹³, atentos à dificuldade suso mencionada, à Teoria Protetiva (ou Assistencial)⁶⁹⁴⁶⁹⁵.

A agência, legalmente, foi concebida com as figuras do agente e do principal, em posição de horizontalidade, prestigiando-se os princípios da liberdade de contratar e da autonomia do agente⁶⁹⁶.

Na prática, contudo, diante da fertilidade do desenvolvimento das situações de dependência econômica, própria de tais tipos contratuais, percebeu-se a proliferação de relações verticalizadas, em que o principal impõe uma supremacia econômica, jurídica, social e psicológica ao agente, afetando a vida e vigência de tais relações contratuais.

O principal possui, inquestionavelmente, um porte bem maior que o agente, esses normalmente sem grandes estruturas, atuando, no mais das vezes, diretamente e, assim, refém do continuismo daquela relação para a sua sobrevivência.

De mais a mais, à medida em que um agente realiza seu trabalho, fica mais simples a sua substituição sem maiores danos, considerando que o mercado foi, ao longo do tempo, tendo sido desbravado pelo agente e pode, facilmente, ser mantido ao principal em caso de substituição daquele.

O desenvolvimento das estratégias de marketing e do maior e mais rápido acesso à informação passaram a atuar na apresentação dos produtos do principal, facilitando a manutenção da clientela e, porque não, a angariação de novos clientes.

É nessa perspectiva que se assiste à chegada da indenização de clientela, em momento posterior ao advento da agência, mas com a correta percepção de que, ao agente,

⁶⁹³ No mesmo sentido é a posição de Paola, para quem, quanto à Indenização de Clientela brasileira, instituída pelo art. 27, h, da Lei 4886/65: “Percebe-se que o modelo adotado pela legislação brasileira tem similaridades com aquele protetivo do empregado, para a hipótese de demissão sem justa causa.” E arremata o autor, enfatizando o caráter protetivo da indenização, que: “Por sinal, o primeiro projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional acerca da matéria, em 1965, foi vetado pelo Presidente da República por levar ainda mais longe essa equiparação dos regimes, estendendo aos representantes comerciais as mesmas garantias asseguradas pela legislação trabalhista aos empregados”. PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 156.

⁶⁹⁴ Para DUQUE, Monica – Op. Cit., p. 205, “(...) na modelação do instituto, parece nunca deixar de estar presente a idéia de ordem pública de proteção como subjacente à indemnização de clientela (...)”.

⁶⁹⁵ Cfr. já tivemos a oportunidade de mencionar em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 48-49.

⁶⁹⁶ BARATA, Carlos Lacerda – Sobre o contrato de agência, p. 21.

contraente frágil e exposto nessa relação, era necessária a previsão de normas que lhe conferissem alguma proteção, sob pena da própria falência do instituto.

Ao nosso pensar, por todo o exposto, não há como deixar de perceber um viés protetivo na Indenização de Clientela. No fim e ao cabo, parece-nos que o fundamento maior de tal instituto relaciona-se à situação de dependência, especialmente, econômica, do agente ao principal, e da situação de vulnerabilidade que o encerramento da relação contratual faz impor ao agente, privado de explorar a clientela que angariou ou mesmo desenvolveu, emprestando, além dos seus esforços, sua reputação e credibilidade⁶⁹⁷.

Interessante, como desfecho a esse tópico, trazer à baila a concepção de Carolina Cunha, que após destacar que a Indenização de Clientela é uma figura nova – mas não um corpo estranho ao sistema –, não encaixável nos conceitos dos institutos clássicos, concluiu que, no seu entender, “(...) a indemnização de clientela não traduz mais do que a valoração a que o sistema jurídico submete o resultado típico produzido pela agência enquanto contrato de distribuição.”⁶⁹⁸.

Todavia, a referida autora portuguesa, após uma análise aprofundada de todas as teorias que circundam a fundamentação da indenização de clientela, conclui que:

Por tudo isto, enfim, não será de todo incorrecto assinalar à indenização de clientela um escopo de protecção, desde que correctamente entendido – protecção do interesse ou posição do agente, enquanto intermediário nou auxiliar nas trocas vinculado por um contrato sui generis, e protecção desse interesse ou posição em face de um resultado típico valorado pelo ordenamento como desvalioso.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Vide, em igual teor, David, para quem: Ora, em nossa opinião, o fundamento último da indemnização de clientela reside na dependência técnica e econômica que o agente (tipicamente) apresenta face ao principal e que, após a cessação do contrato, o coloca numa posição de especial fragilidade.” DAVID, Mariana Sores – Op. Cit, p. 901.

⁶⁹⁸ CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 417-418.

⁶⁹⁹ CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 423.

Em sentido similar é a posição do doutor Ferreira Pinto, para quem o escopo e fundamento maior do instituto em debate reside na tentativa de restabelecer o equilíbrio que deixou de haver com o encerramento do pacto da agência, e, com isso, com a assimetria na repartição dos benefícios oriundos da clientela angariada pelo agente. A indenização de clientela, nesse sentido, seria uma reclamação da justiça comutativa, de onde subjaz, segundo o autor, “(...) inegavelmente, ao instituto, um pensamento de protecção (...)”⁷⁰⁰.

5.6 Do carácter imperativo da Indenização de Clientela

Merece espaço a análise acerca da possibilidade de derrogação antecipada da indenização de clientela, por ato volitivo das partes, ou, em sentido contrário, se estamos a tratar de um direito imperativo⁷⁰¹, por força do qual tornaria inválida qualquer estipulação particular no sentido de privar a parte ao recebimento de tais montantes, se aplicável ao caso concreto.

Especialmente quando da fase negocial da constituição da relação contratual de distribuição (*lato sensu*), é comum a tentativa de inclusão, muitas vezes sugerida pela força negocial do fabricante, de cláusula que, em hipótese, estabelece a renúncia antecipada, total ou até mesmo parcial, do direito à Indenização de Clientela, seja pelo agente ou, sendo o caso, pelo distribuidor.

De igual modo, é de considerar qual o procedimento aplicado aos contratos firmados com ausência de qualquer previsão quanto ao tema e, em extremo, nos casos de contratos firmados de maneira verbal, sem materialização instrumental, e, com isso, de certo modo, silentes quanto à sua incidência.

Conforme tratado algures, o fundamento basilar da Indenização de Clientela está na própria concepção de justiça, dos ideais de equidade, para evitar o descompasso de permitir que, em virtude de um trabalho conjunto, as consequências frutíferas de uma relação

⁷⁰⁰ PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cassação do vínculo, p. 689.

⁷⁰¹ Ou mesmo, para além disso, a validade do pagamento feito a maior. Conforme REQUIÃO, Rubens Edmundo – Do representante comercial, p. 82. No mesmo sentido, vide ROQUE, Sebastião José – Op. Cit., p. 70.

remanesçam exclusivamente para uma das partes. A Indenização de Clientela é, exatamente, a forma de permitir esse ajustamento, ainda que para um momento posterior ao encerramento da relação entre as partes.

Em um contexto de norma protetiva, com forte acepção protecionista, conforme tivemos a oportunidade de defender, o instituto em menção visa proteger o agente, parte débil e vulnerável da relação estabelecida com o principal. E, sem dúvidas, tal vulnerabilidade decorre, fundamentalmente, da condição de dependência econômica, ou seja, da assimetria, abstrata, sócio-econômica da figura do agente em relação à contraparte da relação contratual firmada.

Nesse sentido, como ideário de justiça, do princípio da equidade e também do princípio da boa-fé, é de se compreender que, sobre o tema, incida uma limitação do princípio da autonomia privada, como forma de se garantir que o escopo material do instituto seja garantido⁷⁰², e a bem da defesa da autodeterminação da pessoa.

Especialmente, nesse sentido, se tivermos em causa que tais contratos são caracterizados por uma relação de dependência econômica entre as partes, capaz, indubitavelmente, de influenciar e, ao extremo, porque não, de contaminar os instrumentos contratuais firmados, no sentido de se fazer incluir cláusulas prejudiciais à parte dependente⁷⁰³.

O objetivo, a razão de ser ontológica da Indenização de Clientela⁷⁰⁴, estaria em severo risco se fosse outorgado às partes o direito de convencionarem a respeito da sua

⁷⁰² Eis, nesse sentido, o entendimento de Hans-Jurgen Hiekel, 1985, para quem: “A restrição da autonomia privada [através da proibição da renúncia antecipada, não é um fim em si. Pelo contrário, a protecção consubstanciada no conteúdo material da norma é que busca tornar-se efectiva com o auxílio do carácter imperativo que lhe é assinalado. Apud CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 365.

⁷⁰³ Vide, em igual sentido, Canaris, 1995, para quem: “(...) na imperatividade da norma como ainda no pleno do fundamento e medida de indemnização de clientela, uma vez que entre as circunstâncias a ponderar em sede de equidade (§89 b II Nr. 3) se incluem aspectos de índole social, atendendo à típica situação de dependência em que o agente se encontra.”. Apud CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 365.

⁷⁰⁴ Permite, nesse sentido, trazer à baila trecho do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, no processo n. 09B0297, j. em 05/03/2009, sob a relatoria de Alberto Sobrinho, nos termos do qual: “Trata-se de uma indemnização destinada a compensar o agente dos proveitos que proporcionou à outra parte, indemnização que é devida seja qual for a forma de cessação do contrato. Procurou assim o legislador proteger o elo mais fraco na contratação, a parte com menor capacidade negocial, que é confrontada com uma cláusula geral já inserida no contrato. Considerando o fim visado com este preceito tem de se concluir que se está perante uma norma de cariz imperativo”

incidência⁷⁰⁵. A força, principalmente nos casos envolvendo relação com monofirmas, ou de produtos com alto *selling power* dos fabricantes, agiria sobre os instrumentos contratuais e o temor dos agentes e concessionários sobre a continuidade da relação os fariam, certamente, aceitar estipulações contra a sua real vontade.

Sob uma capa de formal livre arbítrio das partes nas estipulações contratuais, uma vez permitida a renúncia antecipada do instituto da indenização, certamente seria essa a tônica presente nos contratos de distribuição (*lato sensu*), haja vista a assimetria normalmente verificada entre as partes, especialmente no contexto sócio-econômico.

A imperatividade⁷⁰⁶ e, assim, a natureza de *ius cogens*, da Indenização de Clientela é obrigatória, para a garantia de sua sobrevivência. Pela imperatividade do instituto e pela vedação à renúncia antecipada, é que se garante o princípio de ordem pública de proteção que envolve a indenização. Nesse sentido, é nula qualquer renúncia antecipada, seja total ou parcial, do agente à indenização de clientela.

Essa imperatividade é confirmada pela Diretiva 86/653/CEE, de 18 de dezembro de 1986, que, expressamente prevê, em seu Art. 19º, a impossibilidade de renúncia antecipada da indenização de clientela: “Artigo 19º. As partes não podem, antes da cessação do contrato, derrogar o disposto nos artigos 17º e 18º em prejuízo do agente comercial (...)”.

⁷⁰⁵ Vide, nesse sentido, Acórdão da 6ª Secção do Supremo Tribunal de Jutiça, no processo n. 39/2000.L1.S1, j. em 24/01/2012, sob a relatoria de Fonseca Ramos, nos termos do qual: “VII) – A Cláusula 17ª do contrato que faculta ao concedente a cessação do contrato, em qualquer caso, e sem nenhuma indemnização, é uma cláusula que acentua a já congénita fragilidade contratual do concessionário, com o gravame de desconsiderar a análise *a posteriori* numa situação que pode bem ser infractora das regras da boa-fé, pelo que se deve considerar inválida (nula) por violar preceitos cogentes, analogicamente aplicáveis a partir do contrato de agência, e, objectivamente, equivaler a uma renúncia antecipada do direito do concessionário (credor), independentemente de qualquer grau de culpa, violando o art. 809º do Código Civil.”

⁷⁰⁶ A jurisprudência portuguesa é pacífica acerca da irrenunciabilidade antecipada da indenização de clientela. Vejamos, nesse sentido, Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Jutiça, no processo n. 391/06.0TBVN.E1.S1-A, j. em 19/09/2019, sob a relatoria de Fernando Samões, nos termos do qual: “...desde que não seja meramente simbólica ou em fraude à lei, pois é nula qualquer renúncia antecipada do agente à indemnização de clientela, dada a natureza imperativa do art.º 33º”. Em igual sentido, nos termos do qual Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Jutiça, no processo n. 178/07.2TVPR.T.P1.S1, j. em 20/06/2013, sob a relatoria de Serra Baptista: “Desde já se dizendo que, não obstante a clausulada renúncia da autora a direitos indemnizatórios pela extinção do contrato antes celebrado em 1991 (cláusula 27ª, no seu nº 2), entende-se a mesma como nula, como renúncia antecipada à indemnização de clientela – art. 809.º do CC e art. 19.º da Directiva”

Eis, no mesmo sentido, o teor das três primeiras secções do §89 b da norma alemã, que o concebem como “norma de conteúdo” (Inhaltsnorm) e da secção que a caracteriza como “norma de imperatividade” (Unabdingbarkeitsnorm)⁷⁰⁷.

No que tange à agência brasileira, objeto da Lei n. 4866/65, também vigora o entendimento sobre a imperatividade^{708,709} dos direitos estabelecidos para o agente, entre eles, à indenização prevista pelo Art. 27, j⁷¹⁰. O Art. 32, §7º do diploma legal estabelece que “(...) são vedadas alterações no contrato que impliquem na redução da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos 6 (seis) meses de representação (...)”.

E, de fato, não poderia ser diferente. As cláusulas de não indenizar, ou que prevejam a sua limitação, não traduzem os valores defendidos pelo ordenamento jurídico atual, muito mais atento aos dogmas do Estado social, com preocupações respeitantes à valorização da pessoa humana e à solidariedade social, do que meramente atender aos interesses individualistas do Estado liberal de outrora⁷¹¹.

Eis, nesse sentido, o teor do art. 809º do Código Civil português, que, expressamente, determina ser nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não

⁷⁰⁷ Vide CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 365.

⁷⁰⁸ A jurisprudência pátria caminha no mesmo sentido, ex vi do presente julgado: Apelação. Ação de indenização. Contrato de representação comercial. Redução da comissão por ato unilateral e verbal. Ausência de previsão desta possibilidade no contrato primitivo. Pacto nulo ante a imperatividade do art. 32, § 7º, da Lei no. 4.886/65. Inteligência do art. 166, inciso VII, do Código Civil. Verba rescisória devida. Sentença reformada. Recurso das rés improvido. Provido, em parte, o do autor. (TJ-SP 00279901520148260506 SP 0027990-15.2014.8.26.0506, Relator: Des. Silveira Paulilo, Data de Julgamento: 22/01/2018, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/01/2018)

⁷⁰⁹ Vide, nesse sentido, a doutrina do prof. Rubens Requião, com a propriedade que lhe é pertinente, ensina que: “O art. 32, §7º, da Lei 4.866/65, que teve profundos efeitos no contrato de representação comercial, tem aplicação ao contrato de agência ou distribuição. O proponente não poderá alterar unilateralmente o contrato, impondo novas condições não autorizadas pelas partes. Mesmo as alterações bilaterais não serão eficazes se delas advier prejuízo direto ou indireto para o agente, com redução dos resultados médios auferidos por ele nos últimos seis meses do contrato. O aumento de custo da atuação do agente, com maiores despesas de locomoção, hospedagem, comunicações, contratação de pessoal, poderá ser visto como causas indiretas de diminuição do resultado que o agente vinha auferindo. A redução pura e simples da taxa de comissão, ou alteração de sua base de cálculo ou ainda forma de pagamento, ou aumento das condições de exigibilidade da comissão, poderão resultar em prejuízo direto, portanto estarão vedadas pela lei.” REQUIÃO, Rubens Edmundo – Do representante comercial, p. 226.

⁷¹⁰ Vide, no que tange ao caráter cogente do art. 27, j, da lei 4886/65, o Ac. do 12ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, na Apel. n. 0078903-86.2009.8.26.0114, j. em 13.05.2015, Relator: Des. Tasso Duarte de Melo, (...) insta consignar que as cláusulas que estipulam a hipótese de rescisão imotivada, isentando as partes de qualquer responsabilidade por ‘danos, perdas ou prejuízos de qualquer natureza, surgidos em razão da expiração, rescisão, ou da não renovação, (...) não afastam a obrigação legal e cogente de indenizar prevista no art. 27, j, da Lei n. 4866/1965”

⁷¹¹ Vide, nesse sentido, AVELAR, Leticia Marques de – A cláusula de não indenizar, p. 11.

cumprimento ou mora do devedor.⁷¹² Ou seja, para o regime jurídico português, seja pela expressão literal da Diretiva 86/653/CEE, seja pelo teor do art 809º do seu Código Civil, a renúncia antecipada do direito à indenização de clientela é desconsiderada, sendo nula de pleno direito.

No mesmo viés, entendemos que a ausência de qualquer previsão contratual sobre o tema não autoriza, e nem leva a qualquer conclusão, que envolva a não aplicação no direito assegurado por lei. Ora, se expressamente não se pode renunciar, com mais força ainda que não se pode interpretar o silêncio como uma renúncia tacitamente consentida.

Importante destacarmos que, ao nosso sentir, é equivalente à renúncia, e, como tal, ferida de nulidade, qualquer imposição que apesar de, diretamente, não prever a renúncia da indenização, lhe imponha condições mais severas que as previstas em lei, ou seja, dificultem a incidência e aplicação do instituto. *Verbi gratia*, pensamos ser nula e, como tal, inaplicável, a previsão contratual que exige determinado número de clientes captados para que se incida a indenização de clientela. Ou, em igual sentido, a redução, por cláusula contratual, do prazo de caducidade ao exercício do direito.⁷¹³

Por óbvio que tudo o que aqui se coloca, a título de imperatividade da indenização de clientela e sua impossibilidade de renúncia, é no sentido de vedar a renúncia antecipada pela parte que faria jus ao instituto. O que se tenta proteger é a nulidade da estipulação feita na fase pré-contratual ou, ainda, durante a vigência do contrato, por entender que, nesse período, o contraente débil possui vulnerável poder de autodeterminação; esta flexibilizada pela força econômica da parte contrária.

Se contudo, a renúncia à indenização de clientela ocorre posteriormente ao encerramento do pacto contratual, ou contemporaneamente ao encerramento, pensamos que a mesma é válida e, assim, plenamente capaz de fazer incidir seus efeitos. A parte, ao final do ajuste, via de regra, recupera sua autodeterminação, devendo, assim, prevalecer o princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar.

Outro ponto a se questionar seria, em caso de eventual possibilidade de extensão

⁷¹² O art 809º faz exceção apenas quanto ao disposto no n.º 2 do seu artigo 800.º

⁷¹³ No mesmo viés, vide Cunha que destaca que a “a cláusula considerada inválida se limite a excluir, a restringir ou a entrar o exercício do direito à indemnização de clientela.”. CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 349-350.

analgógica da Indenização de Clientela do agente ao distribuidor comercial, se tal limitação à autonomia de vontade no que toca à renúncia à indenização também migraria às relações contratuais de distribuição. Pensamos que sim, desde que presentes, no caso, a situação de dependência econômica que justifica tal limitação⁷¹⁴.

Embora não seja uma constante, é extremamente comum – sendo, na prática, efetivamente o que mais se verifica – que os contratos de distribuição sejam integralmente produzidos pelos fabricante e, nesse sentido, qualificam-se como contratos de adesão, impedindo alterações pela contraparte, no caso o distribuidor. Nesse sentido, ou o distribuidor acata seu termos, especialmente em relação aos temas mais espinhosos, como indenizações, por exemplo, ou se afasta a possibilidade de contratação.

Apenas quando ausente tal imposição, de uma parte à outra, das regras do contrato, ou seja, diante de uma incomum situação de horizontalidade entre as partes, é que pensamos que deva se admitir validade à cláusula antecipada de renúncia de direito indenizatório^{715,716}. E não diga que tal horizontalidade, como não raramente visto, ocorre pela

⁷¹⁴ Vide, sobre o tema, em semelhante sentido, a lição de Martínez Sanz, para quem: “Consideramos, en efecto, que la aplicación analógica de normas imperativas (como pueda ser la que reconoce al agente indemnización por clientela) a otros supuestos no regulados (como pueda ser el del concesionario) no debe implicar, siempre y en todo caso, la simultánea extensión del carácter imperativo. Ciertamente, la indemnización por clientela reviste naturaleza imperativa por expresa decisión del legislador, quien há partido – se este o no de acuerdo – de la figura do agente como parte contratante débil y necesitada de protección. Para poder mantener la aplicación analógica imperativa del artículo 28 LCA sería necesario que el concesionario respondiese al mismo estereotipo que el agente, y pudiera ser atribuida, desde el punto de vista abstracto, idéntica necesidad de tutela. A nuestro juicio, no cabe establecer entre agente y concesionario dicho paralelismo, al menos en vía de principio. Ante esta evidencia, se há propuesto atender al supuesto de hecho particular, analizando la concreta necesidad de tutela del concesionario. De esta forma, en aquellos casos en que se advierte que concurre en el concesionario la necesidad de protección que puede considerarse típica del agente, podrá aplicarse analógicamente también la imperatividad del artículo 28 LCA.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 331-332.

⁷¹⁵ Vide, em sentido similar, o entendimento de Forgioni, para quem: “Os tribunais têm sido cada vez mais chamados a decidir sobre a legalidade de algumas cláusulas apostas aos contratos de distribuição, que acabam por isentar a fornecedora do pagamento de qualquer indenização para o distribuidor em caso de ruptura imotivada dos contratos de distribuição. (...) No caso específico dos contratos de distribuição, a solução dessa delicada situação exige que sejam apartadas as situações em que há dependência econômica do distribuidor daquelas em que as partes são, efetivamente, paritárias no momento da contratação. Tratando-se de contrato de adesão, a renúncia inicial ao direito de receber qualquer indenização pode configurar abuso por parte do fabricante que pretende estruturar sua rede de distribuição sem incorrer nos riscos correspondentes.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 310-311.

⁷¹⁶ Em sentido diverso, para quem a previsão de Cláusula de não indenizar nos contratos de distribuição, sem qualquer aferição de dependência econômica *in concreto* afeta da Função Social do Contrato, vide Scherkerkewitz, senão vejamos: “A cláusula de não indenizar, no contrato de distribuição, também, segundo o nosso entendimento, acaba por afetar a própria função social do contrato, já que permite que uma das partes, sem qualquer motivo, acabe por descumprir a sua parte na avença, em detrimento da outra (fato que acarretará prejuízos não desejados no próprio mercado)” SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz – Contrato de distribuição e o novo contexto do contrato de representação comercial, p. 124.

subscrição ou visto, pelo distribuidor, em seu contrato, do seu respectivo advogado. A questão não se limita à eventual advertência de um advogado ao seu cliente.

É preciso analisar se, de fato, há imperatividade no instrumento pactuado e dependência econômica na relação em cotejo capaz de influir na horizontalidade da elaboração e discussão do instrumento contratual que regula a relação entre as partes.

O principal ponto, entendemos, para tal averiguação, deve ser a ponderação entre o poderio sócio-econômico de cada uma das partes envolvidas na relação contratual em cogitação. Para além disso, se tivermos em causa uma contratação envolvendo marcas fortes, com alto poder de venda, em relações de monomarca, ou seja, de exclusividade por parte do distribuidor, com alta assimetria entre as partes, é de se estabelecer a impossibilidade de derrogação.

Não há, todavia, como admitir, em abstrato, sem qualquer análise customizada, a imperatividade da incidência da indenização de clientela, com fundamento na proteção da parte contratual débil se, naquela típica situação entelada, não se vislumbra qualquer assimetria entre os contraentes⁷¹⁷.

É preciso sempre ter em causa que, apesar do escopo comum, agência e distribuição possuem tipos fisiológicos distintos, e a transferência dos preceitos do paradigma ao distribuidor não podem ser cegamente automáticos. A extensão analógica não prescinde de uma percepção, focalizada, relação paradigmática a ser regulada.

⁷¹⁷ Em sentido contrário, vide Cunha, para quem: “De todo modo, parece claro que a norma teve em conta a necessidade de protecção abstracta do agente comercial, e não a concreta necessidade de protecção do agente no caso singular: permanecerá, portanto, inderrogável, quer se verifiquem, quer não, as mencionadas assimetrias.”. CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 349.

5.7 Da antecipação do pagamento da Indenização de Clientela no curso do contrato

Questão que vem sendo observada mais recentemente no cotidiano dos contratos relacionados ao regime da agência tem sido a prática de antecipar, para o curso da vigência dos contratos, o pagamento dos valores inerentes à Indenização de Clientela.

Em suma, especialmente nos contratos de agência, as partes deliberam, por ajuste clausulado em contrato, que determinado percentual de comissão já será adiantado a cada negócio realizado e remunerará, nesse sentido, os montantes de indenização de clientela a que o agente faz jus, eximindo, nesse sentido, o principal, ao final da relação contratual, de qualquer obrigação dessa jaez.

Prima facie, a estipulação contratual suso cogitada, de antecipação dos recebíveis a título de Indenização de Clientela para o curso do contrato, para o agente comercial, revela(ria) uma grande vantagem, na medida em que este disporá, antecipadamente, de imediato, de valores que só seriam pagos se e quando do encerramento do pacto firmado. Sem contar, ainda, que retira do agente riscos de incerteza, incômodos e eventuais dispêndios para receber tais valores no futuro.

A despeito da aparente conquista⁷¹⁸, que a medida possa, *a priori*, apresentar e aparentar ao agente que, já no curso do contrato receberia a indenização cuja incidência é prevista apenas quando do seu desenlace, o que se verifica, na prática, muitas vezes, é que o fornecedor, de forma arдил, utiliza-se de um artifício para, sem incrementar a comissão do agente, destacar parte da mesma e qualificá-la como Indenização de Clientela.

Na verdade, os percentuais de comissão aplicados, via de regra, são os mesmos já utilizados, havendo apenas uma segmentação de percentual dessa comissão, atribuindo-a o

⁷¹⁸ Inclusive, nesse sentido, Cunha destaca que: “(...) uma vez que o *quid* que a indenização de clientela visa(ria) remunerar – a clientela ou uma espécie de ‘efeito de longo prazo’ da atividade do agente que levou à angariação e desenvolvimento da clientela – vai entrando na esfera do principal à medida que o contrato vai sendo cumprido, existe até uma certa lógica em ir procedendo à respectiva retribuição ao ritmo a que é criado.”. CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 352-353.

título de indenização de clientela, para se fazer crer que esta já estaria sendo paga, minimizando riscos e custos para quando do encerramento do pacto⁷¹⁹.

Efetivamente, por que razão o fornecedor anteciparia um pagamento que sequer se sabe se seria devido ao fim da avença? Para que consumir seu caixa e antecipar algo que apenas em hipótese seria de sua responsabilidade custear? E se o agente der causa ao encerramento do contrato? Deverá devolver integralmente os valores recebidos? Se efetivamente estiver em trato uma antecipação de verba futura, sim, sem dúvidas. Se há antecipação de uma quantia, cuja exigibilidade, é futura e incerta, caso a mesma não incida, na situação prática, outra não pode ser a postura do agente senão devolver tudo aquilo que recebeu, inclusive devidamente corrigido, ao principal, sob pena de enriquecimento sem causa⁷²⁰.

Exatamente pelo fato de que, no mais das vezes, a antecipação do pagamento da indenização não passa de um artifício⁷²¹ fantasioso que, na verdade, só beneficia o principal, é que tal prática tem ganho musculatura nos contratos de representação comercial.

Está-se a falar, e aí reside a abusividade da prática, ferindo sua imperatividade, em derrogação antecipada da Indenização de Clientela. Uma renúncia, contudo, mascarada, pois

⁷¹⁹ Como muito bem coloca Dietrich, ao expor que: “Então, em termos mais claros, o que a segunda estratégia faz, explicado através de um exemplo, é o seguinte: o representante, ao negociar o contrato de representação com a representada, pactua que receberá, à título de comissão, a importância de 5% sob o valor de suas vendas. Contudo, no contrato lavra-se cláusula estabelecendo que a comissão fica ajustada em 4,62%, e a suposta indenização antecipada somaria 0,38%, totalizando, assim, a importância dos 5% pactuados. Dessa forma, a empresa representada — na maioria dos casos — paga ao representante o valor que foi pactuado e se vê livre de eventual passivo futuro do artigo 27, “j”. Eis, portanto, e de maneira panorâmica, a prática da antecipação de indenização.”. DIETRICH, William Galle – Indenização antecipada do representante e a fidelidade canina às leis, n. p.

⁷²⁰ Em igual teor, vide Cunha, para quem: “Para chegar a essa conclusão, requer-se, desde logo, que sobre o agente impenda uma obrigação de restituir tudo aquilo que em vida do contrato recebeu a título ou por conta da indenização de clientela, se, no momento da cessação do vínculo, não se encontrarem reunidos os pressupostos de aquisição do direito que a lei lhe reconhece.” E, arremata a festejada doutrinadora portuguesa: “O raciocínio é linear: se verdadeiramente se trata de uma ‘antecipação do cumprimento’, ou pelo menos de uma prestação feita por conta de uma obrigação futura e eventual, as partes não poderão deixar de prever que, em se tornando certo que semelhante obrigação jamais virá a impender sobre o principal, o agente seja obrigado a devolver as quantias que a contraparte lhe foi ‘adiantando.”. CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 351.

⁷²¹ Nesse sentido, vide Ac. da 16ª Câmara Cível do TJ-RS, na Apel. n. 70078752037 – n. CNJ: 0240415-07.2018.8.21.7000, j. em 27.09.2018, com relatoria do Des. Érgio Roque Menine, nos termos do qual: “(...) é regra que as partes não podem estabelecer disposição que contrarie texto cogente expresso de lei, o que se evidencia na redação da cláusula 16ª, no que diz respeito ao pagamento antecipado de indenização por rescisão contratual. (...) Evidente se mostra a abusividade de tal pactuação, eis que carente de respaldo jurídico. Ora, sendo essa indenização um direito assegurado ao representante comercial, não pode de forma alguma ser postergado, relevando-se inválido qualquer artifício utilizado com essa finalidade. Da mesma forma, inviável seja paga de forma antecipada, com percentual sobre as comissões.”

tenta ser acobertada por uma falsa capa de proteção ao agente, sob a forma de pagamento antecipado.

Tem-se, verdadeiramente, a criação de uma cortina de fumaça que esconde, ou visa fazê-lo, a efetiva relação jurídica estabelecida no contexto fático real da relação contratual.

O que mais parece ocorrer, em tais casos, ao invés de estar efetivamente realizando um pagamento antecipado da efetiva indenização de clientela, é a criação, pelo principal, de uma espécie de seguro⁷²², no sentido de evitar essa contingência futura, paga, em realidade, pelo próprio representante, via segmentação de parte sua comissão, a si mesmo.

Se, todavia, a análise fática do caso concreto demonstrar que, efetivamente, o agente foi beneficiado⁷²³ pela antecipação da indenização, com a demonstração de que passou a perceber valor superior, em percentual, ao que recebia, com o acréscimo equivalente à parcela da indenização de clientela, ou que, comparado a contratos que não aplicam tal formato, sua comissão base é idêntica, não há porque ser declarada nula a cláusula⁷²⁴.

⁷²² Muito interessante, nesse sentido, o artigo de , para quem: “(...) se a lei estipula a indenização de 1/12 somente nos casos em que não há justo motivo para o término do contrato — sendo esse, pois, o dano —, a indenização depende de um acontecimento que não ocorrerá necessariamente. Nem representante, menos ainda a representada, têm como saber, por exemplo, se o representante não atuará com desídia nas obrigações decorrentes do contrato, nos termos do artigo 35, *a*, da Lei 4.886/65, motivando uma rescisão do contrato sem carecer de uma necessária indenização. Conclui-se, então, que, para que uma indenização ocorra, é preciso que exista um dano concreto no passado — no caso do representante, o término da relação comercial sem um justo motivo. Daí que da palavra indenização devemos extrair uma necessária ordem temporal: ela ocorre exclusivamente após o dano, ou seja, não é possível indenizar antecipadamente pela singela razão de que “indenizar antecipadamente” é uma contradição em termos. É a “ação de deixar indene”. Indenização é, por definição, posterior ao dano e não antecipada. Se pretendo me precaver contra passivos futuros e incertos, estou realizando um seguro ou qualquer outro instituto. E se estou realizando uma espécie de seguro mascarado de “indenização antecipada”, em um contrato de representação, obviamente estou relativizando o sentido da palavra e, por consequência, desrespeitando a lei.

⁷²³ Nesse sentido, vide o Ac. da 22ª Seção de Direito Privado do TJ-SP, na Apel. n. 1001692-26.2016.8.26.0529, j. em 08.03.2019, com relatoria do Des. Edgard Rosa, nos termos do qual: “Tal expediente, na verdade, se mostra vantajoso ao representante, que, no curso do contrato de representação, recebe quantia superior àquela que lhe seria devida se observada apenas o valor das comissões, resolvendo, ademais, conhecida dificuldade na composição dos efeitos de eventual resilição, relativa à apuração da indenização prevista no art. 27, j, da Lei 4886/65, pois nem sempre o representante tem à sua disposição os comprovantes de pagamento de todas as comissões percebidas na vigência do contrato para cálculos dos correspondentes 1/12.”

⁷²⁴ Eis o entendimento da jurisprudência portuguesa sobre o tema, no Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Jutiça, no processo n. 391/06.0TBBNV.E1.S1-A, j. em 19/09/2019, sob a relatoria de Fernando Samões, nos termos do qual: “Ora, a al. c) do n.º 1 do art. 33º tem outro âmbito, visa o direito do agente à indemnização de clientela. E o que a lei pretende, com o requisito consagrado nessa alínea, é evitar acumulações, designadamente quando, por acordo prévio, como dissemos, as partes hajam fixado a compensação devida ao ex-agente pelas operações negociais que o principal venha a levar a efeito após a cessação da agência. Existindo, assim, uma compensação por via convencional [desde que não seja meramente simbólica ou em fraude à lei, pois é nula qualquer renúncia antecipada do agente à indemnização

Para tal, na prática, o agente deve receber valores maiores do que recebia, por óbvio, caso não estivesse recebendo o adiantamento referente à indenização de clientela. Mais ainda, deve, comparativamente aos agentes do seu mercado e região, que não possuem adiantamento de indenização de clientela, receber remuneração média superior⁷²⁵. Só assim estará demonstrado que não é o próprio agente que está “bancando” sua falseada indenização de clientela.

A nulidade apontada não está na mera antecipação⁷²⁶ do pagamento do instituto da indenização de clientela durante a vigência do contrato, mas sim na utilização de artifício que beneficie o principal e que retire do agente dependente um benefício a que faz jus, sob o falso argumento da sua antecipação.

O núcleo da análise, para o melhor enquadramento dogmático do tema, não pode ser, pensa-se, ao termo *indenização*, e, como tal, sua dependência a fato futuro e incerto, incoerente com sua antecipação, tal qual apontam os negacionistas da antecipação.

O que deve estar na pauta da análise, na verdade, é a efetiva garantia da fruição do direito. Até porque, como dito alhures, é quase que consenso geral na doutrina mundial que o

de clientela, dada a natureza imperativa do art.º 33º] com a mesma preocupação e finalidade da indemnização de clientela, deixará esta, naturalmente, de ser devida. Onde se lê “O agente deixe de receber qualquer retribuição (...) leia-se, pois: O agente/concessionário deixe de receber qualquer compensação por contratos concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes que angariou para o principal/concedente. É a razão de ser da citada alínea c).” No mesmo sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no processo 645/09.3TBMDL.L1-6, j. em 13.03.2014, com relatoria de António Martins, para quem: “VI) A cláusula que estabelece esta “comissão especial” não é nula pois não constitui renúncia antecipada à indemnização de clientela, antes a substitui antecipadamente nos termos definidos pela liberdade contratual das partes; apenas seria nula quando se concluísse ser de tal forma irrisória ou diminuta que não podia ser considerada um sucedâneo contratual à “indenização equitativa” legal, sendo, ao invés, negação dessa indemnização.”

⁷²⁵ Novamente, sob o tema, válida a lição de Cunha, para quem: “Ao lado dessa exigência, relativa ao próprio mecanismo jurídico criado pela estipulação das partes, é usual colocar-se uma outra, de índole bem diversa: que as quantias globalmente percebidas pelo agente – isto é, as remunerações e os adiantamentos por conta da indemnização de clientela – se situem nitidamente acima da retribuição média da generalidade dos agentes naquele sector de atividade”. Mais à frente, destaca a autora: “Quer dizer, pretende com isto apurar-se o significado das prestações realizadas no âmbito da estrutura sinalagmática do contrato de agência, atribuindo à presença desses ‘índices’ a virtualidade de revelarem que, materialmente ou segundo a intenção das partes, as prestações realizadas pelo principal não eram correspectivo da atividade de promoção de negócios ou de outro qualquer comportamento ao qual o agente estivesse contratualmente adastrado.”. CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 352.

⁷²⁶ Em sentido contrário, vide RESP n. 1.831.947 – PR (2019/0239968-7) do STJ brasileiro, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 13.12.2019, nos termos do qual: “Recuso Especial. Contrato de Representação Comercial. Recisão unilateral imotivada pela representada. Indenização. Art. 27, “j”, da Lei 4886/65. Cláusula contratual que prevê pagamento antecipado acrescido às comissões mensais. Ilegalidade. Forma de pagamento que não se coaduna com o conceito de indenização”(...). “O pagamento antecipado, em conjunto com a remuneração mensal devida ao representante comercial, desvirtua a finalidade da indenização prevista no art. 27, j, da Lei 4.886/65, pois o evento, futuro e incerto, que autoriza a sua incidência é a rescisão unilateral imotivada do contrato. Essa forma de pagamento subverte o próprio conceito de indenização.”

instituto da Indenização de Clientela, apesar do nome, não materializa, necessariamente, uma indenização.

Aliás, nesse mesmo sentido, como registrado algures, o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, em alinhamento com o entendimento de outros ordenamentos nacionais, por meio do julgamento realizado no Recurso Extraordinário 81.128, publicado no então Diário da Justiça de 19.09.1975, reconheceu a natureza social e de ordem pública dos ditames protetivos da Lei 4886/85, que regulamenta, como sabido, o contrato de representação comercial no Brasil.

Caberá, inevitavelmente, a análise casuística de cada situação particular para verificar se a antecipação do pagamento da indenização de clientela possuía, de fato, esse fim, ou se tratava de uma artimanha do principal para evitar seu pagamento ao final do pacto contratual.

Uma vez realizada tal verificação casuística, apenas três podem ser as consequências: a) ou, efetiva e validamente, o agente recebeu Indenização de Clientela de forma antecipada no curso do contrato, nada mais – ou quase nada mais, a depender da checagem de cálculo a ser realizada – tendo a rebercer a esse título; b) ou, mesmo tendo alma de Indenização de Clientela, o agente não cumpriu, ao final do ajuste contratual, os requisitos para recebimento dos valores, situação em que deverá devolver ao principal tudo aquilo que recebeu a esse título, atualizadamente; c) ou, todavia, a análise do caso concreto revela se tratar de fraude ao pagamento da Indenização de Clientela, eivando a cláusula contratual de nulidade.

Pensamos que para essa última situação, em que foi a própria comissão do agente que foi segregada para custear, antecipadamente, sua “falsa” Indenização de Clientela, os valores recebidos a esse título não devem ser restituídos pelo agente ao principal, eis que verdadeiras comissões disfarçadas, e, ao agente, ainda será devida a indenização de clientela que lhe é de direito⁷²⁷.

⁷²⁷ Opinião distinta é a de Cunha, para quem o agente deverá devolver aquilo que recebeu por conta de uma estipulação declarada nula. Destaca a doutrinadora que: Sempre será o agente obrigado a restituir aquilo que recebeu por força da estipulação declarada nula mas, se simultaneamente tiver direito a uma indenização de clientela, terá efetivamente que restituir a quantia correspondente à prestação ou prestações realizadas pelo principal.”. CUNHA, Carolina – Indemnização de clientela do agente comercial, p. 353.

Há, contudo, sem dúvidas, nítidos riscos, bilaterais, a ambas as partes, principal e agente, envoltos na estipulação acima cogitada, que permite-nos até avaliar discutir qual a vantagem para as partes em incluí-las nos corpos contratuais.

Enquanto o agente assume o risco de receber, antecipadamente, algo que não saberá se lhe será devido, assumindo, assim, a responsabilidade de poder ter de devolver tais montantes, eventualmente, o principal escolhe antecipar o pagamento de valores que não sabe se deverá arcar, comprometendo seu caixa e assumindo o risco, bem como as incertezas e os custos, inclusive judiciais, de ir ao resgate dos montantes que, sem dever, adiantou à contraparte.

CAPITULO 6 Da aplicação do instituto da Indenização de Clientela ao distribuidor

6.1 Da necessidade de tutela do distribuidor comercial

Insta, antes de discutir acerca de aplicação, por analogia, das normas referentes à tipologia da agência para os casos de vazios legislativos referentes à distribuição comercial, averiguar e avaliar se, sobre o distribuidor comercial, há a necessidade de sua tutela, especialmente por ocasião da cessação do contrato, momento em que normalmente eclodem os conflitos entre as partes.

Ao nosso pensar, adiantamos desde já, os distribuidores comerciais, tais quais os agentes, são merecedores de idêntica necessidade de tutela. O encerramento do contrato de distribuição pode, ao distribuidor, trazer-lhes prejuízos muitas vezes irrecuperáveis, levando, em extremo, à sua bancarrota.

E, nesse sentido, saliente-se que a eventual maior estrutura do distribuidor em relação ao agente não é justificativa a afastar sua necessidade de tutela. Aliás, em bem verdade, tal situação autoriza, mais ainda, a tutela. Por realizar maiores investimentos do que agente, por possuir toda uma estrutura voltada a atender o contrato, o desfazimento do ajuste ao distribuidor lhe acarreta, via de regra, prejuízos ainda mais expressivos que ao agente, dificultando, sobremaneira, sua recuperação e até sobrevivência empresarial, mormente nos casos em que há relação de exclusividade do distribuidor junto ao fabricante ou quando em trato a necessidade de investimentos com baixa comutatividade⁷²⁸.

A necessidade de tutela não está, ao nosso viso, integralmente relacionada com a capacidade econômica da parte, mas sim ao seu nível de dependência ao contrato. Assim como a agência, a distribuição envolve um vínculo colaborativo, longo, com um elevado direcionamento do fabricante sobre as operações do distribuidor, que, por sua vez, tem como

⁷²⁸ Nesse sentido, Martinez Sanz enfatiza que “(...) podría lícitamente dudarse de que el concesionario no se encuentre sometido también a esa necesidad de protección, habida cuenta de que, por regla general, confía su suerte a un solo empresario-concedente, y la resolución del contrato puede causarle perjuicios económicos considerablemente superiores a los que sufre el agente.” MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 337.

objetivo promover os produtos daquele em determinado mercado e público consumidor (instrumentalizado por meio de compras para posteriores revendas).

O distribuidor, via de regra, é dependente do contrato, na medida em que realiza investimentos para poder operacionalizar sua atuação e poder, assim, atingir seu mister e escopo contratual. Investimentos muitas vezes específicos, com baixo índice de comutação, dificultando, por conta disso, sua mobilidade contratual. Ademais, o fato dos pactos estabelecerem, na essência, vínculos longevos, aumenta a dependência do distribuidor àquela relação contratual.

Não é, pois, conforme suso anunciado, a estrutura econômica do distribuidor que, como elemento basilar, define a sua necessidade de tutela, mas a própria tipologia contratual a que está inserido, que, assim como a agência, provoca uma natural situação de dependência contratual⁷²⁹ em relação ao fabricante e, por isso, autoriza a tutela do distribuidor. Em abstrato, então, é de se entender que, tal qual ao agente, o distribuidor é merecedor de tutela, especialmente quando do fim da relação do contrato de distribuição comercial.

A necessidade de tutela, ou não, do distribuidor, no caso concreto, não é o único fator relevante para eventual aferição do seu direito à Indenização de Clientela⁷³⁰. O que estará em causa, pensamos, é a angariação de clientela e, quando do desenlace contratual, sua descontinuidade na exploração econômica da clientela que angariou, diversamente do fabricante, que continuará retirando frutos econômicos sobre a clientela angariada pelo distribuidor cujo contrato foi, contra sua vontade, encerrado.

E, por mais que se entenda, embora nitidamente confusa⁷³¹, que o fundamento principal da indenização de clientela reside em seu caráter social, protetivo ao agente, sabe-se,

⁷²⁹ Sobre o tema da dependência econômica como elemento de autorização de uma quadro jurídico protetor ao dependente, Ribeiro enxerga com ressalvas tal proteção, na medida em que a parte, independente e autônoma, volitivamente aderiu à contratação. Salieta ainda eventuais desvios, pelo excesso, na ordinária orientação de uma parte à outra do contrato, pode, ao fim e ao cabo, gerar requalificação do próprio contrato, transmutando-o para consórcio, sociedade ou, no caso de pessoas singulares, relações de emprego. RIBEIRO, Maria de Fátima – Op. Cit., p. 99.

⁷³⁰ Nesse sentido, Martinez Sanz destaca que a indenização de clientela “(...) se encuentra fuertemente impregnada por consideraciones de equidad, no cabe adoptar una postura distinta – la compensación por clientela sería, se disse, una norma tuitiva introducida em beneficio del agente -, com la casi única finalidade de excluir o dificultar al máximo la extensión del precepto a otros intermediarios a los que se les supone menos necesitados de esa tutela.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 338.

⁷³¹ Ribeiro destacou, outrossim, a complexidade quanto ao fundamento da indenização de clientela, ao destacar que: “(...) a complexidade da questão é aumentada pela ausência de consenso acerca da indemnização de clientela no contrato de agência.”. RIBEIRO, Maria de Fátima – Op. Cit., p. 88.

como dito outrora, que se trata de um instituto *sui generis*, e, efetivamente, tem relação com a perda da clientela angariada no curso do contrato e, ao seu final, explorada por apenas uma das partes. Não se pode afastar dessa análise para, ao nosso entender, aplicar a tutela referente à Indenização de Clientela ao distribuidor comercial.

Nessa toada, postas tais questões e circunstâncias, pensamos que, consoante garantido ao agente, o distribuidor merece ser tutelado, evitando, assim, que, em flagrante malferimento à equidade, deixe de ser compensado, se casuisticamente fizer jus, por algo que lícitamente construiu.

6.2 Da agência como paradigma legal ideal ao contrato de distribuição comercial - aplicação analógica

Tanto a agência quanto a distribuição comercial enquadram-se, como sabido, como contratos de colaboração, na medida em que ambos atuam como intermediários profissionais dos fabricantes, auxiliando-os na promoção dos seus negócios, atuando para fazer chegar seus produtos em áreas ainda não desbravadas, de difícil acesso, ou mesmo incrementando vendas em áreas já exploradas, e, assim, substituindo, com sucesso, a necessidade de assunção de riscos e custos decorrente da utilização da via da distribuição direta.

As funções econômicas dos agentes e distribuidores se equivalem⁷³², sendo, em ambos os casos, como dito, a de criar ou incrementar uma clientela à contraparte onde ainda não existe, aumentando o volume de vendas em determinada zona territorial.

Embora com características peculiares que a identificam e a distinguem uma da outra, inolvidável que tais tipos contratuais, e porque não a franquia, a mediação, e a

⁷³² Monteiro destaca que tanto a agência quanto a distribuição e a franquia cumprem “(...) a mesma função económico-social.” MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 68.

corretagem, compõem espécies de uma categoria maior, que vem sendo, pela doutrina, objeto de autonomização, qual seja o Direito da Distribuição Comercial⁷³³.

Nesse sentido, ressalvada particularidades incomunicáveis, a categoria dos contratos colaborativos admite e até reclama uma disciplina jurídica comum, capaz de permitir um tratamento uniforme a tais modalidades contratuais similares. Pinto Monteiro destaca, para admitir tal possibilidade, num “(...) regime jurídico dos contratos de distribuição.”⁷³⁴.

Regime esse que, segundo o notável autor português, é plural, dada a pluralidade dos contratos da distribuição, o que “(...) não impede que haja um núcleo ou fundo comum de problemas susceptível de ser equacionado e resolvido por um mesmo regime jurídico.”⁷³⁵

Ao nosso viso, conforme analisado e concluído no tópico anterior, assim como na agência, entende-se cogitável admitir que o distribuidor, quando do encerramento do vínculo contratual, analisadas as situações que permeiaram sua história contratual, necessita de tutelas semelhantes às aplicadas ao agente⁷³⁶.

Considerando a atipicidade legal dos contratos de distribuição, e atento ao princípio da autonomia privada que regula as relações negociais, é, de fato, nas cláusulas contratuais estabelecidas pelos contraentes que residem as estipulações que solucionarão as eventuais controvérsias entre as partes, dentro dos limites impostos à possibilidade de auto-regulação de suas obrigações e de acordo com os demais princípios gerais às relações contratuais.

Situações, porém, de real⁷³⁷ omissão do texto contratual, natural em face da racionalidade limitada do *homo economicus*, ou ainda, hipóteses marginais de malferimento

⁷³³ Vide, nesse sentido, MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 29. Mais adiante, destaca o autor espanhol que: “(...) ya se acepte la existencia de una nueva categoría contractual, el la que vendrían a incluirse la concesión, la agencia, y la franquicia (distribución en sentido amplio).”. Idem – Op. Cit., p.321-322.

⁷³⁴ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de distribuição comercial, p. 131.

⁷³⁵ MONTEIRO, Antonio Pinto, “De novo os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial – Anotação ao AUJ do STJ n.º 6/2019, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 149, n.º 4019, p. 158.”

⁷³⁶ Vide, sobre o tema, Leitão, para quem o “(...) a necessidade de proteção do concessionário que vê o seu contrato extinto não é muito diferente daquela que experimenta o agente.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 81.

⁷³⁷ E não aparente omissão.

à lei ou a princípios, deverão ser reguladas pelo regime do modelo contratual mais próximo⁷³⁸, mais semelhante ao da distribuição comercial.

Sendo a agência objeto de positivação em quase todos os ordenamentos jurídicos, situação diversa do contrato de distribuição, legalmente atípico (*vacuum legis*), seu texto legal – o da agência - aponta, naturalmente, como paradigma ideal⁷³⁹ para a regulação global dos contratos de colaboração, especialmente no que tange à comum problemática surgida, interpartes, quando do momento extintivo do vínculo⁷⁴⁰.

Apesar da distribuição comercial envolver operações frequentes de compra e venda, tais negócios são, em bem verdade, apenas instrumentais ao escopo final da atividade de distribuição, a qual, assim como a agência, visa “representar”, *lato sensu*, tal qual a agência, os interesses do fabricante em determinada área territorial, de atuar na prospecção do mercado e na angariação de clientela aos produtos do fabricante que revende⁷⁴¹.

Há, fisiologicamente, semelhanças entre a agência e a distribuição que autorizam, pelo instituto da analogia⁷⁴², entendemos, a integração, ao distribuidor⁷⁴³, de algumas regras

⁷³⁸ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português - processo 391/06.0TBBNV.E1.S1-A, j. em 19/09/2019, pela 1ª Secção, com relatoria de Fernando Samões.

⁷³⁹ É o que Monteiro denomina de vocação analógica. MONTEIRO, António Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 52.

⁷⁴⁰ É, pois, nesse sentido, o vaticínio de Martinez Sanz, para quem: “Em hecho de que casi todos estos contratos, salvo el de agencia, resulten ser atípicos, justifica que quepa plantearse también en Derecho español, al igual que se ha hecho em otros ordenamientos, la aptitud de la regulación legal de la agencia para servir como posible Derecho general de la distribución comercial.(...) Por otro lado, la constatación de la existencia em todos estos contratos de una problemática hasta cierto punto análoga – y que se manifiesta com especial intensidad en el momento extintivo – podrían sin duda justificar la aplicación análoga del estatuto protector del agente a otras categorías próximas”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 31/33.

⁷⁴¹ O fato do distribuidor não ser comissionado, mas obter sua remuneração a partir da margem sobre a revenda dos seus produtos, pensamos, não autoriza, sob esse respectivo argumento, o afastamento da aplicação analógica do regime da agência para a distribuição. Ambos são remunerados, contudo, tais remunerações têm formatos distintos, sendo materializadas de maneiras diferentes em cada tipo contratual. Não se exige idêntica situação para aplicação analógica. Aliás, fosse idêntica, a utilização do regime jurídico deveria ser direta. A analogia buscar solucionar uma lacuna de situação semelhante. E, ao nosso viso, quanto ao formato de remuneração do distribuidor e do agente, não há distinções estruturais a ponto de impedir a analogia.

⁷⁴² A analogia é método de integração das normas jurídicas, estando, inclusive, previsto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e nos n.s 1 e 2 do artigo 10º do Código Civil português. É, como vaticina Farias e Rosenvald “(...) procedimento lógico de constatação, por comparação das semelhanças entre diferentes casos concretos, chegando a juízo de valor. É o processo de aplicação a uma hipótese não prevista em lei de disposição concernente a um caso semelhante”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – Op. Cit., p. 115. No direito português, a matéria encontra-se regulada pelo art. 10º do Código Civil.

⁷⁴³ Vide, nesse sentido, Borges, para quem: “Funcionando como matriz da distribuição, a agência fornece o regime jurídico subsidiário da concessão comercial enquanto contrato atípico (VIEIRA, 2006, p. 117-118). A aproximação entre agência e concessão é evidente, tanto em nível jurídico como em nível econômico. Juridicamente, ambos constituem contratos duradouros, celebrados entre sujeitos independentes entre si. Veiculam, ainda que com intensidade diferenciada, deveres promocionais das mercadorias distribuídas e deveres de prospecção de clientela. Não obstante essa aproximação jurídica, é no nível econômico que se

estabelecidas ao agente⁷⁴⁴. O conjunto de notas comum entre tais tipos contratuais é de tal forma relevante que se permite afirmar a existência de “(...) um parentesco ou proximidade funcional(...)”⁷⁴⁵ entre a agência e a distribuição comercial.

Baldi, sobre tal aplicação analógica, destaca que

(...) il problema si pone per le analogie tra i due tipi de contrato, entrambi di durata, entrambi di distribuzione commerciale, nei quali l'avviamento in una zona e l'incremento di una clientela costituiscono un patrimônio su cui si determinano diritti e aspettative da parte del concessionário, così come da parte dell'agente (...).⁷⁴⁶

No mesmo sentido é a lição de Martinez Sanz⁷⁴⁷, para quem: “(...) la disciplina legal de la agencia contenida em la LCA está llamada a cumplir un importante papel em la

acentua a semelhança entre agência e concessão. De plano, saliente-se que o dado econômico subjacente a ambos os contratos coloca o concessionário em uma posição idêntica à do agente. Ambos se inserem em uma rede de distribuição comercial, sujeitando-se à orientação da contraparte. Agência e concessão são, ambos, contratos da distribuição. Através deles, organiza-se um sistema de distribuição indireta. Tanto o agente como o concessionário são intermediários especializados na comercialização, integrando-se economicamente em uma rede de vendas. Ambos têm profunda dependência econômica diante da contraparte. Seja pela aproximação jurídica, seja pela aproximação econômica, a agência é, nitidamente, um tipo contratual afim ao da concessão comercial.” VIEIRA, 2006 apud BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

⁷⁴⁴ Entre os portugueses, por todos, vide, nesse sentido MONTEIRO, Antonio Pinto, “De novo os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial – Anotação ao AUJ do STJ n.º 6/2019, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 149, n.º 4019, p. 159, para quem: “O regime que a lei consagra para o contrato de agência afigura-se modelar ou paradigmático, traduzindo, muitas vezes, a concretização de princípios gerais válidos para todos os contratos de distribuição, pelo que bem pode atribuir-se à agência o estatuto de ‘figura exemplar’. A lei disciplina um determinado tipo de actuação, cujo expoente máximo – ou exemplar – é o agente, mas sem prejuízo de abranger outros distribuidores, exatamente na medida em que a sua actuação se aproxime ou equipare, nos termos assinalados, à do agente”. Noutra oportunidade, o douto doutrinador Pinto Monteiro destaca que: “É metodologicamente correcto, perante um contrato legalmente atípico, atender às regras dos contratos mais próximos, às regras daqueles contratos que tenham a sua disciplina fixada na lei e possam aplicar-se aos contratos de concessão e de *franchising*, por analogia.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 66/68. Cordeiro destaca que: “(...) a regulação – artigos 24º a 36º do Decreto Lei n.178/86 -, é ainda, particularmente importante por representar um regime paradigmático para as diversas operações duradouras.” CORDEIRO, Antônio Menezes – Manual de direito comercial, p. 504-505. Vieira enfatiza, no mesmo sentido, que: “O regime extintivo da agência é aplicável analogicamente, com as necessárias adaptações, à concessão comercial.”. VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 118.

⁷⁴⁵ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 68.

⁷⁴⁶ BALDI, Roberto – Op. Cit., p. 82.

⁷⁴⁷ Idem – Op. Cit., p. 321.

determinación de la normativa aplicable al atípico contrato de concesión, ante a la insuficiencia de las condiciones pactadas por las partes.”.

Nesse sentido, esse é o entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal de Justiça português⁷⁴⁸

Pese embora as particulares características que autonomizam tipologicamente o contrato de agência e o contrato de concessão comercial, desde logo, o agente actua em nome e no interesse do principal, ao invés do concessionário que actua em nome próprio, não poderemos desvalorizar a existência de significativas semelhanças entre si, decorrentes, desde logo, da circunstância de se enquadrarem na função jurídico-económica dos contratos de distribuição, integrados que estão na rede de distribuição do principal, sendo por este utilizados para o escoamento dos seus produtos, donde, ao colaborar na colocação dos produtos do principal no mercado, é, inegavelmente, reconhecido ao concessionário um desempenho essencial na angariação de clientela, a qual se vai fidelizando aos produtos e marcas do principal, aumentando dessa forma os respectivos mercados.

Não se pode, contudo, pensa-se, aplicar ao distribuidor, irrestritamente, sem uma avaliação customizada⁷⁴⁹, caso a caso⁷⁵⁰, todos os direitos legalmente atribuídos ao agente,

⁷⁴⁸ STJ - Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n. 06/2019, de 4 de novembro

⁷⁴⁹ No mesmo sentido, vide MONTEIRO, António Pinto – Estudos Eduardo Correia III, p. 327, e BARATA, Carlos Lacerda – Anotações ao novo regime do contrato de agência, p. 86-87. No mesmo sentido, vide Monteiro, para quem é necessário: “(...) averiguar, em cada caso, se a norma que se pretende aplicar permite uma aplicação analógica, o que implica ponderar se a sua *ratio* se adequa a um concessionário (ou a um franqueado) (...)”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 68. Vasconcelos, ao expressar sua posição acerca da possibilidade de aplicação, em determinados casos, analogicamente a norma relativa à indenização de clientela aos contratos de franquia, destacou que: “O critério decisivo da analogia a adoptar face ao caso concreto, entendemos ser aquele formulado por Pinto Monteiro, ou seja, saber se, naquela específica franquia, esses franqueados ‘desempenharam funções, cumpriram tarefas e prestaram serviços idênticos aos que recaem sobre o agente, em termos de eles próprios deverem ser considerados (...) como um relevante fator de atracção de clientela.”. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 131.

simplesmente pela ausência de tratamento jurídico-positivado àquele. É preciso, sem dúvidas, fazer uma análise do que se está a pretender equiparar, aprofundando-se na específica relação contratual estabelecida entre o distribuidor e fornecedor, avaliando o nível de integração do distribuidor na rede de distribuição do produtor para, assim, fazer o cotejamento com o direito em menção.

Lembre-se que o distribuidor atua em nome próprio, ou seja, ao realizar suas transações econômicas o faz com o “seu cliente”. É com ele que os vínculos são formados, embora, por óbvio, revenda produtos de terceiros fabricantes. A venda ocorre sob a imagem da empresa do distribuidor e, ademais mais disso, o vínculo com o cliente não encerra no mero ato de venda e compra. Há, normalmente, toda a atuação em pós-venda, aconselhamento e assistência técnica, que, sem dúvidas, aproximam o distribuidor do seu cliente⁷⁵¹.

Para além disso, o nível de investimentos que realiza, via de regra muito maiores⁷⁵² que os realizados pelos agentes, garante-lhes o desenvolvimento de uma marca própria, com participação social na comunidade que está envolvida, facilitando a fixação de sua clientela. Há ainda, sem dúvidas, a arte negocial do comerciante distribuidor, especialmente em regiões menores, que, junto ao meio que está inserido, atua e facilita o ato de promover a venda dos produtos que comercializa.

O agente, por sua vez, de fato, só intermedia a transação⁷⁵³ entre fabricante e cliente final, colaborando para um negócio em que não participa em nome próprio. Os laços e vínculos que firmam inexistem com o cliente, ou, quando muito, são menos fortes do que os estabelecidos pelo distribuidor.

Não se pode dizer, contudo, que esses laços comerciais firmados pelo distribuidor com seus clientes são realmente fortes. Muitas vezes, o valor do relacionamento está no

⁷⁵⁰ Vide, nesse aspecto, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, no proc. 391/06.0TBENV.E1.S1, j. em 12/07/2018, de relatoria de Acácio das Neves, destacou que: “...o regime do contrato de agência só por analogia, e em relação a cada caso e situação, se aplica ao contrato de concessão comercial.”

⁷⁵¹ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 126/127.

⁷⁵² No mesmo sentido manifestou-se o STJ português, no Acórdão da 2ª Secção, no processo 1212/12.0TBSTS.P1.S1, j. em 24/05/2018, com relatoria de Álvaro Rodrigues, destacando, sobre o tema, que: “Enquanto no contrato de agência a atividade do agente não é independente e age em nome do principal que, verdadeiramente, negocia os contratos com os clientes que o agente angaria, na distribuição autorizada, aliás, como na concessão comercial, o distribuidor é dono do negócio, atua por conta própria e risco, o que implica, por via de regra, investimentos de maior vulto, suportados por ele, mais do que os investimentos que normalmente estão a cargo do agente (...)”

⁷⁵³ Via de regra.

produto⁷⁵⁴ comercializado pelo distribuidor e, no caso do encerramento de um vínculo contratual entre este e o fornecedor⁷⁵⁵, o cliente naturalmente migra sua relação negocial para o novo concessionário indicado pelo fabricante⁷⁵⁶.

A questão da clientela ser do distribuidor, com efeito, é muito maior sobre a perspectiva jurídica, como dito outrora, do que econômica e prática. O que se percebe na prática, é que a clientela é ambivalente⁷⁵⁷, servindo tanto ao distribuidor, com quem este realiza sua atividade profissional de revenda, e ao fabricante, para quem seu produto é, por conta da atuação do seu distribuidor integrado, sua orientação, escoado. Eis, na prática, fielmente, o objeto principal da distribuição.

Não se pode, pelo mero argumento da clientela, pensamos, afastar a aplicação analógica da agência à distribuição. Seria um apego formal exacerbado, com nítido afastamento do princípio da equidade. As situações entre agente e distribuidor são, na prática, muito semelhantes⁷⁵⁸. Em ambos os casos, a tendência mais comum, ao fim do contrato é que o cliente siga com o fabricante e com o principal. Nada impede, contudo, que tal clientela, fundamentalmente por conta do atendimento ofertado pelo agente e pelo distribuidor, bem como por sua boa reputação, sigam com esses e seus eventuais novos produtos, quando do hipotético desenlace das relações contratuais estabelecidas.

⁷⁵⁴ Vide, nesse sentido, o j. da 30ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, na Apelação 9260035132005826 SP, com relatoria do Des. Andrade Neto, j. em 19/10/2011 senão vejamos: “É fato que os clientes, mormente nessa modalidade negocial, não são conseguidos exclusivamente pelo esforço da distribuidora, mas, também, pela marca e bom nome da empresa fabricante, fato que deve ser considerado no estabelecimento do valor da indenização.”

⁷⁵⁵ Maria Helena Brito, sobre o tema, destaca: “(...) a clientela encontra-se mais ligada ao produto do que ao vendedor. Não admira, portanto, que a cessação do contrato dê origem à transferência da clientela.”, enfatizando que tal situação ainda é mais notória nos casos de distribuição com exclusividade, para, ao final, defender as iniciativas jurisprudenciais e doutrinárias voltadas a assegurar a proteção do concessionário. BRITO, Maria Helena – Op. Cit., p. 235.

⁷⁵⁶ Pardolesi aponta tal situação ao estabelecer que: “Come già si è detto, la fine del rapporto minaccia di portare con sé una bruna riduzione nel giro d'affari del distributore: gli utenti che facevano capo a lui in quanto tramita privilegiato della commercializzazione di un prodotto di marca trasmigreranno alla volta di chi ne abbia rivelato le funzioni, con conseguenze talora drammatiche che l'interessato avverte come ingiuste”. PARDOLESI, Roberto – I contratti di distribuzione, p. 339.

⁷⁵⁷ Termo, inclusive, utilizado por Martinez Sanz, o qual, ao tratar do tema, arremata no sentido de que: “(...) la situación del agente y del concesionario, en este concreto punto y desde una perspectiva económica, no difieren substancialmente.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 344.

⁷⁵⁸ Da mesma forma, é o parecer do doutrinador espanhol Martinez Sanz, para quem: “La objeción es, a nuestro juicio, fácilmente rebatible si se tiene en cuenta que algo similar sucede en el contrato de agencia.”. Idem – Op. Cit., p. 345.

Por óbvio que tal análise não pode ser generalizada. Ela, dever ser casuística e leva em consideração, certamente, o *selling power*⁷⁵⁹ do produto objeto da distribuição, além do próprio porte e imagem do distribuidor, que muitas vezes associa sua marca a um *slogan* de qualidade, ética e honradez, conseguindo levar consigo seus clientes para outros produtos que porventura comercialize⁷⁶⁰.

Quanto maior o poder de venda dos produtos, como, por exemplo, indústrias de refrigerantes, cervejas e combustíveis, menor o poder de atração do distribuidor em relação à clientela que angariou. Esses clientes, muito provavelmente, migrarão e estabelecerão vínculos com o novo concessionário indicado pela fábrica.

Eis o que a doutrina chama de clientela subjetiva e objetiva. Enquanto a clientela subjetiva é mais pessoalizada e leva em conta fatores como competência, simpatia e honestidade do empresário e seus colaboradores, a clientela objetiva é mais impessoal, atraindo-se por fatores relacionados ao produto e seu sinal distintivo. Enquanto a clientela subjetiva é mais próxima dos negócios a retalho, de menor dimensão, a clientela objetiva é facilmente mais verificada em empreendimentos maiores, sendo mais apática e despersonalizada aos atributos e qualidades pessoais dos empresários⁷⁶¹.

Ademais, se a indenização de clientela possui natureza assistencial, de, literalmente, proteger a situação jurídica, assimétrica, do agente que não der fim, por justo motivo, à relação contratual de agência, é preciso verificar se ao distribuidor caberia a mesma proteção.

Sem dúvidas, via de regra, o distribuidor possui mais estrutura muscular que o agente, e, dessa forma, mais condições de superar eventual ruptura do pacto de distribuição.

⁷⁵⁹ Cunha, sobre o tema, destaca: “O panorama começa a alterar-se com o investimento das empresas na criação de *selling power* para as marcas – recorrendo sobretudo à publicidade sugestiva, ‘que faz verter sobre a marca um conjunto de fatores intangíveis, não utilitários, que diferenciam o produto no mercado, atribuindo-lhe uma personalidade própria’. Simultaneamente, fatores como a massificação do tráfico jurídico, a sofisticação das estratégias de luta concorrencial, e mesmo, acompanhando o desenvolvimento das ciências de gestão empresarial, a crescente racionalização das decisões de compra dos agentes económicos, contribuíram para o declínio da importância das qualidades pessoais enquanto fator de fixação de clientela.”. CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 416.

⁷⁶⁰ Como bem coloca Martínez Sanz “Será el mercado, se afirma, el que decida: aquellos clientes que, ante todo, acudían al concesionario atraídos por el producto (=fabricante), acudirán en el futuro al nuevo distribuidor; por contra, quienes adquiriesen los productos em un determinado concesionario seducidos por sus especiales condiciones profesionales, eficiencia, honradez, u otras, seguirán siendo clientes de dicho concesionario, aunque en el futuro distribuya productos similares de outro fabricante.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 303.

⁷⁶¹ Vide, nesse sentido, CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 70-71.

Por outro lado, o impacto de uma derrota lhe pode ser fatal. Com custos mais expressivos, investimentos mais significativos, de pouca mobilidade, o fim de uma relação contratual pode ser, ao distribuidor comercial, mais perverso e doloroso ao distribuidor do que ao agente. Pensamos, pois, diante disso, que tal questão não afasta, mas, pelo contrário, aproxima o uso da analogia.

No que atine à utilização do arquétipo legal do contrato de agência como paradigma à distribuição comercial, especialmente para regular situações decorrentes do encerramento do vínculo, em Portugal, a questão é relativamente superada e há, com larga aceitação doutrinária⁷⁶² e jurisprudencial⁷⁶³, a compreensão de que a agência é o modelo legal vocacionado a regular, quando pertinente, por extensão analógica⁷⁶⁴, as questões envolvendo os distribuidores comerciais.

No Brasil a matéria é muito menos tratada. O embate e ênfase que se verifica, normalmente, no Brasil, pela doutrina e jurisprudência, envolve a possibilidade de enquadramento, ao distribuidor comercial, das regras estabelecidas na Lei Ferrari, Lei 6.729/79, para o concessionário de veículos.

⁷⁶² Doutrinariamente, por todos, vide Monteiro, para quem: “(...) sempre entendemos ser o contrato de agência aquele cujo regime se mostra mais vocacionado, à partida, para se aplicar ao contrato de concessão.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 52. No mesmo sentido é o vaticínio de Leitão, para quem: “(...) efetivamente a situação do concessionário no momento da denúncia do contrato é tão merecedora da atribuição da indenização de clientela como a do agente, desde que se verifique o pressuposto da obrigação de transmissão do círculo de clientes ao concedente e este adquira benefícios dessa transmissão.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 84-85. Vieira destaca: “A esfera de proteção da norma é defesa do agente na extinção do contrato. A sua *ratio*, dada a similitude da situação material do concessionário em face do agente, é perfeitamente idêntica.”. VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 127. Em sentido contrário, vide PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 724.

⁷⁶³ Vide, entre outros, os Acórdãos da Supremo Tribunal de Justiça Português: Acórdãos de 23/11/2006 (proc. nº 06B2085), de 04/11/2010 (proc. nº 2916/05.9TBVCDD.P1.S1), de 11/10/2011 (proc. 4749/03.8TVPRP.P1.S1), de 27/10/2011 (proc. nº 8559.06.2TBBERG.G1.S1), de 31/01/2012 (proc. nº 2394/06.5TBVCT.P1.S1), de 18/12/2013 (proc. nº 2394/06.5TBVCT.P2.S1), de 18/06/2014 (proc. nº 2709/08.1TVLSB.L1.S1), de 12/03/2015 (proc. nº 2199/11.1TVLSB.L1.S1), de 29/09/2015 (proc. nº 1552/07.0TBPTM.E2.S1) e de 17/11/2015 (proc. nº 4671/06.6TBMTS.P1.S1), todos consultáveis em www.dgsi.pt.

⁷⁶⁴ Vide, nesse sentido, Engrácia Antunes, para quem: “(...) este regime legal possui uma relevância que ultrapassa o próprio contrato que regula: constituindo a agência uma figura paradigmática ou matriz da distribuição comercial, compreende-se que a doutrina e a jurisprudência portuguesas venham admitindo a extensão analógica do seu regime aos demais contratos de distribuição legalmente atípicos.”. ANTUNES, José A. Engrácia – Op. Cit., p. 440.

Nessa perspectiva, a doutrina⁷⁶⁵ e a jurisprudência⁷⁶⁶ são pacíficas no sentido de que a lei em menção é própria e particular à categoria específica dos concessionários de veículos automotores, não se prestando a regular todo o gênero de distribuidores.

De fato, em consonância com o entendimento jurisprudencial, o propósito da Lei Ferrari foi regular uma categoria muito específica dos distribuidores, quais sejam, os concessionários de veículos, com a indicação de regras muito particulares, customizadas à tal categoria, prevendo autorização, inclusive, de restrições à livre concorrência e livre iniciativa. A universalização dos preceitos ali previstos a toda a generalidade de distribuidores não se mostra razoável, exatamente pela particularidade das estipulações legais consignadas no instrumento legal.

A relação que envolve a concessão comercial de veículos é dotada de um nível avançado de dependência do concessionário ao fabricante, o qual não necessariamente se verifica nas demais relações de distribuição. A aplicação da Lei Ferrari, indiscriminadamente, a toda a categoria de distribuidores não se relevaria sensata.

Pensa-se, isso posto, que, apesar das diferenças ontológicas existentes entre os tipos contratuais da agência e da distribuição, as normas atinentes à agência são as mais vocacionadas a servir como paradigma para à extensão analógica para a distribuição^{767,768},

⁷⁶⁵ Vide, sobre o tema, Forgioni, para quem: “Formou-se relativo consenso jurisprudencial de que essa lei requer interpretação restritiva, ou seja, a Lei Ferrari não deve regular os contratos de distribuição que não tratam das relações entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. A questão não poderia ter recebido tratamento mais adequado pela jurisprudência. Como já destacamos com o Prof. Eros Roberto Grau, a Lei Ferrari é uma lei específica que autoriza, inclusive, restrições à livre concorrência e à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos estão especificamente delineados no texto normativo.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 65.

⁷⁶⁶ RESP 1799627/SP, j. em 23/04/2019, pela 3ª turma do STJ, sob a rel. do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; RESP 1320870/SP, j. em 27/06/2017, pela 3ª turma do STJ, sob a rel. do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; RESP 1494332/PE, j. em 04/08/2016, pela 3ª turma do STJ, sob a rel. designada do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; RESP 1522404, j. em 27/09/2018, decisão monocrática proferida pelo Min. Luis Felipe Salomão; AgInt no RESP 1266785/PR, de rel. da Min Maria Isabel Gallotti, j. em 01/06/2017 pela 4ª T. do STJ.

⁷⁶⁷ No mesmo sentido é a doutrina de Ferreira Pinto, para quem: “Segundo o entendimento generalizado, nos seus traços essenciais, o esquema delineado para a denúncia do contrato de agência é igualmente válido para os restantes dos contratos de distribuição. Não admira que assim seja: a denúncia é, reconhecidamente, um instrumento técnico-jurídico genericamente aplicável a todas as relações obrigacionais duradouras, (...)”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 357.

⁷⁶⁸ Em sentido contrário, vide, Mello e Theodoro Júnior, para quem: “Dentro desse enfoque, a Lei 4.886, de 1965, é afastada do campo de contrato atípico de distribuição e concessão comercial. lei teve a função de criar um contrato típico, qual seja o de representação comercial no qual o espírito do instituto gira em torno de um agente não autônomo, ou de escassa autonomia perante os negócios agenciados, enquanto o que caracteriza a distribuição é justamente a completa autonomia jurídica dos concessionários na operação de revenda. Com efeito, a Lei 4886/65, além de ser norma excepcional, conceitua o representante comercial como o intermediário que age em nome e por conta da empresa representada, não sendo atingido pelos

especialmente para as questões que se surgem com o encerramento do vínculo contratual mantido entre fabricante e distribuidor, inclusive a Indenização de Clientela⁷⁶⁹.

É sabido que o instituto da analogia não tem aplicação, via de regra, para o fim de exportar, do tipo paradigma ao omissis, normas reguladoras de situações excepcionais⁷⁷⁰, próprias do instituto cujo regime jurídico se pretende exportar.

A Indenização de Clientela, contudo, entende-se, não é norma excepcional. Compõe, aliás, a estrutura fisiológica da agência a ponto de inexigir a prova de danos para a sua configuração. Excepcional, ao contrário, são as situações, poucas e expressamente taxadas em lei, em que não incidirá sua aplicação.

Não se pode confundir a peculiaridade do instituto da Indenização de Clientela com eventual alegação de excepcionalidade. É próprio do regime da agência tal instituto. Desde que presentes os requisitos previstos, sendo o caso, a considerar o modelo de aplicação, se germânico ou francês, todos os agentes fazem direito à indenização por perda da clientela. Não são situações excepcionais que autorizam a aplicação da indenização de clientela, essa é regra, aliás. Mas, sem dúvidas, e quanto a isso, não se confunde, trata-se de instituto *sui generis*.

Ainda que evidenciado não se estar em causa norma excepcional, que, na verdade, compõe a própria fisiologia da agência, é importante se fazer breve registro que o próprio conceito de norma excepcional deve ser visto com ressalvas. Pelo princípio da proporcionalidade, casuística, e da ponderação entre os interesses conflitantes em dada situação concreta, bem como o da justiça comutativa, aquilo que é excepcional em uma

negócios que agencia. Já o contrato de concessão comercial, figura atípica da praxe comercial moderna, pressupõe várias empresas atuando conjugadamente na fabricação e revenda de certo produto, mas todos mantendo sua independência econômica e autonomia jurídica. O concessionário não agencia vendas para o fabricante. Compra produtos desde e os revende ao consumidor final, por sua conta e em nome próprio.”. MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – Op. Cit., p. 66.

⁷⁶⁹ Vide, no mesmo sentido, Borges, para quem: “Sendo a agência o instrumento contratual básico dos contratos da distribuição, cujo regime se aplica subsidiariamente aos demais contratos da distribuição como paradigma, de modo a que muitas das regras próprias da agência operem como princípios gerais que informam todos os contratos da distribuição, a resposta parece-nos clara: normalmente regulada no âmbito do contrato de agência, a indenização de clientela desborda também para o contrato de concessão comercial.” E, arremata o autor: “É em relação ao contrato de concessão comercial que se sente com mais acuidade a questão da aplicação analógica do regime da indenização de clientela previsto para a agência. A uma, porque a concessão comercial, conforme já visto, tem permanecido como contrato atípico na imensa maioria dos ordenamentos jurídicos. A duas, porque a necessidade de proteção do concessionário que vê o seu contrato extinto não é muito diferente daquela que experimenta o agente.”. BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

⁷⁷⁰ Eis, inclusive, o teor do art. 11º do Código Civil Português.

oportunidade pode não ser em outra. Não se pode, hodiernamente, analisar a norma por seu registro fotográfico, estático, mas dentro da conjuntura fática e circunstancial que se apresenta.

Ademais, como tratado alhures, quando da análise das teorias sobre o fundamento da Indenização de Clientela, não está-se efetivamente a tratar de uma indenização por ato ilícito, no âmbito da responsabilidade civil que reclamaria uma interpretação restritiva e incidência excepcional.

O fundamento maior⁷⁷¹ da Indenização de Clientela, pensa-se, está na proteção ao agente, vulnerável pelo encerramento de uma relação contratual, da qual era dependente, e para cujo fim não deu qualquer causa justificável⁷⁷².

Posto isso, entende-se, sob o aspecto da excepcionalidade como excludente do uso do regime da analogia, não haver, no que tange à extensão do instituto da indenização de clientela do tipo contratual da agência para o da distribuição, obstáculos à sobreposição analógica, na medida em que se evidencia que a indenização de clientela não é norma de natureza excepcional.

Lembremos, sempre, que a justificativa da indenização de clientela reside no fato de que o agente angariou, no curso de uma relação contratual, uma clientela para exploração comercial dos produtos do principal que, ao final do ajuste, permanecerão explorados apenas por esses. Ou seja, dessa captação de clientela, resultado da atuação do agente, apenas uma das partes contratuais permanecerá, ao fim do contrato, obtendo frutos.

Não é excepcional a norma que estabelece o direito da parte receber uma contraprestação pelos serviços prestados e, pelo fim do contrato, não fosse a previsão da Indenização de Clientela, insuscetíveis de continuidade apenas a um dos contraentes.

Ao fim e ao cabo, é a equidade que justifica a Indenização de Clientela, e esta não é excepcional. Os alicerces da indenização de clientela estão nos princípios gerais dos

⁷⁷¹ Dada a complexidade na busca do seu fundamento.

⁷⁷² Entendimento similar ao do professor Rui Pinto Duarte, embora que por fundamentos diversos, uma vez que, para o mesmo, a fundamentação matriz da indenização de clientela reside na vedação ao enriquecimento sem causa. DUARTE, Rui Pinto – A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização por clientela ao contrato de concessão comercial, p. 319.

contratos, tal qual a boa-fé e solidariedade contratual, que, por sua vez, são regra, e não exceções. Peculiar sim; excepcional, não⁷⁷³.

Questiona-se, outrossim, se pelo fato do distribuidor ser remunerado por meio de margem de revenda, firmada com seus clientes diretos, caberia a analogia do regramento da agência, em que o principal que realiza em seu nome, o negócio intermediado pelo agente. Pensamos que sim. A margem sobre o preço de compra é, tal qual a agência, a forma de remuneração do distribuidor para a atividade de promoção dos produtos do fabricante. Não se deve valorizar o instrumento, o meio, mas o mérito, o núcleo. E, aqui, distribuidor e agente atuam no mesmo sentido.⁷⁷⁴

Outro enfrentamento que merece ser realizado é o da análise da efetiva existência de lacuna, capaz de justificar a utilização da analogia, sobre o instituto da Indenização de Clientela, entre os tipos contratuais da agência e da distribuição comercial.

Antecipando, como dito, o posicionamento defendido na presente tese, entende-se, para a Indenização de Clientela na distribuição comercial, existir um real vazio legislativo, não proposital, que, de fato, justifica a lacuna e autoriza o uso da analogia.

Sabe-se que muitas vezes o não enfrentamento legal de determinado tema, pelo legislador, é uma opção, não havendo razão para se cogitar lacuna e, assim, ser utilizada a analogia. Faz-se necessário, de fato, estar-se diante de uma omissão, indesejada e não cogitada pelo legislador, que autorize a integração da lacuna.

Pensa-se que poderia, por mero amor ao debate, até ser melhor questionada tal analogia se o tipo contratual da distribuição comercial fosse objeto de uma lei específica e, em seu teor, faltasse qualquer disposição envolvendo a indenização de clientela⁷⁷⁵.

⁷⁷³ No que tange à norma espanhola atinente à indenização de clientela, art. 28 LCA, Martinez Sanz enfatiza: “Aunque la cuestión pueda resultar, tal vez, susceptible de controversia, no creemos que en el artículo 28 LCA deba verse una disposición de naturaleza excepcional.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 325.

⁷⁷⁴ Vide, nesse sentido, Martinez Sanz, para quem: “Em ambos supuestos, sin embargo, se produce – o puede producirse, según las circunstancias del caso concreto – una labor de creación o consolidación de clientela que podría ser susceptible de retribuirse com cargo a la compensación de clientela.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 344.

⁷⁷⁵ Duarte, quanto ao tema, destaca: “Diga-se que é muito mais fácil sustentar a existência uma tal lacuna relativamente a um contrato atípico do que relativamente a um contrato típico (...). Mais difícil é sustentar a existência de uma lacuna relativamente a um contrato cuja regime esteja tipificado pela lei.”. DUARTE, Rui Pinto – A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização por clientela ao contrato de concessão comercial, p. 319.

Não é caso, nem no Brasil e nem em Portugal. Em ambos, como na maioria dos países do mundo, conforme multicitado no presente estudo, a distribuição carece de normatização reguladora. A omissão legal é completa, total, e não apenas sobre a tutela do distribuidor após a cessação de seu contrato.

Some-se a isso o fato de que ambos os tipos contratuais, tanto o da agência quanto o da distribuição, fazem parte do mesmo gênero, o dos contratos da distribuição, e, como também, possuem as mesmas raízes fisiológicas e possuem, *latu sensu*, mesmo escopo.

Não há qualquer razão que autorize a conclusão de que a ausência normativa da Indenização de Clientela ao distribuidor é uma opção legislativa. Como dito acima, o debate seria mais profundo e complexo caso houvesse norma regulando a distribuição sem que contivesse qualquer preceito sobre o instituto ora cogitado. Ausente norma legal acerca de todo o tipo da distribuição comercial, somos instados a concluir que o vazio legal não é justificado e desejado pelo legislador. A omissão, pois, quanto ao instituto em menção, não é da vontade do ordenamento, tanto no Brasil quanto em Portugal⁷⁷⁶.

Há sim, todo um contexto entre a agência e a distribuição que aproximam os modelos contratuais e justificam a vocação daquele para os caso de vazio normativo deste, especialmente no que tange às situações de encerramento do pacto firmado com as contrapartes. Sua aplicação, contudo, não pode ser automática e imprescinde do exame prévio da aplicabilidade da norma em cogitação⁷⁷⁷.

É o caso concreto, são as peculiaridades da relação específica, especialmente no que toca ao objeto da concessão, aos investimentos realizados, ao produto comercializado, ao

⁷⁷⁶ Sobre o tema, vide o valioso trabalho do professor Rui Pinto Duarte, para quem: “Não é qualquer ausência de regulação que determina a existência de uma lacuna. A ausência de regulação pode ser, exactamente, a vontade do legislador. (...) Uma situação aparentemente não regulada juridicamente não é por força uma lacuna; pode ser apenas o que aparente ser: uma situação não regulada, um espaço livre de Direito.” Só há, pois, lacuna, se se entender que a ausência de regulação é injustificada, ou seja, que apesar de não haver uma regulação aparente, deve existir uma regulação. DUARTE, Rui Pinto – A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização por clientela ao contrato de concessão comercial, p. 317-318.

⁷⁷⁷ Como muito bem coloca Martínez Sanz, verbis: “Com todo, el problema – como siempre que há de emplearse em método analógico – no puede reconducirse a una simple operación de lógica. Como se há afirmado, la analogia es un proceso de pensamiento valorativo y no unicamente una operación mental lógico-formal (...)”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 327.

nível de dependência entre as partes contratuais, à perda ou não da clientela, que ditarão a aplicação da indenização de clientela à distribuição comercial.⁷⁷⁸

E mais, é fundamentalmente saber se na relação de distribuição comercial em concreto, o distribuidor agiu como um prospectador de clientela aos produtos do fabricante. Se cumpriu seu mister nesse sentido, visitando clientes regularmente, promovendo mais vendas, realizando ações de pós-venda, aumentando volume de clientes em sua área de atuação, tudo para o incremento do mercado consumidor dos produtos do fabricante.

Nesse sentido, vale a pena destacar, sobre o tema, o recente posicionamento de Pinto Monteiro⁷⁷⁹, para quem “Efectivamente, não pode afirmar-se, de plano, que é de ser atribuir àqueles uma indemnização de clientela como a do agente. Há diferenças a que não pode deixar de atender-se. Mas também não pode assumir-ser uma atitude fechada, de recusa, pura e simples, dessa indemnização a concessionários e a franquizados (ainda que, nesse ultimo caso, a dificuldade seja maior). (...). Tudo passa, assim, num primeiro momento, por averiguar, em cada caso concreto, se o distribuidor, pene embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou funções, cumpriu tarefas e prestou serviços semelhantes às de um agente, em tempo de ele próprio dever considerar-se, pela atividade que exerceu, com um relevante fator de atracção da clientela. A sua (maior ou menor) integração na rede do concreto ou do franqueador, as obrigações (mais ou menos extensas, mais ou menos intensas) que assume em ordem à prossecução e defesa dos interesses deste, os deveres de informação a seu cargo e de respeito pelas instruções que dele recebe, o tipo de bens distribuídos, etc., serão, para esse efeito, elementos importante a considerar.”

⁷⁷⁸ VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 127-128.

⁷⁷⁹ MONTEIRO, Antonio Pinto, “De novo os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial – Anotação ao AUJ do STJ n.º 6/2019, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 149, n.º 4019, pp. 161-162

6.3 Da lei brasileira de concessão comercial e a sua inaptidão para regular, por analogia, as demais relações de distribuição comercial

Sabe-se que, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, como dito algures, a distribuição comercial de veículos automotores é objeto de legislação própria, a Lei n. 6729, de 28 de Novembro de 1979, também conhecida como Lei Ferrari. É o que, para os brasileiros, representa o contrato de concessão comercial.

Numa primeira análise, caberia até, por impulso, concluir que a norma paradigma para as demais relações de distribuição, extensiva pela aplicação do instituto da analogia, aos casos de vazio legislativo, seria a Lei Ferrari, já que regula relação típica de distribuição, e não a da agência, a considerar que esta, apesar de semelhante à distribuição, possui, como óbvio, diferenças que justificam tratarem-se de tipos contratuais distintos.

A Lei Ferrari, estabelece, em seu art. 24, III, previsão de indenização ao concessionário, ao final da relação contratual mantida,

(...) na razão de 4% do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão.

Especificamente, contudo, para os casos de encerramento contratual, objeto do presente estudo, pensamos, conforme já adiantado ao longo do presente estudo, não ser essa a melhor avaliação.

A Lei Ferrari, de aplicação exclusiva aos revendedores de veículos automotores, possui objeto especialíssimo⁷⁸⁰, totalmente customizado a tais circunstâncias, não sendo, assim, por tal dificuldade fisiológica, repicáveis, em seu conteúdo e previsões, a demais instrumentos contratuais, ainda que de distribuição.

O caráter “exclusivo” da Concessão Comercial brasileira, que lhe afasta dos tipos de distribuição convencionais, foi objeto de análise por Reale⁷⁸¹, jurista brasileiro que, com Ferrari, participou da elaboração do projeto de lei. Vejamos:

Atendo-me tão-somente ao texto da legislação em vigor, não há dúvida^[SEP] de que não havia caminho a ser seguido melhor do que a adoção da concessão comercial como figura jurídica destinada a reger as relações econômicas entre as montadoras e as distribuidoras de veículos automotivos terrestres.

Não estávamos, efetivamente, perante simples contrato de distribuição, que não é senão um caso complementar do contrato de agência, visto como, na estrutura econômica implantada na indústria automobilística brasileira, os chamados "distribuidores" na realidade, representavam empresários atuantes por conta e risco próprios, com direito de ver preservada a autonomia de sua empresa, no concernente à área de comercialização dos veículos livremente produzidos pelas montadoras, bem como de usufruir dos benefícios inerentes a essa produção com exclusividade, sempre com respeito a igual autonomia do fabricante no plano de sua iniciativa industrial e técnica.

O contrato de concessão comercial, em virtude de sua omniabrangência, combinando em unidade lógico-sistemática

⁷⁸⁰ No mesmo sentido, vide Ac 2409 da 5ª Câmara Cível TJ-PR, julgado em 20.04.1988, de relatoria do Des. Fleury Fernandes, cuja trecho da ementa era se transcreve: **A lei 6.729/79, porque destinada a regular concessão mercantil especialíssima, não se aplica a esses contratos, ainda em seus pontos omissos que, em tal hipótese, reclama observância das normas gerais das obrigações e dos contratos** (grifo nosso).

⁷⁸¹ REALE, Miguel – Estrutura normativa da Lei 6729 sobre concessões comerciais entre produtores e distribuidores de veículos automotores terrestres, p. 66.

relações de mandato, agência, distribuição, compra e venda e fornecimento, na realidade altera cada uma dessas figuras jurídicas, na medida em que as correlaciona num modelo jurídico novo. Daí a dificuldade de defini-la, conceitualmente, prevalecendo noções de caráter mais operacional, nas quais a nota característica da 'exclusividade' assume, geralmente, as formas mais diversas.

A Indenização de Clientela está inserida, embora não imune a críticas, num contexto protetivo, com caráter social, que efetivamente tutela o agente que, ao final da relação contratual, essa ocorrida contra sua vontade e sem decorrência de ato faltoso seu, deixa de explorar a clientela que angariou ao principal.

Sua extensão, ao campo da distribuição, não deixa de prescindir se a análise do caso concreto aproxima a relação de distribuição à de uma agência, no que toca ao seu elemento mais fundamental: saber se o distribuidor não se resumia a um mero revendedor dos produtos do fabricante, mas se, na prática, era um elo de desbravamento da área em que atuava, se prospectava clientes e negócios, se, com os clientes, possuía uma relação próxima, de visitas e análises de informações do mercado, entre outras situações.

O concessionário de automóveis, objeto da Lei Ferrari, todavia, não se amolda nesse formato. São relações, quase sempre, em que a figura, a marca e o símbolo do fabricante que conduzem a aproximação do cliente⁷⁸². Muitas vezes, alíás, a menção da marca do fabricante é maior que a informação do concessionário. Os clientes conhecem, usualmente, como a concessionária da marca A ou B, sem lembrar o nome da contratada.

A credibilidade em trato, normalmente, é imensamente maior do fabricante de automóveis do que do concessionário. Dessa feita, o processo de venda, em tais casos, é absolutamente mais conduzido pela força da marca, se comparado à participação do concessionário.

⁷⁸² Nesse sentido, como bem destaca Requião “E CHAMPAUD observa, com razão, que em certos setores da atividade comercial, sobretudo no que concerne à venda de automóveis, a clientela é mais ligada à marca do concedente do que à pessoa do concessionário. Isso, insiste o professor francês, é notoriamente verdadeiro no domínio dos automóveis. Ora, concluiu o autor, é precisamente sobre esse argumento que certas decisões fundam sua recursa de abonar uma indenização de clientela.”. REQUIÃO, Rubens – O contrato de concessão de venda com exclusividade: concessão comercial, p. 245.

Não se está aqui minimizando a participação e importância do concessionário. Contudo, em tais relações, sua atuação está muito mais em manter e zelar pelo prestígio da marca concedente do que angariar clientes. Esse processo é automático. Estabelece-se, em um determinado sítio, um estabelecimento, com *show room* dos veículos e aguarda-se a clientela.

Ademais, é importante analisar o contexto histórico e econômico que motivou a promulgação da Lei Ferrari, e compará-lo às relações de distribuição de uma forma geral. Se se defende que o distribuidor é autônomo, possui sua própria clientela e, apenas quando atua de forma similar ao do representante comercial é que, em tese, faz jus à indenização de clientela, diversa é a situação do concessionário.

A concessão comercial brota de um ecossistema de oligopólio, formado por poucas fabricantes de veículos, com extremo poder econômico, que se relacionam com os concessionários, partes nitidamente mais frágeis e vulneráveis, e, também por isso, a legislação aprovada atua nitidamente no sentido de proteger os interesses do concessionário⁷⁸³, inclusive, limitando a concorrência entre os mesmos, protegendo a exclusividade desse em relação à sua área de atuação.

Há, inclusive, restrição à liberdade de contratar entre as partes, por imposição legal, na medida em que traz uma série de indicações sobre as obrigações do concedente frente ao concessionário.

Sem contar que a indenização do art. 24 não tem relação própria com a captação de clientela⁷⁸⁴. É, muito mais, uma indenização geral até porque não é da característica da

⁷⁸³ Nesse sentido, vide Ives Gandra Martins, que, sobre o tema, destacou: “Individualmente, cada concessionária seria incapaz de evitar medidas que viessem a sufocar o seu negócio, pois qualquer montadora é, do ponto de vista econômico, incomensuravelmente, mais forte do que a concessionária ou grupo delas. Daí a necessidade de uma regulação da concessão de distribuição, que foi possível graças à denominada lei Ferrari (...)”. MARTINS, Ives Gandra – Inteligência da Lei n. 6729/79 (Lei Ferrari) quando há convenção da categoria, mas não há convenção de marca, p. 5.

⁷⁸⁴ No mesmo sentido, de que a indenização prevista no art. 24, III, da Lei Ferrari não guarda relação com clientela ou fundo de comércio, vide Acórdão do TJRS, na Apel. Cív. 70073141376, de Rel. da Des. Adriana da Silva Ribeiro, julgado por unam., em 14/06/2017. Em igual teor, vide Requião, para quem: “Vejam, em primeiro lugar, o problema da indenização de clientela. Já assentamos, segundo as observações dos mestres franceses e belgas, que o problema da indenização de clientela, na ruptura do contrato de concessão comercial, constitui uma questão de fato, que deve ser examinada corretamente, em face das peculiaridades de cada espécie. A indenização, sempre que a clientela é constituída ou ampliada pelo concessionário, deve ser devida pelo concedente que rompeu indevidamente o contrato. Nas mais das vezes, porém, a formação da clientela não se deve aos esforços do concessionário, mas resulta de árduo trabalho do concedente, que pela excelência de sua organização e qualidade de seus produtos, projetou a imagem de sua marca no conhecimento dos consumidores, tornados clientes costumeiros. Se a participação do concessionário nessa

concessão esse desbravamento de área. Explico. Na concessão, diferente da distribuição, não há a existência de uma rede de subconcessionários, com quem o concessionário comercialmente se relaciona para lançar seu produto ao consumidor final. A relação é direta com o consumidor.

Ainda que se tratasse de Indenização de Clientela, há uma diferença estrutural⁷⁸⁵ da concessão com os demais modelos de distribuição comercial que não autorizam o deslocamento, por analogia, do seu art. 24, III, para o âmbito dos demais contratos.

Nesse pensar, válido trazer à baila, por todos, a doutrina de Scherkerkewitz⁷⁸⁶, para quem:

(...) No caso da Lei Ferrari não é possível a utilização da teoria do diálogo das fontes para a aplica-la, por analogia aos contratos de distribuição, uma vez que o uso dessa teoria não acarretaria a coerência do sistema e a conseqüente justiça. Como a Lei Ferrari é uma lei que impõe limites à concorrência e vem em contradição à liberdade de contratação preconizada pelo sistema do Código Civil vigente, entendemos não ser adequado o uso da teoria do diálogo das fontes, já que esse uso iria na contramão do sistema. Existe, acertadamente, assim, posição consolidada da jurisprudência nacional no sentido de não ser possível a utilização, por analogia, da Lei Ferrari. Sendo assim, o disposto nessa lei, no tocante à resolução do contrato, fica restrito aos casos de revenda de automóveis.

formação for insignificante, nada há a discutir. A marca, como acentua BUISSON, pode ser fator de maior atração que o trabalho do concessionário.”. bat, p. 245.

⁷⁸⁵ Em sentido contrário, vide Tepedino, para quem: “A aplicação das indenizações previstas na lei especial a contrato de distribuição que não tenha por objeto a comercialização de veículos automotores terrestres revela-se controvertida. Parte da doutrina considera que o referido diploma legal, em razão do caráter excepcional das regras ali estabelecidas, não poderia ser aplicado fora do âmbito estabelecido pelo legislador. No entanto, como já se observou, a Lei n. 6729/79, tal como qualquer outro estatuto setorial, expressa valores e princípios que permeiam todo o ordenamento jurídico. Com efeito, as suas disposições, que disciplinam o direito à indenização do distribuidor, visam a efetivar o princípio da reparação integral, aplicável, por força do art. 944, a qualquer hipótese de ressarcimento de dano injusto. Assim, aplicam-se as indenizações previstas na Lei 6729/1979 aos contratos de distribuição em geral, para tutelar o distribuidor que, toda vez que estiver em situação análoga a do concessionário de veículo automotores terrestres, venham a ser dispensados sem justa causa.”. TEPEDINO, Gustavo – Comentários ao novo Código Civil, p. 359-360.

⁷⁸⁶ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz – Op. Cit., p. 114-115.

A jurisprudência nacional é firme nesse sentido. Acostada, exatamente, no grau de particularidade da Lei Ferrari, “(...) que, como sabido, estipula exclusivo e minuciosamente as obrigações do cedente e das concessionárias de veículos automotores de via terrestre, além de restringir de forma bastante grave a liberdade das partes contratantes (...)”⁷⁸⁷, afasta a possibilidade de aplicação da legislação específica de concessão comercial às demais hipóteses de distribuição, inclusive e mais firmemente no que toca à indenização de clientela. Eis, nesse sentido, o teor dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça nos arestos proferidos nos REsp no 1.494.332/PE, REsp no 654.408/RJ e, entre outros, REsp no 789.708/RS.

Postos tais fundamentos e considerações é que me filio à maciça doutrina e jurisprudência brasileira no sentido de defender a impossibilidade de utilização das normas da concessão comercial brasileira às situações envolvendo os distribuidores comerciais.

6.4 Da norma paradigma no Brasil

Uma vez abordado sobre o instituto da analogia como forma de integração normativa, seus pressupostos e condições, bem como sobre o instituto da Indenização de Clientela, apresenta-se o entendimento defendido na presente tese que, de fato, existe um vazio legislativo, aos distribuidores comerciais, especificamente no que tange à tal instituto, que, ao nosso sentir, reclama a aplicação analógica do regime legal semelhante, no caso, o regime da agência.

As regras da agência são, pois, pensamos, malgradadas as diferenças fisiológicas entre sua tipologia e àquela atinentes aos contratos de distribuição comercial, as indicadas a serem exportadas ao campo da distribuição, especialmente para a regulação de questões atinentes à indenização de clientela.

Se em solo europeu o tema é mais fértil e evoluído, por conta da Diretiva que impõe a internalização do tema referente à indenização de clientela do agente nos

⁷⁸⁷ Trecho extraído do Resp 1.320.870/SP, STJ, rel. Min Ricardo Villas Bôas Cuva, j. em 27/06/2017.

ordenamentos jurídicos internos, no Brasil nem tanto, já que tal instituto, embora existe, entende-se, não é tão aclamado, inclusive em sua nomenclatura, como em outros países.

A agência, outrossim, conforme dito outrora, no Brasil, é palco para uma dupla legislação, ambas vigentes; enquanto a Lei 4886/65 regula o representante comercial, o Código Civil Brasileiro, em seus arts. 710 *usque* 721, regulou a agência, inclusive em sua forma qualificada, ou seja, quando o agente dispõe do produto que intermedia consigo⁷⁸⁸.

É preciso, pois, definir, entre tais regramentos legais, se existe normatização atinente à Indenização de Clientela do agente e, em que termos e eventuais condições, pois, como dito acima, será tal norma que, por analogia, será emprestada, para além muros do regime da agência, a fim de solucionar questões similares no âmbito da distribuição comercial.

O art. 27, j, da Lei 4886/65 estabelece, sobre o tema, que:

⁷⁸⁸ Acerca da questão terminológica envolvendo os termos agência e representação comercial, vide a nossa abordagem no nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 9, nota de rodapé 41, verbis: “A questão da nomenclatura de agente e representante comercial tem trazido grande discussão na doutrina brasileira, especialmente pelo fato da legislação mais recente sobre a matéria, o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 710 e ss., ter utilizado o termo AGÊNCIA, ao passo que a Lei 4886/65, ter preferido o termo representante comercial. Filio-me, de logo antecipo, à doutrina de Antônio Pinto Monteiro, para quem o *nomen juris* agência é o mais correto, na medida em que a representação (de executar o negócio) é atividade acidental e não essencial ao contrato. MONTEIRO, Antônio Pinto – Contrato de agência, p. 61. No âmbito brasileiro, se Arnaldo Rizzardo, menciona que ambas as expressões, agência e representação comercial, embora só a primeira seja utilizada pelo Código Civil, envolvem idêntico conteúdo, Rubens Edmundo Requião e Rubens Requião, por sua vez, vão além, e defendem que a agência e a representação comercial seriam institutos diferentes, e, em bem verdade, as previsões trazidas pelo Código Civil Brasileiro pertinem apenas à Agência, mantendo-se intacta a figura da Representação Comercial, regida ainda pela Lei 4886/65 e suas legislações posteriores. Em suma, para ambos os doutrinadores tupiniquins, a distinção entre Agência e Representação Comercial hospeda-se nas seguintes questões: a) enquanto, pela Lei 4886/65, a representação comercial é restrita aos negócios mercantis, a agência, nos termos do Código Civil Brasileiro, tem espectro de atuação mais alargado, envolvendo a própria cessão de direitos, por exemplo; b) se pelo Código Civil os agentes são as pessoas naturais, a Lei 4886/65, em seu art. 1º, estabelece que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas podem ser representantes comerciais; c) enquanto que o pré-aviso para a denúncia do contrato de representação comercial é de 30 dias, pela agência o prazo é de, no mínimo, 90 dias, diferindo, ainda, quando a eficácia do aviso prévio; d) o representante comercial, pela Lei 4886/65, deve ser inscrito no Conselho Regional respectivo. RIZZARDO, Arnaldo – Op. Cit., p. 738. REQUIÃO, Rubens – REQUIÃO, Rubens – Do representante comercial: comentários à Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992 e ao Código Civil de 2002, p. 19-21/43-44/47-50. Em sentido contrário, vide Bulgarelli, Gomes, Monteiro e Wald, para quem Agência e Representação Comercial são termos sinônimos. BULGARELLI, Waldirio - Contratos Mercantis, p. 499; GOMES, Orlando – Contratos, p. 415; MONTEIRO, Washington de Barros – Curso de Direito Civil, p. 311; WALD, Arnold – Obrigações e contratos, p. 503, para quem Agência e Representação Comercial são termos sinônimos”.

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

(...)

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no Art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

Embora da exegese literal da norma, apriosticamente, não se permita alcançar tratar-se de Indenização de Clientela, nitidamente o objetivo da norma é esse, de compensar o representante pelos esforços havidos no curso da relação contratual resolvida, contra a sua vontade.

Até porque, tecnicamente, o agente não possui clientela. O cliente, com quem interage, é do principal. O representante, embora pese favoravelmente à conclusão dos negócios que intermedia, sua reputação, sua honra, sua simpatia e sua eficiência, trata com clientela alheia, diferente, nesse sentido, do distribuidor, que age em nome e por conta própria.

O fato de não possuir clientela e, como tal, não poder transferi-la, não autoriza, por si, a impossibilidade de enquadramento da norma supra como Indenização de Clientela. Fosse assim, inexistiria tal instituto no mundo, que, paradoxalmente, foi inicialmente previsto para aplicação dentro do universo dos contratos de agência.

Mais ainda, se tecnicamente o olhar fosse esse, da mera transferência de clientela, pura e direta, a indenização se sustentaria ainda que nos casos cujo desenlace contratual ocorresse por vontade do agente ou mesmo por justa causa.

A finalidade protetiva da norma, ou seja, de proteger o agente de uma rescisão contratual cujo desfecho não deu causa, compensando-o pelo esforços havidos no sentido de

gerar negócios, criar e desenvolver pontos de venda, é que está em causa no art. 27, j da Lei 4886/65⁷⁸⁹.

A própria análise histórica da Lei 4886/65 revela tal finalidade protetiva da previsão indenizatória do art. 27, j, fundamento que se entende similar ao da indenização de clientela.

Ideologicamente, o objetivo legislativo da Lei 4886/65 era o de equiparar, aos representantes comerciais, os direitos concedidos aos empregados, o que restou vedado pelo então Presidente Castello Branco⁷⁹⁰. Mesmo assim, a essência protetiva manteve-se presente, revestida em previsões atinentes, por exemplo, a tal indenização⁷⁹¹.

A Indenização de Clientela brasileira, prevista na norma acima citada, adere, entende-se, ao regime francês, uma vez que não apresenta maiores condições à sua incidência, revelando seu caráter reparatório, diferentemente do modelo alemão, que, por seu viés compensatório, exige, para que incida referida indenização, que o agente tenha angariado clientes ou aumentado o volume de negócios com os já existentes⁷⁹².

⁷⁸⁹ Sobre o tema, merece análise o entendimento do saudoso doutrinador brasileiro Requião, para quem a indenização em destaque, de natureza compensatória, tem seus fundamentos rescisão abusiva da relação contratual, geradora de prejuízos reparáveis, verbis: “Esta tem, evidentemente, seu fundamento na indenização compensatória dos prejuízos causados pela rescisão abusiva, sem causa, do contrato de representação comercial”. Ousamos discordar do entendimento do doutrinador. O direito a não permanecer contratado contra sua vontade não é, de per si, abuso de direito; pelo contrário, é direito potestativo de qualquer partes. Não há ato ilícito, em tese, no encerramento de um pacto contratual, que gere prejuízo indenizável. Inclusive, sequer exige-se prova de prejuízo para sua aplicação. Não estamos a tratar, tecnicamente, de indenização. REQUIÃO, Rubens – Do representante comercial, p. 199.

⁷⁹⁰ Tal proximidade com as proteções próprias das relações de emprego, que, por vezes, atentam à autonomia do agente, foi objeto de crítica em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit. No mesmo sentido, o Projeto de Lei n. 1.439/2007, arquivado sem aprovação, cujo objetivo é reduzir o rol de benefícios ao representante, teve por fundamento do seu relator, Dep. Dilceu Sperafico, o fato de que: “(...) a redação atual da lei de representação comercial praticamente iguala o representante comercial ao trabalhador empregado, regido pela CLT. No entanto é preciso entender que a maioria dos que exercem a representação é constituída por pessoas jurídicas, que representam mais de uma empresa ao mesmo tempo, salvo se a representada.” E arremata: “(...) a representação torna-se um negócio como outro qualquer. O representante comercial, portanto, trabalha, na imensa maioria das vezes, como um autêntico empresário. Não há porque indenizá-lo na mesma forma que os empregados celetistas. E com a atual legislação, de uma forma muito mais vantajosa que os trabalhadores da CLT. ”.

⁷⁹¹ Sobre o tema, vide SAAD, Ricardo Nacim – Representação comercial, p. 58.

⁷⁹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 23/24.

Ou seja, a Indenização de Clientela, no Brasil, é devida ao agente comercial independentemente da constituição ou desenvolvimento da clientela ao principal, o que a aproxima do regime francês⁷⁹³.

Não faltam, no Brasil, defensores à incidência da Indenização de Clientela, na agência, ainda que nos casos de encerramento contratual por justa causa⁷⁹⁴. Para tal, como anunciado algures, sustentam que o art. 717 do Código Civil Brasileiro, cuja vigência convive harmonicamente com a Lei 4886/65, também disciplina a indenização de clientela.

Pelo texto legal, o agente fará jus, quando do encerramento do contrato, às remunerações pelos serviços úteis prestados ao principal, ainda que o contrato tenha sido rescindido por culpa sua: “(...) art. 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 (...)”.

Pensa-se, contudo, que o que está em causa na previsão do artigo supra é a garantia do pagamento das comissões pendentes do representante, referentes aos negócios fechados durante a vigência do pacto contratual, da causa do seu fim.

A norma, em verdade, prevê a inviolabilidade do direito à comissão do representante, que fará jus à sua remuneração, seja qual tenha sido o motivo do encerramento do pacto. Nada impede, contudo, que eventuais perdas e danos causados pelo agente ao principal sejam objeto de apuração⁷⁹⁵.

⁷⁹³ No mesmo sentido, vide, Paola, para quem: “Outro aspecto digno de referência é o fato de que a indenização devida ao representante, de forma similar ao regime francês, não está expressamente condicionada ao aproveitamento, efetivo ou presumido, pelo representado, após o término do contrato, da clientela angariada pelo representante.”. PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 156-157.

⁷⁹⁴ Veja, nesse sentido, o parecer de Borges, para quem: “A indenização de clientela no regime jurídico brasileiro nada tem com as figuras afins previstas nos arts. 715, 716, 718 e 719 do CC/2002. Ela se relaciona, sim, com a remuneração pelos serviços úteis prestados pelo agente ao principal a que alude o art. 717 do CC/2002.”. BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

⁷⁹⁵ No mesmo sentido, vide, Taddei, para quem: “L) DIREITO ÀS COMISSÕES NA EXTINÇÃO DO CONTRATO: ARTS. 717 A 719, CC 2002 E ART. 32, §5º, LRC - O agente tem direito à remuneração pelos serviços úteis prestados, ainda que tenha sido dispensado por justa causa. Se a conduta do agente causou prejuízos ao proponente, serão descontados da comissão devida. Na hipótese da dispensa ocorrer sem a culpa do agente, terá ele direito às comissões até então devidas, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial. Na representação comercial, a extinção do contrato por iniciativa do representado, sem motivo justo do representante, gera o vencimento na data da extinção contratual de eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento. Portanto, o representante e o agente sempre terão direito às comissões devidas, operando-se ou não a extinção contratual por justa causa. O término da relação contratual tem como consequência o vencimento antecipado

Tanto é assim que inexistente qualquer fumaça de menção à forma do cálculo da verba indenizatória. Caso o objetivo da lei fosse garantir a indenização de clientela ao agente ainda que em situações de justa causa, certamente haveria algum regramento à forma de seu cálculo.

A melhor exegese às expressões “serviços úteis” e “remunerado” do Art. 717 do Código Civil Brasileiro entende-se ser as comissões devidas por conta da atuação do agente na relação contratual, e não qualquer tipo de indenização, compensação ou retribuição decorrente do encerramento do mérito⁷⁹⁶.

Aqui, a salvaguarda é garantir o adimplemento de direitos obtidos no curso da relação contratual, que não perecerão em função do seu término, seja qual for o motivo. Lá – na Indenização de Clientela – o que se busca garantir é a percepção de um direito que só nasce com o término da vigência contratual, ou seja, cujo pressuposto de existência é o próprio encerramento contratual⁷⁹⁷.

A norma paradigma, conforme se defende na presente tese, ainda é a prevista no art. 27, j, da Lei 4886/65, indiscutivelmente vigente, que garante ao agente, desde que não tenha dado azo ao encerramento do contrato por justa causa, indenização de, pelo menos, 1/12 (um doze avos)⁷⁹⁸ de todas as comissões angariadas na vigência do respectivo período contratual.

Inclusive, nesse sentido, em projeto de Lei n. 1.439/2007, destinado a reduzir alguns dos benefícios previstos aos representantes comerciais, mais especificamente o valor da indenização (1/20), o prazo para cômputo do cálculo (3 anos) e, ainda a redução da

das comissões do agente e do representante.”. TADDEI, Marcelo Gazzi – Contrato de representação comercial ou agência, p. 2.

⁷⁹⁶ A contrario sensu, eis o parecer de Borges, para quem: “Como serviços úteis, é possível que se entenda a clientela angariada ao principal pelo agente durante o período de duração da avença.”. BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

⁷⁹⁷ Vide, nesse sentido, Borges, para quem “A atribuição de indenização de clientela depende da cessação do contrato de distribuição, sendo uma pretensão que, embora tenha causa no contrato, não se exerce durante a vigência dele.”. BORGES, Ronaldo Souza – Op. Cit.

⁷⁹⁸ No mesmo sentido, vide Lemos, em que pese, para o autor, a previsão do art. 27, j, da Lei 4886/65, traduza o modelo alemão de indenização de clientela, verbis: “A solução alemã para a indenização de clientela ao agente, (solução) adotada outrossim em Portugal (MONTEIRO, 1994, p. 56), a qual tem para Scherkerkewitz (2011, p. 61) natureza de retribuição diferida, encontraria, contudo, no direito brasileiro em vigor, equivalente no art. 27, j (...)”. MONTEIRO, 1994; SCHERKERKEWITZ, 2011 apud LEMOS, Rafael Cavalcanti – Op. Cit., p. 5157.

prescrição para 2 (dois) anos, contados do término do contrato, arquivado, sem aprovação no Poder Legislativo brasileiro, merece menção ao parecer do Dep. Assis Melo, para quem:

Importante nesta hora esclarecer que está pacificado, na doutrina, o entendimento de que essa indenização tem por finalidade compensar o representante comercial pela perda da oportunidade de continuar a explorar o mercado que ele ajudou a criar ou a consolidar. Paralelamente, tem o objetivo de proteger o profissional de eventuais abusos que possam ser contra ele cometidos, uma vez que ele é, sabidamente, a parte mais frágil da relação⁷⁹⁹.

É no mister na norma citada, art. 27, j da Lei 4886/65, e no seu escopo social⁸⁰⁰ que, pensa-se, está presente a aproximação, no Brasil, do instituto da indenização de clientela, e não no art. 717 do CCB, este destinado sim a garantir o pagamento das comissões que o agente fez jus durante a vigência da relação contratual, seja qual foi a forma e motivo do desenlace relacional com o principal.

6.5 Da Indenização de Clientela do Distribuidor – abordagem no direito comparado

A questão em tablado é, a tal ponto diversa e rica, fruto, fundamentalmente, da atipicidade legal do contrato de distribuição comercial, que acaba por receber tratamentos diversos em países diferentes.

⁷⁹⁹ In https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=974462&filename=Tramitacao-PL+1439/2007

⁸⁰⁰ Em igual sentido, vide Mello e Theodoro Júnior, para quem: “Há na Lei 4886/65 uma tutela de caráter social ao representante comercial (agente), que lhe proporciona uma indenização tarifada, independente da comprovação de dano efetivo. A explicação é que o agente conquista uma clientela que é comum a ele e ao representado. Por isso, ao ser dispensado sem justa causa terá o direito de ser compensado pela clientela perdida em favor do preponente. Esse prejuízo é legalmente presumido e seu montante pode ser estipulado em cláusula contratual pelas próprias partes partes, mas não pode ser menor que a tarifa legal (...).” MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – Op. Cit., p. 39.

Bélgica

Uma exceção à regra geral é o exemplo belga, uma vez que dispõe de lei para regular o tema. Como anunciado algures, a Bélgica dispõe de uma legislação cujo objeto é a abordagem da figura da concessão comercial.

A Lei Henckaerts, de 27 de julho de 1961, alterada em 13 de Abril de 1971, sobre o tema, dispõe, no seu Art. 3º, sobre uma indenização, devida apenas ao concessionário⁸⁰¹, independente de ser distribuidor exclusivo, ao final do contrato que, além da indenização de clientela, envolve ainda as despesas havidas que se prolongam para além do encerramento do pacto, como, *verbi gratia*, despesas com publicidade e propaganda, e, ainda, gastos com o despedimento de pessoal.^{802,803}

O art. 3º da norma belga prevê o direito do concessionário, nos casos de encerramento do vínculo, por parte do fornecedor, e sem qualquer atribuição de culpa do concessionário.

Há, para a concessão da chamada “indemnité complémentaire  quitable”, a exigência de alguns requisitos, entre os quais o incremento da clientela por conta da atua o do concessionário e, ainda, da apropria o de tal clientela, pelo concedente, ao fim da rela o contratual havida entre as partes.

⁸⁰¹ Tal indeniza o não terá aplica o em caso de encerramento por justo motivo imputável ao concessionário.

⁸⁰² Vide, nesse sentido, VIEIRA, José Alberto – Op. Cit., p. 113-114.

⁸⁰³ Art. 3. (Si la concession de vente vis e   l'article 2 est r sili e) par le conc dant pour d'autres motifs que la faute grave du concessionnaire, ou si ce dernier met fin au contrat en raison d'une faute grave du concédant, le concessionnaire peut prétendre   une indemnité complémentaire équitable. Cette indemnité est évaluée, selon le cas, en fonction des éléments suivants : 1  La plus-value notable de clientèle apportée par le concessionnaire et qui reste acquise au concédant après la résiliation du contrat; 2  Les frais que le concessionnaire a exposés en vue de l'exploitation de la concession et qui profiteraient au concédant après l'expiration du contrat; 3  Les d dits que le concessionnaire doit au personnel qu'il est dans l'obligation de licencier par suite de la résiliation de la concession de vente. <L 13-4-1971, art. 3> A défaut d'accord des parties, le juge statue en équité, et, le cas échéant, en tenant compte des usages.

Angola

Em Angola, por força de previsão legislativa expressa, qual seja a Lei 18/03, de 12 de Agosto, que dispõe sobre os contratos de distribuição, agência, *franchising* e concessão comercial, no que tange à cessação dos contratos de distribuição⁸⁰⁴, devem ser aplicadas as disposições referentes aos contratos de agência, inclusive naquilo que atine à indenização de clientela.

É o que determina o art. 60º do citado diploma legal. O texto normativo vaticina que: “Sem prejuízo do que as partes estabelecerem no contrato em matéria de cessação, são aplicáveis aos contratos as disposições constantes dos artigos 25º a 36º da presente lei, com as adaptações que decorram da natureza específica deste contrato.”.

Pelo texto legal, a legislação angolana prestigia, *ab initio*, a vontade dos contratantes, que são livres, sobre o tema, para contratarem da forma que entenderem pertinente.

A possibilidade de utilização das disposições da agência, inclusive no que toca à Indenização de Clientela, é supletiva⁸⁰⁵, pelo que dispõe o art. 60º, confirmado pelo artigo posterior, art. 61º.

Alemanha

Na Alemanha, a compreensão majoritária, ou melhor, praticamente unânime, na doutrina e na jurisprudência, é a da possibilidade de extensão analógica dos preceitos do contrato de agência, § 89-b do HGB, para regular a distribuição, notadamente no que pertine à temática da indenização de clientela, desde que, ao distribuidor, no caso concreto, estejam presentes os pressupostos exigidos ao agente para a concessão da indenização de clientela.

⁸⁰⁴ Bem como aos contratos de franquias.

⁸⁰⁵ No mesmo sentido, vide PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 693.

Ferreira Pinto⁸⁰⁶, sobre o tema, destaca que

(...) constituem, presentemente, condições requeridas para a extensão analógica daquele regime, por um lado, que o concessionário se encontre integrado na rede de distribuição do concedente, e, por outro lado, que sobre aquela impenda, o dever jurídico de transmitir a clientela à contraparte, no termo da relação, de modo a que o concedente fique, sem mais, em condições de aceder aos clientes do concessionário e de poder, assim, beneficiar das vantagens inerentes à manutenção de relações de negócios com eles. (...) Requer-se, além disso, que por virtude do contrato celebrado, ele assumira deveres e vinculações típicos de um agente, de modo que se possa dizer que, do ponto de vista económico, desempenha funções amplamente equiparáveis às que normalmente recaem sobre esse último (...) ⁸⁰⁷

Destaque-se, sobre o tema, que, se outrora, foi diferente⁸⁰⁸, atualmente as bases majoritárias, na Alemanha, para aplicação analógica da Indenização de Clientela ao distribuidor não exigem qualquer aferição em relação à eventual necessidade de tutela do distribuidor. Ou seja, não é quesito condicionante à aplicação da indenização o porte económico do distribuidor e se o mesmo é ou não contraente débil em relação ao fabricante. Bastam sua integração à rede de distribuição e a necessidade de se transmitir a clientela ao fabricante⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Idem – Op. Cit., 695-696.

⁸⁰⁷ No mesmo sentido, vide Martinez Sanz, para quem: De este modo, en la actualidad los requisitos para que un concesionario pueda acogerse al §89b HGB se resumirían, grosso modo, en: 1º) la necesidad de que la vinculación concesionario-vendedor para alcanzar um grado de integración del primeiro em la red del segundo similar a la que se aprecia en el caso del agente; 2º) que sobre el concesionario pese una obligación contractual de ceder o transmitir la clientela al concedente, de forma que éste se encuentre em condiciones de disfrutarla una vez extinguido el contrato – deber que es susceptible de concretarse de múltiples formas. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 315.

⁸⁰⁸ Idem – Op. Cit., p. 313-315.

⁸⁰⁹ Em relação ao primeiro quesito, a integração à rede de distribuição do fabricante compõe, para Pinto Monteiro, a própria essência do conceito de distribuição comercial. Para o renomado autor português, a ausência de integração equipara o distribuidor ao mero revendedor, escapando do que é a distribuição comercial. Sobre o segundo quesito, as relações de distribuidores atuais, pelo próprio nível de tecnologia em

A questão, contudo, apesar da majoritariedade no entendimento supra anunciado, não escapa de discussões e questionamentos. Convivem, em resumo, quatro grandes teses sobre o tema: a) a que não admite a aplicação analógica da agência à distribuição para os fins da indenização de clientela, uma vez que, como medida excepcional, não permitiria sua exportação para fora dos muros da agência; b) para uma outra corrente, a indenização de clientela ao distribuidor só seria permitida quando o nível de dependência do distribuidor ao fornecedor, na relação contratual em concreto, for semelhante aos experimentos nos contratos de agência; c) uma terceira corrente entende por admitir a aplicação da indenização de cliente aos distribuidores comerciais, desde, contudo, haja, dentro do nível de integração do distribuidor à organização comercial do fornecedor, a obrigação de transmitir a informação da carteira de clientes daquele à este; d) e, por fim, a última das correntes é a que admite a aplicação da indenização de clientela ao distribuidor, independente da força da marca em trato ou da necessidade de envio da relação de clientes ao concedente⁸¹⁰.

Os tedescos, outrossim, se quase unanimemente admitem a aplicação da Indenização de Clientela ao distribuidor, ainda não pacificaram seu posicionamento acerca de uma questão, efetivamente complexa, ao se admitir a transposição da normativa da agência à distribuição comercial: a forma de cálculo dessa “indenização”. Isso porque as atividades do agente e do distribuidor divergem entre si, bem como diferentes são as estruturas fisiológicas entre os tipos contratuais.

Diante disso, a doutrina alemã propõe métodos voltados a atingir, a nível de distribuição comercial, dentro de todo o escopo dessa distribuição, a indenização que compreenda às funções típicas de agência realizadas pelo distribuidor.

Como o distribuidor, ao prospectar mercados e negócios aos produtos do fabricante, o faz através da compra e venda dos produtos, precificando, na revenda, o produto com *spread* destinado a remunerar todos os riscos que assume, seja de depreciação, armazenagem, vencimento, logística, é preciso extrair quanto dessa remuneração é a parcela referente à atividade de agência.

que vivemos, com sistemas integrados, já compartilham as informações do distribuidor ao fabricante, de modo que essa informação sobre a clientela é, na verdade, partilhada não ao final da relação contratual, mas, na prática, ao longo de todo o percurso da pactuação. MONTEIRO, António Pinto – Denúncia de um contrato de concessão comercial, p. 41-44.

⁸¹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 81-83.

De tal modo, e nessa perspectiva, é que, como muito bem novamente conclui Ferreira Pinto⁸¹¹,

(...) são propostos diferentes métodos, sendo os mais disseminados o método da comparação ou da comissão fictícia – que preconiza se determine a comissão que seria devida ao distribuidor, caso o fornecedor tivesse optado pela contratação de um agente, em circunstâncias equivalentes (o que implica a determinação do nível corrente das comissões devidas a agentes que actuem dentro do mesmo ramo de negócio e em idêntica área geográfica, excluindo comissões administrativas) – e o método da dedução à margem bruta - que, como o nome indica, parte da margem de comercialização praticada pelo distribuidor, efectuando, de seguida, a dedução das parcelas atribuíveis a funções, por ele assumidas, que não tenham correspondência com as que típicas de atividade do agente.

Itália

Na Itália, resumidamente, o entendimento majoritário, exceção feita, por todos, à doutrina de Baldi⁸¹², é da impossibilidade de extensão analógica da indenização de clientela do agente, prevista no artigo 1751 do Código Civil Italiano, ao distribuidor comercial.

Para a doutrina e jurisprudência italiana, o próprio mercado é livre para escolher se seguirá com o distribuidor, ao cabo de uma relação de distribuição, tornando-se clientes

⁸¹¹ PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 704-705.

⁸¹² In Baldi, para quem: "Per quanto attine specificamente al diritto ad un'indennità di fine rapporto, giova sottolineare chi ragioni analoghe a quelle che stanno alla base del diritto all'indennità di risoluzione nel rapporto di agenzia dovrebbero, de jure condeno, o attraverso pronunce giurisprudenziali portare a stabilire il principio del diritto ad un'indennità a favore del concessionario per l'incremento o l'apporto di clientela dati al concedente, cui corrisponde un pregiudizio per il concessionario, che perde clientela sua, e per il danno che a lui deriva dalla risoluzione del contratto, in ordine alle spese ed investimenti compiuti.". BALDI, Roberto – Op. Cit., p. 92.

dos novos produtos que passará a distribuir, ou se optará por tornar-se cliente do distribuidor que substituirá àquele com quem comercializava.

A escolha, na Itália, revela uma adoção à perspectiva de inexistência de direito à clientela, que, inapropriáveis, por seu livre arbítrio, são livres para escolher com quem seguir, se com o distribuidor antigo, em seus novos produtos, já que não mais revende os produtos que comercializava, se com o novo distribuidor – o que faz revelar que o vínculo do comprador seria, na verdade, com o *selling power* do produto, inadmitindo substituições, e não com o comerciante, ou mesmo com ambos. A reputação, honradez, seriedade e bom atendimento do distribuidor sucedido serão elementos fundamentais no processo de fidelização dessa clientela⁸¹³.

França

Também na França, o entendimento majoritário é contra a aplicação da indenização de clientela do agente aos distribuidores comerciais.

O modelo francês, contudo, é criticado pois, se de um lado, nega à distribuição comercial similitude fisiológica com a agência para autorizar a extensão analógica daquele regime à distribuição, do outro, aos contratos de concessão se aplica a possibilidade de indenização por prejuízos sofridos, modelo indenizatório esse base do sistema de agência francês.

É, nesse sentido, inclusive, que destaca Martinez Sanz⁸¹⁴, ao enfatizar que:

En efecto, si de una parte se niega que la relación entre concedente y concesionario pueda calificarse – a diferencia de lo que sucede em sede de agencia – como de mandato de interés comum, de otra se há ensayado, se bien de forma vacilante, la atribución al concesionario

⁸¹³ MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 303.

⁸¹⁴ Idem – Op. Cit., p. 304.

de um derecho a indemnizacion por resolucion abusiva del contrato, siguiendo, em buena medida, el ejemplo trazado por la indenimización por el perjuicio sufrido (...) – que se situa em la base del sistema francés del contrato de agencia (...).

E, adiante arremata o doutrinador espanhol: “(...) dificilmente pueden, por tanto, extraerse de la realidad francesa argumentos seguros para la discusión em torno de la extensión a los concesionarios dela indemnización por clientela (...)”.

Espanha

Na Espanha, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majotária inclinam-ne pela possibilidade de extensão, pala via da analogia, ao distribuidor integrado, da Indenização de Clientela, quando do desenlace contratual.

Sobre a experiêncía espanhola sobre a temática, valiosa a lição de Martinez Sanzs⁸¹⁵, que, sumariamente, destaca que: “Por cuanto hace a la jurisprudência, pese a ciertas dudas y vacilaciones em sus cominzos, deve estimarse cada vez más consolidada la tendencia favorable a la atribución de indemnización por clientela a los concesionios em el momento de la extionción de sus contratos.”.

Portugal

Como dito acima, a questão, em terras portuguesas, é pacificada⁸¹⁶ tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Maciçamente⁸¹⁷, compreende-se que, com algumas

⁸¹⁵ Idem – Op. Cit., p. 306-308.

⁸¹⁶ A tal ponto que Pinto, Fernando A. Ferreira. Contratos de Distribuição. 'Da tutela do distribuidor integrado em face da cassação do vínculo'. Lisboa: Universidade Catolica Ed., 2013, p. 711, sobre o tema, arremata: “Não

distinções, apenas no tocante aos requisitos para a extensão do regime paradigma, entre o agente e o distribuidor, malgradadas diferenças que justificam se tratarem de tipos contratuais diversos, há semelhanças estruturais que justificam a aplicação analógica do regime de agência à concessão, especificamente para regular a aplicação da tutela do distribuidor ao fim da relação contratual de distribuição e, mais especificamente, a Indenização de Clientela.

A despeito da maior estrutura e poder econômico do distribuidor, se comparada a tais condições do agente, se entende que a mesma necessidade de proteção que assiste ao agente deve, ao final do contrato de distribuição, ao distribuidor comercial⁸¹⁸.

se conhecem, de resto, opiniões contrárias a essa tese, no que especificamente respeita ao contrato de concessão comercial (...)" PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 711.

⁸¹⁷ Merece registro, nesse sentido, a posição, em sentido contrário, do doutor Ferreira Pinto. Por alguns motivos, o doutor inclina-se "(...) contra a extensão de tal mecanismo compensatório aos restantes contratos de distribuição.". Defende o autor português que a "(...) ordem jurídica não consagra um princípio geral de compensação das vantagens ou chances econômicas que, de forma oblíqua ou reflexa, possam advir a um sujeito de direito por virtude do anterior cumprimento, por outro, das obrigações típicas decorrentes de uma relação contratual em que ambos tenham estado envolvidos." Penso, contudo, que não se está em voga a compensação por serviços prestados durante o pacto contratual, mas pela impossibilidade de se continuar explorando a clientela que uma das partes do contrato angariou e que, doravante, gerará, apenas à contraparte, frutos financeiros. Defende ainda o autor que a indenização de clientela é norma de cariz excepcional, e como tal, fora do âmbito de incidência do instituto da analogia. Como dito alhures, pensamos que não se pode confundir a peculiaridade do instituto da indenização de clientela com eventual alegação de excepcionalidade. Não são situações excepcionais que autorizam a aplicação da indenização de clientela. Essa é a regra, pensamos. Avança ainda o autor no sentido de que a interdependência entre o agente o principal, uma vez que esse último é que remunera o primeiro, é muito maior que a havida entre fabricante e distribuidor. O distribuidor atua em nome e por conta própria. O agente estaria, então, em situação de demasiado risco frente à condição do distribuidor, até por conta dos mecanismos de controle impostos pelo principal ao agente. Entendemos que a questão não está em avaliar, como numa disputa, qual dos tipos em que há mais interdependência. Para nós, é da ontologia da distribuição sua dependência frente ao fabricante e, nesse sentido, justificaria a extensão da norma paradigma, em sendo viável no caso concreto. Pensamos que os riscos são relativamente os mesmos, em regra, que correm distribuidores e agentes, uma vez que colaboradores, em ultima ratio, do negócio de terceiros. Destaca também o autor em menção que ao contrário do distribuidor, a função primordial do agente é angariar clientela ao principal, sendo, inclusive, com estes que os negócios são firmados. Destaca que os agentes têm como "(...) missão especial a prospecção de negócios e a captação de clientes para a contraparte (...)", enquanto que os distribuidores "(...) desempenham funções bem mais complexas e são intermediários de comércio de corpo inteiro (...)". Entendemos que, ainda que a atividade do distribuidor envolva outras afazeres e, ademais, o mesmo atue por conta e em nome próprio, sem dúvidas suas qualidades subjetivas, sua reputação, seu conhecimento no mercado em que atua relevam e são consideradas na sua contratação e, sem dúvidas, o aumento do volume de clientes e de do quantitativo de negócios com os clientes em sua carteira é compõem seu mister contratual, de modo que eventuais diferenças, nesse sentido, entre os tipos contratuais não afeta, ao nosso visto, a aplicação da indenização de clientela. Ressalta, ademais, do que discordamos, que o que pode perquirir aos distribuidores seria a indenização por investimentos realizados, mas não a indenização de clientela, por conta das diferenças estruturais entre os tipos da agência e da distribuição. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de Distribuição, p. 724-737.

⁸¹⁸ Nesse viés, merece destaque a doutrina de Leitão, para quem: "(...) a necessidade de protecção do concessionário que vê o seu contrato extinto não é muito diferente daquela que experimenta o agente.". LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 81. No mesmo viés, vide Martinez Sanz, senão vejamos: "No cabe duda de que el distribuidor es susceptible de experimentar, em el momento final de la

Inclusive, o próprio Decreto-Lei 178/86, de 03 de julho, que regulamenta a agência em Portugal, já aponta, expressamente, em seu preâmbulo (num. 4. parte final), a aptidão da agência como norma paradigma aos contratos de distribuição (concessão) comercial, especialmente quando em trato situações de encerramento do contrato.

Nesse viés, vaticina o preâmbulo normativo, em tal ponto, que:

É neste sentido que logo no artigo 1.º do presente diploma se define a agência, em ordem a salientar os traços fundamentais que caracterizam o contrato, procurando desfazer-se equívocos com outras figuras, mormente com os contratos de comissão de mediação e de concessão. Relativamente a este último, detecta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia - quando e na medida em que ela se verifique -, o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato (...).⁸¹⁹

Todavia, mesmo em Portugal, a aplicação não pode ser automática; realizada sem a devida análise casuística e sem o cuidado de averiguar se a relação em discussão, em cada caso concreto, em seu conteúdo, assemelha-se ao de uma agência⁸²⁰.

As características que envolvem a relação de distribuição comercial devem ser analisadas para se cogitar a extensão analógica do regime de agência, com aferição de elementos como nível de dependência de uma parte à outra e, outrossim o envolvimento do

relación contractual, necesidades de tutela semejantes, en buena medida, a las del agente.”. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 301.

⁸¹⁹ Idem – Op. Cit., p. 305.

⁸²⁰ Vide, nesse sentido, Ac. do Tribunal da Relação do Porto, no processo 3977/04.3TBMTS.P1, julgado por unanimidade em 30/06.2011, rel. Pinto de Almeida, nos termos do qual: “O que importa começar por averiguar é se, ‘em cada caso concreto, o concessionário, pese embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou funções, cumpriu tarefas e prestou serviços semelhantes aos de um agente, em termos de ele próprio dever considerar-se, pela actividade que exerceu, como um relevante factor de atracção de clientela’. A realidade pode demonstrar, com efeito, a existência de uma clientela especialmente ligada à pessoa ou aos serviços do concessionário, dependendo o sucesso da empresa em grande medida da sua atitude empenhada e capaz, que pode desempenhar papel essencial na angariação da clientela”.

distribuidor, pelo seu esforço, sua reputação e credibilidade, na angariação de clientes para o fabricante.

O distribuidor, será merecedor da Indenização de Clientela, como muito bem destaca o célebre doutrinador português Pinto Monteiro⁸²¹,

(...) se as circunstâncias do caso concreto mostrarem que tais sujeitos desempenharam funções, cumpriram tarefas e prestaram serviços idênticos aos que recaem ao agente em termos de eles próprios deverem ser considerados, pela atividade que exerceram, como um factor de atracção de clientela.

Interessante, nesse sentido, a consideração de Rui Pinto Duarte⁸²², ao destacar que “(...) é pela comparação das relações entre o principal e o agente com as relações entre o concedente e o concessionário, que se pode descobrir a existência de uma lacuna no que respeita às relações entre concedente e concessionário.” E arremata: “Se se entender que a razão de ser da compensação em que a indemnização de clientela consiste abrange o contrato de concessão, nos mesmos termos que abrange o contrato de agência, concluir-se-á pela existência de uma lacuna.”

Ou seja, para o autor português, é possível a incidência e a aplicação do instituto da Indenização de Clientela ao distribuidor comercial, desde, contudo, que a relação contratual no caso cogitado se assemelhe, no seu conteúdo, às relações estabelecidas entre agente e principal.⁸²³

E nesse sentido, concordamos. Quando da avaliação casuística da incidência da Indenização de Clientela ao distribuidor, é preciso avaliar se o retrato, se o quadro contratual

⁸²¹ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p 150. Em idêntico sentido, vide BARATA, Carlos Lacerda – Anotações ao novo regime do contrato de agência, p. 86-87.

⁸²² DUARTE, Rui Pinto – A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indenização por clientela ao contrato de concessão comercial, p. 318.

⁸²³ Idem – Op. Cit.

em alusão espelha deveres, vinculações e características, especialmente no que tange à dependência, semelhantes às de um pacto de agência.

A relação não pode se subsumir à uma mera relação de compra e revenda, mas de uma relação associativa, com um nível de integração na rede de distribuidores que alcance a vinculação a orientações e comandos por parte do fabricante.

O pacto de distribuição em causa, para permitir a extensão analógica do regime paradigma, no caso, deve possuir parentesco⁸²⁴ com uma relação de agência, ciente da diferença fisiológica entre os tipos contratuais, uma vez que o distribuidor atua em nome e por conta própria, mas no sentido da atuação do distribuidor ser elemento de angariação e fidelização da clientela.

Efetivamente, essa semelhança, casuística, entre a relação de distribuição e a de uma agência, para que se cogite a aplicação analógica da indenização de clientela, passa, necessariamente, por averiguar se a atividade do distribuidor envolvia a conquista de mercados, de aumento da clientela e do volume de vendas dos produtos do fabricante.

Como muito bem dito por Pinto Monteiro⁸²⁵, a obrigação fundamental do agente é promover a celebração de negócios ao principal. E, para tal,

Envolve toda uma complexa e multifacetada atividade material, de prospecção do mercado, de angariação de clientes, de difusão dos produtos e serviços, de negociação, etc (...). Deve o agente (...) designadamente, visitar clientes, fornecer-lhes catálogos, amostras, listas de preços (...) e prestar a mais variada informação, desde a situação do mercado e as reacções e gostos da clientela, até ao estado da concorrência.

⁸²⁴ É o que Pinto, intitula *parentesco funcional*. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de distribuição, p. 711.

Vide, no mesmo sentido, MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 165-166.

⁸²⁵ MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 87.

E, de fato, para que se cogite a Indenização de Clientela ao distribuidor comercial, é preciso que sua relação contratual espelhe esse mesmo espectro de objeto, típico da agência.

O inaccess, a nível de exploração econômica, do distribuidor excluído da rede, é outro ponto relevante para a fixação da indenização de clientela. Se o distribuidor continua acessando a clientela angariada noutra vigência contratual e com ela estabelecendo negócios, a razão de ser da indenização de clientela se esvai.

Esse, ao nosso sentir, é ponto fulcral que, por exemplo, para o regime de agência brasileiro, inexistente. Ora, se, independente do viés protetivo, o instituto visa compensar o agente pela impossibilidade futura de explorar comercialmente a clientela que angariou, e, na situação prática, o agente continua a manter relação com referidos clientes, ainda que atuando para outro fabricante, pensamos que o direito se esvai.

Referida temática passou por recente reavaliação perante o Supremo Tribunal de Justiça português, pelo Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n. 06/2019, de 04 de novembro. Defendeu-se, daí a contradição que autorizou o conhecimento da uniformização da jurisprudência, que a alínea c) do art. 33º do Dec-Lei português que regula a agência, quando de sua aplicação analógica para a distribuição comercial, não precisava ser demonstrada, uma vez que o distribuidor comercial não recebe qualquer retribuição por parte do fabricante.

O argumento utilizado é que o distribuidor não teria como receber retribuição posterior, e nem anterior, já que pela fisiologia do tipo contratual, o mesmo, pela atividade de revenda, é quem promove a sua retribuição financeira pelos serviços prestados. Assim, cogitou-se o afastamento da obrigação indicada na alínea c) suso mencionada.

Em brilhante decisão, profunda e adequadamente extensa, partindo-se desde a conceituação da concessão comercial, atravessando os fundamentos da Indenização de Clientela e sua extensão analógica do regime da agência aos atípicos contratos de distribuição, o Supremo Tribunal de Justiça português reforçou a necessidade de cumprimento da alínea c) do art. 33º em menção, observando, contudo, que dada a diferença estrutural entre os tipos da agência e concessão, o termo retribuição deve ser interpretado num sentido adaptado.

Em suma, destacou a corte, por voto de maioria, que “Como é sabido, o concessionário não recebe qualquer retribuição do concedente nem se limita a promover por conta dele a celebração de contratos, visto que procede às vendas por sua conta e risco. Por

isso, deve entender-se o termo ‘retribuição’ como proventos ou lucros que o concessionário aufera com a realização dos negócios com as vendas. Assim, o que está verdadeiramente em causa é saber se os proventos que a autora (ex-concessionária) auferiu, ‘após a cessação do contrato, no seu negócio de distribuição podem ou não ainda de algum modo ser resultantes da sua actividade anterior como concessionária da concedente ré. Se tais proventos puderem ainda de algum modo ser também considerados como resultado da sua anterior actividade como concessionária, está excluída a indemnização por força, numa aplicação analógica, do disposto na alínea c) do n.º 1, do artigo 33.º, acima referido; se tais proventos não puderem, de nenhum modo, ser imputados àquela anterior actividade, tem direito à referida indemnização de clientela’”

Da mesma forma, é preciso se ter a previsibilidade de que o fabricante continuará a explorar a clientela angariada pelo agente denunciado, produzindo, dessa relação, frutos económicos que não remunerarão o citado agente. Caso, contudo, o fabricante não mantenha relação comercial com referida clientela, ao agente não caberá a incidência da indenização em trato⁸²⁶.

6.6 Da Indenização de Clientela do distribuidor – aplicação no Brasil

Quanto à questão da aplicação da Indenização de Clientela aos distribuidores comerciais, a despeito da fluência do tema nos países europeus, até por conta da Diretiva 86/653, que impõe, nessa perspectiva⁸²⁷, a internalização do tema nos ordenamentos jurídicos

⁸²⁶ É esse, também, o entendimento de Leitão, senão vejamos: “Por nosso lado, parece-nos efetivamente que a situação do concessionário no momento da denúncia do contrato é tão merecedora da atribuição de indemnização de clientela como a do agente, desde que se verifique o pressuposto da obrigação de transmissão do círculo de clientes ao concedente e este adquira benefícios dessa transmissão.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *op. cit.*, p. 84-85.

⁸²⁷ Menciono nessa toada, no sentido de diretamente relacionada à indenização de clientela. Como visto outrora, no Brasil, na Lei que regulamenta a Agência, 4886/65, há uma menção de indenização, ao final do contrato, com viés social, sem mencionar, no texto legal, referir-se à indenização de clientela, embora, ao nosso pensar, se trate da aplicação, no Brasil, do modelo francês desse instituto.

dos Estados Membros, a matéria, como repisadamente anunciado ao longo do presente estudo, é de pouca discussão e aplicação no Brasil⁸²⁸.

Talvez pelo fato da legislação da agência, na versão brasileira, não indicar o termo Indenização de Clientela, tal “indenização”, quando cogitada nos contratos de distribuição, é feita dentro do universo das indenizações pelo fundo de comércio⁸²⁹.

De fato, inafastavelmente, a clientela, bem intangível, possui um valor econômico⁸³⁰ e, de algum modo, é uma qualidade, um objetivo da atividade empresarial, “(...) algo de conseqüente ao funcionamento da maquina productiva.”⁸³¹.

A doutrina brasileira, sempre capitaneada pela professora Paula Forgioni⁸³², destaca que aquela clientela que, durante a vigência do ajuste, era compartilhada entre fornecedor e distribuidor, gerando resultados econômicos a ambos, com a cessação do vínculo contratual, passa a ser um ativo exclusivamente do fornecedor, merecendo, o distribuidor, ser ressarcido por esse enriquecimento sem causa do fabricante.

Não há, contudo, nem em doutrina e nem na jurisprudência, um merecido e aprofundado enfrentamento acerca do eventual cálculo dessa compensação, bem como a avaliação dos critérios a serem eventualmente considerados para a incidência de tal indenização ao distribuidor.

⁸²⁸ No mesmo sentido, é a situação que ocorre nos Estados Unidos da América. Conforme destaca Ferreira Pinto “Não só o problema não é objeto de aprofundamento na literatura jurídica americana, como inexitem regras similares às que, no velho continente, prescrevem, com carácter genérico, a atribuição de compensação de clientela aos agentes e a outras categorias de distribuidores.”. PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de Distribuição, p. 693-694.

⁸²⁹ Vide, nesse sentido, Acórdão da 3ª T. do STJ brasileiro, no REsp n. 1605281 MT 2016/0144883-5, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 11/06/2019, nos termos do qual: “No caso em apreço, não é devida a reparação pelo fundo de comércio, com base na perda da clientela, por não verificar a existência de fato que escape a essa regra.”.

⁸³⁰ Cunha destaca que: “Entre nós, a clientela tem vindo a ser considerada um bem não coisificável, mais exatamente uma situação economicamente vantajosa (...)”. CUNHA, Carolina – A indenização de clientela do agente comercial, p. 61.

⁸³¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Da empresarialidade, p. 52.

⁸³² Vejamos:“(...) é incorreto concluir que ao distribuidor, ainda que inadimplente, não assiste o direito de ser ressarcido por eventual enriquecimento sem causa do fornecedor. Note-se bem: não se há confundir (i) a ausência de direito à indenização em virtude da denúncia motivada por parte do fornecedor com (ii) o direito à compensação decorrente do acréscimo patrimonial experimentado pelo fornecedor com o término do contrato (...)” E arremata adiante: “Enquanto subsistente o contrato, o enriquecimento do fornecedor sustentava-se em justa motivação (a existência do próprio contrato de distribuição). Extinto, cessa a causa para que conserve em seu patrimônio aquele acréscimo derivado das atividades desenvolvidas pelo distribuidor.”. FORGIONI, Paula Andrea – Contrato de distribuição, p. 478-479/484.

Quanto à jurisprudência, sobre o tema, há julgados vários que entendem pelo descabimento da indenização de clientela ao distribuidor. Escoram os defensores desse posicionamento que o porte do distribuidor, normalmente mais estruturado que o agente, além do fato de que, na distribuição, o distribuidor tem relação direta com o seu cliente, diversa na modalidade da agência, impedem a aplicação da “indenização de clientela” aos contratos de distribuição. Outrossim, muitas vezes defendem que o contrato escrito é a base a ser seguida e, somente se ali prevista a indenização é que seu cabimento é autorizado. Noutros tantos casos, a negação à indenização é fundamentada na força da marca distribuída⁸³³, cuja notoriedade e estratégias de marketing é que cativam a clientela.

Ademais disso, há quem defenda que a impossibilidade de indenização decorre da impossibilidade de “apropriação” de uma clientela, que, como um mero conjunto de pessoas, não poderiam ser considerados como fundo de comércio e, assim, insuscetíveis de apropriação.

Nesse sentido, é o Acórdão do TJ-SP 11117081020158260100, de relatoria do Des. Jacob Valente, julgado em 16/05/2018, pela 12ª Câmara de Direito Privado, nos termos do qual:

Outro equívoco reside na consideração da clientela como elemento do estabelecimento empresarial. Clientela é o conjunto de pessoas que habitualmente consomem os produtos ou serviços fornecidos por um empresário. Embora até seja possível falar-se em um direito à clientela, cuja tutela se faz por meio de repressão à concorrência desleal (Colombo 1979; 172/173), não se deve confundi-la com bens do patrimônio da sociedade empresária. De fato, não deriva da tutela

⁸³³ Ex vi, entre outros, STJ - REsp: 1727824 SP 2018/0045068-6, STJ - REsp: 1605281 MT 2016/0144883-5, STJ - REsp n. 1.494.332/PE, TJ-SP - AC: 01351953120128260100 SP 0135195-31.2012.8.26.0100, (TJ-SP - AC: 10096344820178260344 SP 1009634-48.2017.8.26.0344.

jurídica a necessária natureza de coisa do objeto tutelado. A proteção conferida ao empresário, no sentido de não se ver tolhido da clientela conquistada, em razão de condutas condenáveis de seus concorrentes, não significa que essa se tornou propriedade daquele. Muito pelo contrário, a noção de clientela como objeto de domínio do empresário é imprópria, porque cuida de um conjunto de pessoas a clientela é isso, nada mais -, insuscetíveis de apropriação, para o direito em vigor.⁸³⁴

Nos poucos julgados que entendem pelo deferimento, a incidência da forma de cálculo de compensação é diversa. Há jurisprudência que aplica a Lei Ferrari, Lei 6.729/79, específica dos Contratos de Concessão de Veículos Automotores para analogicamente utilizar seu Art.24, III, na parte em que faz corresponder a cada período de cinco anos de vigência do contrato o valor indenizatório equivalente a três meses de faturamento⁸³⁵.

⁸³⁴ Já tivemos a oportunidade, ex vi Parente, de defender nosso posicionamento contra a compreensão de que a Indenização de Clientela seria uma remuneração pela transferência da propriedade da clientela. Não é esse, pensamos, o seu fundamento. A indenização de clientela seria uma compensação do fabricante ao agente (e extensivamente ao distribuidor), que nasce ao fim da relação contratual, pelo fato de que somente uma das partes explorará uma atividade comercial com uma clientela que, durante a vigência do ajuste, foi compartilhada e gerou faturamento a ambos. Seria uma compensação em virtude de um enriquecimento sem causa por uma das partes da relação contratual, com forte conotação social e protetiva. PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 41-42.

⁸³⁵ Vide, nesse sentido o Ac. objeto de recurso ao STJ, que, embora reformado pela Corte Superior brasileira, deferiu indenização ao Distribuidor com base na Lei Ferrari, especificamente com base no seu art. 24, III, senão vejamos: “Acórdão recorrido que, reconhecendo a abusividade da cláusula contratual autorizativa da denúncia do contrato por qualquer das partes, concluiu pela procedência parcial do pleito autoral indenizatório, condenando a fabricante a reparar a distribuidora por seu fundo de comércio e clientela bem como pelas despesas por ela suportadas com a eventual rescisão contratos de trabalho e, finalmente, pelos lucros cessantes tratados no art. 24, inciso III, da Lei no 6.729/1979 (Lei Ferrari) (...) O TJPE deu parcial provimento ao apelo para conceder indenização (a) pelo fundo de comércio e clientela; (b) pelas parcelas decorrentes da rescisão dos contratos de trabalho mantidos entre a Brasibel e seus empregados (férias, multa do FGTS e aviso prévio); (c) lucros cessantes "tratados no inciso III do art. 24 da Lei n. 6.729/79", a apurar em liquidação.(...)” De acordo com o aresto regional, do TJ-PE, “[...] Por isso, entendo ser cabível indenização, a cargo do contratante, em favor do contratado, pois, no caso concreto, a empresa apelante procurou aparelhar-se para atingir o padrão de excelência exigido pela ré e para manter a contratação. A demandante trabalhou por mais de 37 anos na distribuição de bebidas da ré, investindo em equipamentos, pessoal, publicidade para o desenvolvimento de seu próprio ponto comercial e, em decorrência disso, certamente colaborou para o desenvolvimento também da própria Antarctica. Não há dúvida de que o trabalho e o esforço da empresa autora-apelante proporcionaram uma melhor distribuição dos produtos da Antarctica, na área de atuação daquela. Importante referir que a autora é hipossuficiente em relação à Antarctica - e isso se torna evidente pela leitura das cláusulas contratuais, que claramente conferem vantagens e prerrogativas à ré, que não foram concedidas à promovente. Assim sendo, a fim de garantir uma indenização justa e proporcional à distribuidora, tenho que deve ser aplicada, analogicamente, a Lei n.

Quando encontramos o adequado enfrentamento, na nossa avaliação, da temática ora abordada, especificamente no que toca à fundamentação do pleito, o que se verifica é uma dificuldade, para não sugerir a falta de um norte, de uma orientação, no que toca ao cálculo da indenização deferida. Nesse sentido, destaco recente Acórdão do TJ/SP⁸³⁶, que, inicialmente, no que cabe à indenização de clientela, deferiu o pleito do autor nos seguintes termos:

Apelação Cível. Ação Ordinária de Indenização. Sentença de procedência do pedido. Inconformismo. Contrato de distribuição. Ausência de prova da justa causa para a resolução do contrato. Ocorrência de rescisão unilateral. Dano Injusto. Manutenção da condenação da requerida a pagar à autora as perdas e danos que forem apuradas em liquidação de sentença, indenização esta que encerra bens corpóreos e incorpóreos de seu fundo de comércio, na extensão da formação de clientela que passou a ser aproveitada por meio de novo distribuidor, investimentos específicos interrompidos sem tempo de recuperação, dispêndios com a demissão parcial de funcionários. Afastamento da aplicação da Lei no 6.729/1979 ao presente caso (...)

Quando, contudo, desce ao cálculo da indenização, o Tribunal julgador, parecidos, vale-se do faturamento do distribuidor como base de cálculo para a formulação do quantum indenizatório, senão vejamos:

“Enfim, pela comercialização direta ou repasse dessa clientela a outros Distribuidores Credenciados, deixou de faturar qualquer venda a partir de seu descredenciamento, com seu cadastro construído deixado de ter valor. Sem dúvida são estas as perdas e danos que deverão ser

6.729/79, que regula a concessão da distribuição de veículos automotores. (...).” (RESP n. 1.494.332 – PE, j. em 04.08.2016, por maioria, pela 3ª Turma do STJ, de Rel. do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). No mesmo sentido, vide julgamento da 30ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, na Apelação 9260035132005826 SP, com relatoria do Des. Andrade Neto, j. em 19/10/2011.

⁸³⁶ Ac. unân. da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível no 0005532-24.2012.8.26.0619, j. em 24.03.2021, de rel. do Des. Helio Nogueira.

apuradas em liquidação por arbitramento, mais o custo de encargos despendidos para cumprir a indenização trabalhista dos funcionários que precisou demitir para adequar sua necessidade comercial de trabalho que ficou reduzida sem a cliente Bayer. A forma de resilição em tela, não vai além das verbas indenizatórias acima, sem caber em sua pretensão lucros cessantes.”

Noutro caso, a própria relatora aponta a dificuldade de calcular essa indenização, anunciando que a análise tem de ser customizada. Destaca o Acórdão do TJ/SP, após confirmar que a clientela compõe o fundo de comércio e que a não indenização configuraria enriquecimento sem causa, que

Com efeito, o autor conquistou mais de 40 clientes para a ré ao longo de 10 anos de relacionamento comercial. Incrementou substancialmente a revenda dos produtos da ré. A clientela e valorização da marca são, indubitavelmente, bens intangíveis passíveis de indenização. A apropriação desses bens sem uma contraprestação ao distribuidor no final do contrato de distribuição geraria enriquecimento sem causa do fabricante. O valor dessa compensação não é fácil apurar. Não há legislação específica a respeito e cada caso tem sua peculiaridade própria.⁸³⁷

Somos, em tese e em geral, partidários da aplicação da Indenização de Clientela ao distribuidor. Não há porque, novamente em tese, não elastecer, aos contratos de distribuição, atípicos por essência e carentes de regulação específica, os preceitos incidentes

⁸³⁷ Acórdão da 29ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, no processos0005455-68.2012.8.26.0084, com relatoria de Maria Cristina de Almeida Bacarim, julgado em 06/03/2019.

sobre a agência, especialmente os atinentes à tutela do distribuidor em função do encerramento do vínculo⁸³⁸.

Ambos os tipos contratuais estão enquadrados como contratos da distribuição, que possuem, entre si, estruturas fisiológicas muito próximas e, ainda, sobre ambos, é de ser considerada uma natural dependência econômica perante o principal/concedente. Nesse aspecto, inclusive, em maior peso os contratos de distribuição, por exigirem, por parte do distribuidor, investimentos, muitas vezes, pouco comunicáveis com outras operações.

Cientes dos argumentos sopesados pelos que não defendem tal aplicação, especialmente em virtude: a) de ser o contrato o elemento que legitima o desenvolvimento de uma clientela ao fabricante, sabido pelo distribuidor quando aceitou o encargo e que, durante a vigência contratual, dela se beneficiou, ou seja, a angariação de clientela, na verdade, seria o resultado de sucesso da colaboração entre as partes⁸³⁹⁸⁴⁰; b) do porte do distribuidor, que, maior e economicamente mais forte que o agente, não necessita de tutela, c) pelo fato de negociarem com seus próprios clientes, e, por fim, d) pela ausência de remuneração do distribuidor, que não é comissionado, retirando os seus ganhos através da margem da revenda dos seus produtos, temos que tais pontos, ainda que pertinentes, não potencializam, em

⁸³⁸ Como bem leciona Paula Forgioni, "(...) é falacioso afirmar que é da natureza do contrato de distribuição a conquista de mercado para o produto distribuído e que, portanto, haveria causa para o incremento patrimonial do fornecedor mesmo após o esfacelamento do vínculo: o compartilhamento dessa clientela coaduna-se com a natureza e o espírito do contrato e mesmo com sua função econômica (causa típica). Tenhamos sempre em mente: o contrato de distribuição é, em grande medida, contrato de colaboração (apesar do antagonismo de interesses existente em seu seio) e não apenas contrato de intercâmbio (...)". FORGIONI, Paula – Contrato de distribuição, p. 483.

⁸³⁹ Vide, nesse sentido, recente aresto do TJ-SP, coadunando com a teorização de que não há enriquecimento sem causa, na medida em que a causa seria o próprio contrato firmado entre as partes e as obrigações que o distribuir, nesse mister, assumiu, de desbravar o mercado e angariar clientela e mercado consumidor aos produtos do fabricante, senão vejamos: Em sentido contrário, vide aresto do TJ-SP, nos termos do qual: "No tocante à compensação da autora pelo enriquecimento sem causa da ré decorrente da absorção da sua clientela construída ao longo de 15 anos, mais uma vez não lhe assiste razão. Se a autora aumentou sua carteira de clientes, nada mais fez do que bem cumprir com sua prestação contratual, pois, para vender os equipamentos que lhe foram distribuídos por força do contrato firmado entre as partes e obter sucesso no negócio realizado, natural que angariasse o maior número de clientes possível, aumentando sua renda e, conseqüentemente, a do fornecedor dos produtos." (Ac. unân. da 35ª Câm. de Direito Privado do TJ-SP, na Apel. 0135195-31.2012.8.26.0100, j. em 27.05.2019, de rel. do Des. Gilberto Leme)

⁸⁴⁰ Cai por terra o argumento quando é exatamente esse o mesmo objeto contratual da agência, para quem a indenização de clientela foi idealizada. Tal aspecto, ao nosso visto, aproxima mais ainda a aplicação analógica, e não afugenta.

essência, o afastamento da norma imperativa, de tutela do distribuidor, pela clientela angariada e mantida ao fabricante, durante a vigência contratual⁸⁴¹.

Tal indenização, contudo, até pelas próprias características particulares dos distribuidores, que os distinguem dos agentes, não tem aplicação cega e irrestrita, independente da conjuntura fática que circunda o contrato de distribuição em cotejo.

Nesse aspecto, merece firme crítica a Lei 4886/65 que abstraiu, por completo, na contramão do modelo alemão da indenização de clientela, qualquer consideração circunstancial para a aplicação da indenização de clientela ao agente comercial.⁸⁴² A lei de

⁸⁴¹ Embora não seja o escopo do presente estudo, sabe-se que tem sido amplamente discutida, outrossim, a incidência da indenização de clientela também para os contratos de franquia. Ribeiro entende que, no silêncio do contrato, não deve ser possível tal extensão analógica, seja pelo fato de defender que é do objetivo do contrato de franquia a angariação de clientela, de interesse comum de ambas as partes contratantes e cientes de tal condição ao firmarem o pacto, seja pelo fato de que, na franquia, ao seu visio, o selling power e know-know do fabricante contribuem mais que o esforço do franqueado para a angariação e incremento de clientela, e, ainda, pelo fato de que a franquia gera o lucro para o franqueado, com os seus clientes, cabendo a este repassar um pagamento ao franqueador. RIBEIRO, Maria de Fátima – Op. Cit., p. 88-95. Leitão é, outrossim, “genericamente” contra a aplicação da indenização de clientela ao franquiado. Entende o doutrinador português que “(...) normalmente o franquizador não entra sequer em contacto com os clientes do franquiado, pelo que não se vê que benefícios ele adquiriria, após a extinção do contrato, em relação aos clientes por ele angariados. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 89. Menezes Cordeiro defendendo que a clientela é angariada pela marca, tem posicionamento também contrário à incidência da indenização de clientela aos contratos de franquia. Apud LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 88. Pardolesi também entende em sentido contrário. PARDOLESI, Roberto – I contratti di distribuzione, p. 344. Em sentido contrário, Vasconcelos defende, à partida, ser possível sim, em algumas situações, ao franqueado fazer jus à indenização de clientela, a depender “(...) sempre da modalidade de franquia em questão e do específico conteúdo contratual (...)”. Ressalta ainda que, em algumas situações práticas, em que a designação de contratos de franquia são utilizados de forma equivocada, pois deveriam antes ser qualificados como contratos mistos de licença de marca e prestação de serviços, é ainda mais fácil ao “(...) franqueado ser ele próprio um fator de atracção de clientela.”, facilitando, mais ainda, a incidência da aplicação analógica. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. Cit., p. 124-133. Monteiro, defende ser “(...) metodologicamente correto, perante um contrato legalmente atípico, atender às regras dos contratos mais próximos, às regras daqueles contratos que tenham a sua disciplina ficada na lei e possam aplicar-se aos contratos de concessão e de franchising, por analogia. Na forma do entendimento do doutrinador Pinto Monteiro, merece destaque a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (Superior Tribunal de Justiça. Processo 06A4416, Relator: Sebastião Póvoas, 1o de setembro de 2007, reconhecendo, à partida, a possibilidade de incidência de indenização de clientela ao franqueado, desde que as circunstâncias casuísticas demonstrem sua atuação no sentido de angariação de clientela à rede franquidora, senão vejamos: “Será de apreciação casuística verificar se a actividade do franquiado foi determinante para atrair a clientela, actuando em termos idênticos aos do agente, não podendo, sem mais, fazer-se a aplicação analógica do artigo 33o do citado Decreto Lei ao contrato de franquia.”. MONTEIRO, Antonio Pinto – Contratos de distribuição comercial, p. 66-67. Sobre o tema, Pinto destaca que a jurisprudência portuguesa “(...) tem acolhido, de modo sistemático e quase-automático, as pretensões deduzidas por qualquer tipo de distribuidor integrado a receber a indemnização de clientela.” PINTO, Fernando A. Ferreira – Contratos de Distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cassação do vínculo, p. 717.

⁸⁴² Acerca das críticas à legislação da agência brasileira, especialmente quanto à ausência de requisitos para sua concessão, já tivemos a oportunidade de melhor nos manifestar. Ver-se, para tal, o nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit., p. 85-87.

agência brasileira, sem, inclusive, prever limitação de tempo, estabeleceu uma indenização equivalente a 1/12 de todas as remunerações auferidas pelo agente durante a vida contratual.

Tal disciplinamento, na forma posta pela legislação vigente, põe em questionamento, porque não, a própria autonomia do agente que, embora atue em nome próprio, assumindo os riscos do seu negócio, desfruta de uma garantia, financeira, por todo o período do enlace contratual.

No tocante à agência brasileira, o ímpeto social e protetivo ao agente, a nós, nítido, foi elástico a um ponto tal que culmina por afetar a autonomia do agente, equiparando-o, em certas circunstâncias até de forma ainda mais benéfica, aos empregados subordinados.

A verificação da incidência da Indenização de Clientela ao distribuidor deve ter foco pontual, casuístico, a partir da realidade que envolve cada situação concreta. O elástico do tecido da indenização de clientela ao distribuidor deve ser cauteloso, sob pena de distorcer a fisiologia de autônomo do distribuidor.

O fato de, em tese, se defender a aplicação da indenização de clientela ao distribuidor comercial, não autoriza e nem sugere uma aplicação automática e universal. É e deve ser casuística, a depender do cenário da relação contratual afetada. Ou seja, se, no caso concreto encontram-se as condições para a aplicação do instituto.

6.7 Critérios para a aplicação da Indenização de Clientela ao distribuidor

Analisando o tema sob a perspectiva brasileira, via de regra, os poucos julgados que autorizam a aplicação da Indenização de Clientela ao distribuidor olvidam de voltar seus olhos a requisitos prévios à sua incidência. Meramente, focam exclusivamente na figura do distribuidor, parte mais frágil da relação, via de regra, e, considerando a clientela um ativo, identificam hipótese de cabimento da indenização respectiva.

É preciso, todavia, verificar se os substratos que descambam à aplicação da Indenização de Clientela estão presentes no caso concreto. E, nesse contexto, merece

referência a sistemática trazida pela lei portuguesa sobre a matéria⁸⁴³, que tratou de estabelecer condições prévias, existentes no caso customizado, como elementos condicionais à aplicação da indenização.

Ciente de que o Brasil adotou o modelo francês inerente ao instituto em debate, diferente no molde alemão, ambos autorizados pela Diretiva Comunitária que aborda o tema, somos pessoalmente críticos à concessão de uma indenização por clientela angariada sem que seja realizada qualquer análise nesse sentido, como requisito prévio à sua concessão.

Não se pode, ao nosso pensar, efetivamente reclamar uma Indenização de Clientela se o distribuidor não tiver angariado clientela. Se a clientela não foi angariada, ou, noutra hipótese, se não houve incremento comercial na relação mantida com os clientes já recebidos do concedente, não há porque ser cogitada qualquer compensação financeira⁸⁴⁴.

Isso porque, como multicitado, não se está em causa qualquer indenização por prejuízo ao distribuidor que deixará de compor a rede de distribuição e, assim, deixará de explorar a clientela angariada, mas, na verdade, uma compensação pelos benefícios que o mesmo incrementou à rede, vedando, assim, o enriquecimento sem motivo da contraparte, que permanecerá usufruindo daquilo que foi agregado pelo distribuidor denunciado⁸⁴⁵.

Não se cogita aqui a presença de ato faltoso ou culposo do fornecedor ou mesmo uma remuneração por todo o esforço e entrega do distribuidor durante a vigência contratual para a aplicação da indenização, mas unicamente à impossibilidade desse último, uma vez excluído da rede, de explorar comercialmente e, assim, aferir resultados econômicos, de uma clientela que ajudou a angariar e, agora, ficará ao exclusivo aproveitamento do fornecedor e de quem lhe substituir como revendedor.

Por conseguinte, se todo o fundamento do instituto em relevo reside no fato de que, sem o contrato de distribuição, o distribuidor não mais poderá estabelecer relação comercial com os clientes que angariou, é certo que, se o distribuidor, em função de outra relação contratual, continua a explorar aquela clientela, não há motivos que justifique a

⁸⁴³ Art. 33º do Decreto-Lei 178/86.

⁸⁴⁴ Em períodos de recessão, ou mesmo de queda brusca dos preços dos produtos, é de se cogitar como cumprido tal “requisito” de aumento do volume de negócios a mera manutenção dos índices de outrora. No mesmo sentido, a manutenção da quantidade de clientes, em tais períodos, sem novos incrementos, satisfaria a exigência. Eis, nesse sentido, o entendimento de MONTEIRO, Antonio Pinto – Contrato de agência, p. 144.

⁸⁴⁵ Em igual sentido, PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 230.

incidência da indenização. De fato, só com o inaccess posterior do distribuidor ao cliente é que faz sentido a indenização de clientela.

Ao mesmo tempo, é preciso, para se considerar a concessão de Indenização de Clientela ao distribuidor, que o fabricante continue a explorar, e, assim, a realizar negócios com os clientes angariados pelo distribuidor, atraindo, unicamente a si, os frutos de uma relação conquistada e mantida com o esforço de doação do distribuidor.

Ademais, a extensão analógica do regime da agência à distribuição, no que toca ao citado instituto, deve ser casuística, e deverá sempre cotejar a relação de distribuição entelada com uma relação de agência.

Só caberá extensão analógica se entre as mesmas houver um parentesco funcional, ou seja, se as atividades do distribuidor, guardadas as diferenças entre os tipos contratuais, envolvia a prospecção do mercado onde atuava, de angariação de clientes, aumento do volume de negócios com os já estabelecidos, e, ainda, toda a gama assistencial correlata ao processo de vendas, de relação com o cliente, visitas periódicas, bem como de troca de informações sobre o mercado com o fabricante.

Em direta relação ao argumento supra, é preciso cogitar, casuisticamente, o peso da marca – *selling power* – objeto da distribuição em trato. Quanto mais forte o peso da marca, menor o esforço do distribuidor em angariar o cliente. O cliente, nesse caso, é muito mais da marca do que do distribuidor local⁸⁴⁶. Por outro lado, mas com direta conexão, quanto maior o esforço do distribuidor, mais valor e força de venda atingem a marca em questão.

⁸⁴⁶ Vide, nesse sentido, julgado recentíssimo do STJ brasileiro, de 05/04/2022, para os casos de distribuição de bebidas, em que é nítida a notoriedade da marca, nos termos do qual: “5. Nos contratos de distribuição de bebidas, as informações relativas à formação da clientela estão associadas, normalmente, às estratégias de *marketing* utilizadas pelo fabricante, à qualidade do produto e à notoriedade da marca, e não ao esforço e à dedicação do distribuidor. Precedente.” (STJ - REsp: 1727824 - SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 05/04/2022, T3 - TERCEIRA TURMA). Em idêntico sentido, vide: “8. Nos contratos de distribuição de bebidas a formação da clientela está associada, normalmente, às estratégias de *marketing* utilizadas pelo fabricante, à qualidade do produto e à notoriedade da marca, e não ao esforço e à dedicação do distribuidor. 9. No caso em apreço, não é devida a reparação pelo fundo de comércio com base na perda da clientela, por não verificar a existência de fato que escape a essa regra” (STJ - REsp: 1605281 MT 2016/0144883-5, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 11/06/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2019). Entendemos que se, de fato, o *selling power* do produto tem muita afetação na fidelização do produto ao mercado, isso não significa que o distribuidor não tem seu valor e participação no processo de venda. Caberá ao mesmo, usando sua reputação e estrutura, aproximar seu produto e serviço ao comprador, garantindo maiores vendas ao longo do tempo, além, sem dúvidas, de atuar para capilarizar o alcance do produto do fabricante em novas áreas, desenvolvendo novos pontos de venda.

Sem dúvidas, principalmente em marcas fortes, o próprio fabricante atua, numa relação interativa, no mercado do distribuidor, promovendo produtos e sua marca, através de campanhas de marketing e promocionais destinadas a apresentar ou fortalecer a presença de seus produtos naquele mercado. Todavia, não raro, os distribuidores arcam com parte do custeio de tais campanhas de marketing e vendas, bancando o incremento e valor à marca que distribui.

De fato, especialmente quando em trato tais marcas notórias, o fabricante possui um controle e orientação tal sobre a rede de distribuição, lúdima⁸⁴⁷, dentro do que caracteriza os vínculos contratuais de associação, embora mais efetiva e presente, via de regra, do que quando em causa marcas sem tanta notoriedade, situação em que a participação do distribuidor no processo de angariação de clientela fica um pouco diluída.

Contudo, o fato do cliente, em hipótese ser, pela força da marca, mais do fabricante do que do distribuidor, não retira peso e valor na atuação desse último⁸⁴⁸. Fosse assim, qual o sentido da utilização da distribuição comercial? Não é só a marca que vende o produto. Some-se a isso diversos outros bens do estabelecimento do distribuidor, investido por esse, que colaboram no processo de venda⁸⁴⁹.

O fabricante, ao optar pela contratação de distribuidor, certamente avalia sua reputação no mercado local, e espera o incremento do volume de negócios e clientes dentro

⁸⁴⁷ Vide, nesse sentido, aresto do STJ brasileiro, legitimando tal controle e orientação do fabricante sobre as atividades do distribuidor, verbis: “O que há, nessa relação contratual, na verdade, é um justificado e, portanto, legítimo poder de controle exercido pela fornecedora quanto à atividade desempenhada pelo distribuidor, a considerar o seu envolvimento direto com a clientela, a imagem e a marca daquela, com repercussão no próprio êxito de seu negócio. Tampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, encerra desequilíbrio contratual.” (REsp 1.403.272/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJe 18/3/2015)

⁸⁴⁸ Precisa, nesse sentido, a conclusão, sobre o tema, do STJ português, proferida no AUJ 06/2019, de 04 de novembro, dos termos da qual: “Os clientes são-no da marca, não do comerciante. O valor desta argumentação é relativo. Certamente que a arte comercial do vendedor tem uma palavra a dizer. As ofertas de condições especiais de pagamento, o preço da assistência, a qualidade dos serviços prestados, etc, são elementos importantes na formação da convicção do comprador. Há outros factores para além das qualidades do produto, ou o prestígio da marca.”

⁸⁴⁹ Sobre o tema, Abreu, destaca que: “A clientela pode ser essencialmente atraída pelos bens proporcionados pelo franquiador (uma marca, um nome, etc.)? É verdade. Porém, esses bens (por cujo uso o franquiado paga – tal qual paga pelo uso de outros bens) não fazem, por si só, o estabelecimento. Esses elementos têm de ser conjugados com (suportados por) outros – obtidos pelo franquiado noutras fontes -, de modo ser possível reconhecer-se a existência de um novo e autónomo ‘valor e de posição no mercado.’”. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Da empresarialidade, p. 65.

da área de sua atuação. Se a marca em menção facilita a venda, caberá ao distribuidor fazer, na prática, isso ocorrer.

Caberá ao distribuidor lutar e envidar esforços para, se for o caso, criar novos pontos de venda dos produtos do fabricante, ou, nos que já existe, aumentar o volume de vendas no cliente já existente⁸⁵⁰.

Sem dúvidas, um acompanhamento permanente, rotineiro e assíduo, além de um tratamento polido e atencioso ao comprador do revendedor, garantirá ao fabricante melhores resultados. Ou seja, parte da aderência do consumidor à marca forte está nos esforços e nos investimentos, também, dos distribuidores.

Nesse sentido, interessante a lição de Paola⁸⁵¹, para quem: “(...) quem transforma uma clientela meramente virtual em clientela real é o distribuidor. Nesse processo, há que se investigar a sua parcela de contribuição pessoal ao desenvolvimento da rede.”⁸⁵².

A transformação da clientela potencial em clientela real é obra do distribuidor, que colocará seu estabelecimento, conjunto corpóreo e incorpóreo de bens, inclusive sua marca e reputação no mercado local, em prol do desenvolvimento do mercado para os produtos do fornecedor.

Nesse sentido, valiosa a doutrina de Coutinho de Abreu, que, embora aborde sobre a franquia, tem sentido direito ao aqui destacado. Segundo o doutrinador português “É o franqueado que, às suas custas, ergue ou cria o conjunto organizado de meios (de diversas maneiras conseguidos) e opõe a funcionar, assim possibilitando o surgimento de efectiva

⁸⁵⁰ Vide, nesse sentido, aresto recente do TJ-SP que deferiu indenização de clientela a distribuidor, mesmo diante de marca extramente forte. Para tal, a corte brasileira valeu-se do fundamento de que, verbis: “E neste sentido, a despeito de conceber a relevância e conceito da marca e produtos Bayer como atração do público consumidor, e ainda que a autora não estivesse como distribuidora exclusiva em sua microrregião geográfica, podendo trabalhar outra linha de produtos agrícolas, a sua vinculação, dedicação e crescimento como empresa trabalhando com a ré está perfeitamente medido, mesmo sem se ter permitido abrir sua contabilidade entre 2.007 a 2010. (...) E toda a base dessa clientela construída, rompido o seu credenciamento, sem dúvida traduziu para ela em perda imediata à sua atividade comercial de pronto. Pois, circunstância que se permite afirmar, essa clientela construída e trabalhada no tempo passou imediatamente apropriada pela ré, à medida que todos distribuidores estavam vinculados a alimentar sua lista de clientes na Extranet Bayer.” (Ac. unân. da 23a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível no 0005532-24.2012.8.26.0619, j. em 24.03.2021, de rel. do Des. Helio Nogueira.)

⁸⁵¹ Vide, em igual sentido, PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 228.

⁸⁵² No mesmo sentido, vide Orlando de Carvalho, para quem embora a fama possa ter importância na atração de clientela, esta só se cria, verdadeiramente, produzindo ou vendendo. E, de fato, que atua em tal ponta, a despeito da força e do poder do fabricante, no caso da distribuição integrada, são os distribuidores. CARVALHO, Orlando de – Critério e estrutura do estabelecimento comercial, p. 306.

clientela (própria do novo estabelecimento)”⁸⁵³. E vai além, ao mencionar que é ele quem dispõe em última instância do estabelecimento, “(...) tendo inclusive legitimidade para o extinguir (encerrando-o e desagregando os seus elementos) (...)”.

Some-se a isso uma outra vertente, própria das relações em que estão em trato distribuição de marcas com alto poder de venda: se o consumidor é da marca forte, ao final do contrato, certamente o distribuidor excluído não continuará a explorar a clientela que ajudou a angariar, naquilo que lhe pertinha e que se esperava, permanecendo, com o fabricante, a exploração dos mesmos.⁸⁵⁴

É preciso, de fato, sem qualquer regramento previamente entabulado, avaliar, ao longo da relação contratual estabelecida entre o distribuidor e fabricante de marca forte, qual foi, efetivamente, o incremento trazido pela atuação daquele para a disseminação dos produtos desse no mercado estabelecido no contrato específico.

Para tal, como dito, a análise dos volumes de venda dos produtos de venda, sob a perspectiva do seu incremento ao longo da vida do contrato, ou ainda, do aumento do número de pontos de venda, podem indicar uma atuação ostensiva do distribuidor, que, com o apoio da força da marca que distribuía, exerceu seu mister de capilarizar a entrada do produto no território distribuído, bem como de potencializar a participação daqueles produtos junto aos clientes já cadastrados.

A relação entre o poder da marca e a atuação do distribuidor pode ser efetivamente medida a partir do confronto dos números aplicados àquele dito mercado explorado pelo distribuidor.

Se, para uma mesma marca, com os mesmos produtos, o distribuidor, por sua atuação e trabalho, conquistou novos pontos de venda ou aumentou, por aumento das vendas, as relações com os clientes que o fabricante já possuía, entendemos que poderá sim fazer jus à indenização de clientela, mesmo diante de uma relação com uma marca de alto renome.

Minimizar a participação do distribuidor pelo força e poder de venda do produto distribuído seria desconsiderar sua importância em tais relações. A tônica, contudo, da prática

⁸⁵³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Da empresarialidade, p. 65-66.

⁸⁵⁴ Vide, em igual sentido, Paola, para quem: “Quanto ao poder atrativo da marca, trata-se de linha de argumentação que, ao contrário da anterior, reconhece a permanência do vínculo do consumidor à rede, em detrimento do distribuidor excluído (...)”. PAOLA, Leonardo Sperb – Op. Cit., p. 222.

empresarial cotinuada revela o contrário. Indústrias de bebidas e combustíveis, por exemplo, apesar do *selling power* dos seus produtos, utilizam, cada vez mais, a figura do distribuidor.

É o miolo, o conteúdo da relação entre as partes que diagnosticará a semelhança da relação a autorizar o uso da aplicação analógica da agência para fins de indenização de clientela e não as partes envolvidas e os produtos comprados para revenda.

Nesse exato sentido, arremata Martinez Sanz⁸⁵⁵, senão vejamos:

En realidad, el problema es un pseudo-problema. Dicho en otros términos: no presenta connotaciones particulares en sede de concesión, que justifiquen adoptar una solución distinta de la acogida al analizar la compensación por clientela en el marco de la agencia. (...). De hecho, el que la marca distribuida por el concesionario goce de más o menos reputación y, en consecuencia, su labor se haya visto más o menos facilitada, es un dato que habrá de ser tenido en cuenta exclusivamente en sede de equidad, al amparo del artículo 28.1 i.f. LCA, sin que quepa reconocerle, por sí, valor o fuerza negatoria de la analogía.

Crava-se, pois, nesse sentido, que a perspectiva de se conceder indenização de clientela ao distribuidor não pode ser objetivamente considerada, mas depende, sobretudo, das circunstâncias do caso concreto. Na partida, sem dúvidas, assim como ao agente, é de ser entender ser aplicável, pela via analógica, a indenização de clientela ao distribuidor.

A confirmação da incidência e, mais ainda, seu *quantum*, dependerá da análise casuística do contrato envolvido e de suas circunstâncias, bem como do nível de atuação do distribuidor na angariação e fixação da clientela de sua região.

Situações de marca notória, de contratos com previsão de cláusulas de exclusividade e de não-concorrência, bem como o nível de dependência econômica havida na

⁸⁵⁵ MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 347.

relação casuística, sopesarão, outrossim, tal análise, no sentido de afetar a incidência e o montante atribuído ao direito, tanto para eventualmente moderá-lo ou, noutro sentido, incrementá-lo⁸⁵⁶.

Até pela sabida diferença estrutural entre o distribuidor e o agente, não se pode cogitar, ao nosso viso, a aplicação da norma da agência de forma automática, com viés excessivamente protetivo, sem avaliar, concretamente, as questões acima cotejadas, especialmente no que toca ao incremento promovido pelo distribuidor no processo de angariação e manutenção da clientela para o fabricante, bem como acerca das condições de dependência econômica envolvida na relação interpartes.

A análise desses requisitos devem ser pormenorizadamente enfrentadas, antes de se concluir pelo cabimento ou não da extensão, em concreto, do instituto em questão para dentro dos muros da relação de distribuição em análise.

Se, na nossa avaliação⁸⁵⁷, o sistema brasileiro de Indenização de Clientela ao agente é merecedor de severas críticas, exatamente pelo engessamento de sua incidência, sem maiores avaliações acerca da relação cotejo em cotejo, com ainda mais sentido é que pensamos que a extensão do instituto ao distribuidor comercial não pode ser automática.

Lembre-se que o distribuidor atua em nome próprio e por sua conta e risco, possui estruturas, muitas vezes, bastante musculares, e negocia, ele mesmo, com o cliente da ponta. Embora haja diversas semelhanças ao tipo da agência – as quais são fundamentais para a defesa da extensão da indenização em trato pela via analógica – as diferenças exigem cautela e atenção nesse processo, sob pena de se estar esvaziando não só o objetivo do instituto, mas, fundamentalmente a autonomia e o risco que são indescoláveis da figura do empresário distribuidor comercial.

⁸⁵⁶ No mesmo sentido, vide Leitão, para quem: “Equacionou-se ainda se se deveria igualmente excluir a analogia nos casos em que exista uma especial força atractiva da marca do concedente (...), uma vez que nessa situação seria esta e não a actuação do concessionário que atrairia os clientes. A posição actual é, no entanto, no sentido de que esta não exclui a analogia, embora seja um fator a ponderar no cálculo de indemnização.”. O festejado autor português destaca ainda que esse é, também, o entendimento de Claus-Wilhelm Canaris, em *Handelsrecht* apud LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes – Op. Cit., p. 85

⁸⁵⁷ Já exposta na em nosso PARENTE, André Rodrigues – Op. Cit. 85-87

6.8 Cálculo da Indenização de Clientela

Uma vez defendido que ao distribuidor comercial, em tese, assiste, ao nosso juízo, o direito a uma Indenização de Clientela, sopesadas, *in concreto*, os requisitos para sua incidência e os elementos e características da relação contratual envolvida, é preciso estabelecer como calcular tal indenização.

E, de fato, trata-se de questão extremamente complexa e importante. O zelo, com base na equidade, na definição do correto critério para a apuração do cálculo indenizatório pode ter impactos colaterais. Sem dúvidas, excessos quantitativos de valores podem, ao fim e ao cabo, desidratar o sucesso do contrato de distribuição comercial como técnica e modelo de distribuição dos produtos e angariação de novos mercados ao fabricante.

Ademais, o excesso dos valores devido a uma formatação equivocadas dos cálculos da indenização elevaria, sem dúvidas, a litigiosidade dos casos, desmotivando, porque não, a doutrina e a jurisprudência a admiti-las⁸⁵⁸, tanto em função de tal desproporcionalidade no montante devido ao distribuidor, quanto por um sentimento, justificável, de que os valores alcançariam montantes dificilmente suportáveis pelos fabricantes.

Nesse aspecto, é preciso que se tenha muito cuidado na forma de utilização da figura da agência como paradigma à distribuição. Isso porque, como sabido, se na agência há uma intermediação do negócio realizada pelo agente, que trabalha em nome próprio e por conta de terceiro, o principal, com quem efetivamente a operação será realizada, na distribuição o distribuidor age em nome próprio, comprando o produto para revender.

⁸⁵⁸ Vide, nesse sentido, a doutrina de Martínez Sanz, para quem: “No en vano uno de los argumentos tradicionalmente esgrimidos en contra de la extensión analógica del §89B HGB hace referencia a la elevada cuantía que alcanzarían dichas indemnizaciones en el caso de los concesionarios, con el consiguiente lastre que ello supondría para los fabricantes/concedientes. Ciertamente, resulta frecuente entre la doctrina el recurso a este argumento del miedo, haciendo ver, no sólo que se multiplicaría el número de solicitudes de compensación de clientela, sino también – y sobre todo – que la cuantía de las mismas resultaría desmesurada y difícilmente soportable por los fabricantes/concedientes. MARTINEZ SANZ, Fernando – Op. Cit., p. 360-361.

Mais precisamente, significa que, dentro do faturamento do distribuidor, há, além de toda a margem para fazer rodar sua operação, o efetivo custo do produto, na medida em que é adquirido por si e integra seu ativo.

A Indenização de Clientela ao distribuidor, se concedida, deve ter o cuidado de desconsiderar o valor do produto da sua base de cálculo, já que este, embora envolva o faturamento do distribuidor, não compõe, em essência, a retribuição auferida pela atividade de distribuição⁸⁵⁹. Doutra forma, estar-se-ia premiando o distribuidor por um valor que não corresponde à sua base remuneratória. A aplicação analógica da agência à distribuição deve ter o necessário cuidado de atentar para a diferença ontológica sobre os institutos.

Outrossim, se o cálculo da indenização de clientela ao distribuidor fosse baseado apenas na margem de revenda aplicada pelo mesmo – diferença entre preço de compra e venda – ainda assim a indenização de clientela alcançaria valores extremamente vultosos. Essa margem do distribuidor não envolve apenas sua remuneração, mas a contraprestação dos seus investimentos realizados, para os fins do contrato e, porque não, um *spread* diante dos riscos que incide ao investir seus recursos na atividade de distribuição dos produtos do fabricante.

O que não significa, ao nosso visio, que tal situação autorize, por si, na partida, a negativa da Indenização de Clientela ao distribuidor pela impossibilidade de extensão analógica do regime da agência.

É preciso encontrar uma formatação de cálculo, dentro da fisiologia típica da distribuição, capaz, equilibradamente, de fazer jus ao interesses e fins do instituto da Indenização de Clientela, sem, por conta disso, gerar enriquecimentos indevidos e quebras de fabricantes.

⁸⁵⁹ Em sentido diverso, merece trazer a baila o entendimento da 2ª Turma Cível do TJ/DF, na Apelação Cível n. 20130111369289, DF 0035157-11.2013.8.07.0001, com relatoria da Des. Gislene Pinheiro, julgado em 18/03/2015, para quem, ao considerar que a agência é o paradigma à aplicação da indenização de clientela aos contratos de distribuição, logo, não há que se falar em inaplicabilidade da Lei 4.886/65, pois, esta é a legislação especial de que trata do art. 721 do CC, "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. Dessa forma, correto o Juízo a quo por entender ser aplicável a Lei nº 4.886/65 à espécie, uma vez que restou caracterizada a relação de distribuição", determinou que: "Dessa forma, a Requerida, ora Apelante, deverá pagar ao Autor/Apelado a indenização correspondente ao aviso prévio equivalente a 1/3 do faturamento dos últimos três meses, bem como de 1/12 do faturamento em tempo de vigência do contrato pela denúncia sem justa causa, conforme fispuesto nos artigos 27, 'j' e 34 da Lei nº. 4.886/65."

O mais adequado, pensamos, é tentar, por esse cálculo, encontrar, para o efetivo cumprimento da extensão via analogia, ao distribuidor, a atividade de agência realizada no exercício do seu mister. Ou seja, quanto daquele montante e, principalmente, como alcançá-lo, refere-se à atividade inerente à agência exercida dentro do espectro de atuação do distribuidor.

Todavia, entendemos que se a defesa é a do uso da analogia, quando pertinente, a partir da relação concretamente estabelecida entre as partes, pensa-se que o valor da indenização não pode ser subjetivamente calculado, a partir, unicamente, do sentimento pessoal e individual das partes, ou, no caso concreto, da justiça de cada julgador⁸⁶⁰.

Isso porque, a nível de Brasil, a norma referente à agência estabelece critério objetivo de cálculo da indenização, qual seja, de, pelo menos, 1/12 de todas as comissões angariadas pelo agente ao longo de toda a relação contratual.

Se se está diante da possibilidade de extensão analógica da regra paradigma da agência à distribuição contratual, não se pode aplicá-la apenas para permitir a indenização que se cogita, mas, também, deve incidir a norma quanto ao critério de cálculo do referido montante.

E quanto a isso, o modelo brasileiro, diferente do Português, em absoluto, prevê não um teto máximo, mas um piso mínimo. A norma paradigmática estipula indenização de, no mínimo, 1/12 das comissões havidas durante toda a vigência contratual. Não há limite quantitativo. Sem dúvidas, cabem críticas ao modelo normativo brasileiro. Contudo, é o que se tem vigente e aplicável.

É preciso, entende-se, cogitar um cálculo do valor da indenização que reflita tal objetividade e, ainda, a fórmula trazida pela norma paradigmática, de, no mínimo, 1/12. A dúvida, porém, é sobre que base de cálculo tal fórmula incidirá.

Como dito acima, pensa-se que não pode a mesma incidir sobre o faturamento do distribuidor, por esse envolver o valor do produto e, assim, não representar o efetivo montante

⁸⁶⁰ Diversamente ao defendido, o Acórdão da 29ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, no processo 0005455-68.2012.8.26.0084, com relatoria de Maria Cristina de Almeida Bacarim, julgado em 06/03/2019, entendeu pela aplicação subjetiva do valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) a título de indenização de clientela, senão vejamos: “Por tal razão, entende-se, no caso concreto, diante dos faturamentos mencionados a fl. 447/449, que a quantia de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) é suficiente para indenizar o autor.”

atinente à atividade de angariação de clientes e desbravamento territorial do distribuidor ao fabricante.

Sem contar que, nesse conexto, como dito alhures, as indenizações alcançariam valores, normalmente, muito altos, gerando, nesse viés, enriquecimento sem causa do distribuidor, que não pode ser indenizado sobre os valores dos produtos que meramente repassava a título de revenda.

Se, pelo regime da agência, o agente recebe comissão pela intermediação dos negócios que prospecta para o principal, sendo, de fato, remunerado pelo serviço, esse parâmetro é o que deve ser considerado ao distribuidor.

Uma outra perspectiva seria a incidência da indenização sobre o lucro obtido pelo distribuidor em sua atividade. A aplicação da alíquota de 1/12 incidiria não sobre o faturamento, inchado pelo custo do produto revendido, mas sim sobre o efetivo lucro obtido pelo distribuidor no período contratual. Também se discorda de tal aplicação. Explica-se.

Tanto a agência quanto a distribuição são atividades empresariais autônomas. Para desenvolvê-las, tanto o agente quanto o distribuidor devem arcar com os custos próprios de sua operação, tanto fiscais, estruturais e também de pessoal. Tais custos, e não poderia ser de outra forma, são honrados com as comissões recebidas pelo agente e com o valor da revenda dos produtos pelo distribuidor. Assim, reduzir a base de cálculo da Indenização de Clientela ao lucro da operação é desequilibrar, sem sentido justificado, a aplicação analógica do regime da agência. Sem contar que, por inúmeros motivos, completamente desassociados da atividade e do sucesso da distribuição, é possível que, mesmo merecedor da indenização de clientela, o distribuidor veja seu valor zerado por não ter experimentado lucro no período.

O lucro, de qualquer atividade empresarial, conquanto seja seu foco, seu fim e motivo pelo qual se pavimenta todo o negócio desenvolvido, é, tal qual a chuva, evento futuro e incerto. Dificilmente, para não ousar dizer impossível, uma operação já gira com lucro quando da sua gênese e início de funcionamento. Estressam a figura do lucro as despesas contraídas, bem como elementos externos, sejam econômicos, sociais, políticos e até metereológicos.

O sistema alemão, acerca do tema, conforme apresentado alhures, representa, ao nosso sentir, a formatação mais equilibrada no contexto de aplicação analógica da agência à

distribuição comercial, pois segue no sentido de encontrar, dentro do espectro de atividades do distribuidor, quanto da sua margem de comercialização, representa a atividade de agência desenvolvida.

Ou seja, o método alemão da dedução à margem bruta busca elucidar, dentro da margem de comercialização aplicada ao preço do produto para remunerar a atividade do distribuidor, qual seria a fatia que representa a atividade de agência inserida no escopo de atuação do distribuidor comercial.

E, nesse viés, uma vez, dada a situação casuística, definido quanto seria esse montante, seria sobre ele que deve ser aplicada a fração de 1/12. Para tal, cabe ao intérprete fazer uso, sendo o caso, de verificar se naquele dado mercado de distribuição comercial convive também atividade de agência, no sentido de determinar, comparativamente, quanto seria a comissão do agente, e, desse molde, possuir um critério balizador.

O critério da dedução à margem bruta, como dito, filtra toda a atividade de distribuição comercial, e todas as suas filigranas fisiológicas – incluindo atividades típicas da agência – para buscar, dentro dela, encontrar a parcela da precificação do distribuidor que busca remunerar seus atos de agente.

Posto isso, é que se pensa que o cálculo da indenização de clientela do agente, quando cabível, deve ser calculado pela fórmula de 1/12 sobre faturamento do distribuidor, descontados, para os fins desse cálculo, os custos dos produtos distribuídos e o *spread*⁸⁶¹ referente à remuneração das atividades do distribuidor que não correspondam à típica atividade da agência.

A considerar a analogia do regime da agência, diante da atipicidade legal da distribuição, é o formato supra sugerido o que melhor representa o uso da solução paradigmática.

Inolvidável, todavia, que tal método apresenta, ainda, embora seja um critério com regramento definido, alguma instabilidade e, com isso, potencialidade litigiosa, na

⁸⁶¹ Contemplam, esse *spread*, a remuneração, tanto das atividades que o distribuidor realiza, para além do que o agente faz, para o exercício das suas funções contratuais, como também para remunerar o maior risco que assume o distribuidor, pelo capital investido em equipamentos e infraestrutura, diferindo, como sabido, do que ordinariamente ocorre no ambiente contratual da agência.

medida em que as partes podem discordar do que, dentro da margem do distribuidor, seria relativo à atividade de agência e quanto estaria envolvido na atividade distributiva.

Uma outra via, também proposta pelos tedescos, que entendemos absolutamente pertinente, seria a utilização, quando couber, do uso da via da comissão ficta. Seria definir, para os estritos fins da aplicação do instituto da Indenização de Clientela, uma comissão ficta, calculada a partir da realidade daquele específico segmento de mercado e região geográfica. A comissão média de um agente daquele setor e naquela região seria o parâmetro para a definição da base de cálculo ao distribuidor para a incidência da indenização de clientela.

De toda forma, em respeito à aplicação analógica, se o caso concreto autorizar, do regime da agência à distribuição, para fins de cálculo da indenização, é preciso garantir ao distribuidor, pelo menos, 1/12 da base de cálculo definida.

Entendido ser, no caso concreto, hipótese de extensão do instituto da indenização de clientela ao distribuidor, avaliadas as situações de dependência econômica, previsão ou não de exclusividade, eventual presença de cláusula de não concorrência, incremento do volume da clientela e dos negócios realizados com a mesma, a norma paradigmática impõe a incidência de indenização de, pelo menos, 1/12 sobre a parcela da margem de comercialização aplicada pelo distribuidor que reflita o núcleo da atividade de agência que realizou, ao longo do lapso contratual, para o fabricante, ou, sendo possível, pelo uso do método da comissão ficta.

Todavia, pensamos que a ausência de um limite, de um teto para o valor da indenização, tal qual ocorre, por exemplo, nos regimes português e alemão da agência, pode ocasionar a incidência de indenizações com valores muito vultosos, que extrapolam os objetivos da compensação que o instituto quer garantir. A um nível que, em extremo, seria até mais vantajoso ao distribuidor ou agente o encerramento do pacto. E essa não é a perspectiva de proteção que a indenização quis garantir.

A falta de um limite indenizatório esmaga, em margem, a liberdade de associação e a liberdade contratual da contraparte, que pode ser levada à continuar, forçosamente, uma relação que não mais deseja prosseguir, por conta do peso da indenização clientela que deverá pagar.

Afronta, outrossim, ao constitucional princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Não é razoável cogitar que uma relação longa, que tenha perdurado vários anos, potencialize, pela força, na fórmula do cálculo aritmético, do aspecto temporal, indenizações estratosféricas, por vezes impagáveis pelo fornecedor.

A ausência de um limite permite cogitar, no formato brasileiro, para uma relação de 35 anos, não raro encontrada no cotidiano das relações de distribuição, até em função dos altos custos de comutação e da dependência econômica que afeta a vida de tais pactos, uma indenização equivalente a quase 3 anos inteiros do faturamento do distribuidor, com o desconto do valor dos produtos, devidamente atualizados no tempo.

O valor é a tal ponto severo, na sua perspectiva potencial, que termina por motivar soluções jurisprudenciais alternativas ou, mesmo, fomentam a inaplicabilidade do instituto. É o que, alhures, foi abordado, no sentido de que tais situações podem fazer disparar, para o intérprete, preconceitos e opiniões pessoais no sentido de afastar, pelo impacto econômico, a aplicação do instituto, sem, contudo, aprofundar a análise dogmática de incidência do instituto ao caso em análise.

Mais ainda. A ausência de um limite, na margem, é capaz de desidratar a força e o valor da via da distribuição comercial como modelo útil e eficiente ao processo de escoamento de produção e desbravamento ou incremento de áreas comerciais para os produtos do fabricante. Pode por em risco a eficiência do tipo contratual da distribuição, favorecendo a tomada de decisão do fabricante em verticalizar a operação de distribuição, realizando investimentos e assumindo os riscos de fazê-lo dentro de sua estrutura interna.

Se se trata de compensar o distribuidor pelas comissões que deixará de auferir com a clientela que colaborou a angariar, a mesma não se presta para enriquecer, em demasiado, o distribuidor, a ponto do encerramento contratual lhe ser um bônus, e por-se, assim, em risco a estabilidade econômica do fabricante, que buscará, em algum lugar, meios e recursos para pagar vultosos montantes à contraparte com quem não mais deseja manter contratando, direito esse, lúdimo, seu.

Uma interpretação sistêmica do texto legal em menção, com os princípios da liberdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e, ainda dos princípios que envolvem o

direito dos contratos, principalmente o da boa-fé contratual e da solidariedade entre os contratantes, autorizam a aplicação de um limite, de um teto ao cálculo da indenização.

Some-se ainda que a falta de um limite pré-estabelecido para a fórmula do cálculo da indenização de clientela atenta contra o princípio da segurança jurídica, pela falta de qualquer previsibilidade, às partes contratantes, no que toca aos valores máximos referentes a esse instituto.

Nessa toada, e em conexão com o sugerido, alhures, para o aviso prévio, acreditamos que pode ser aplicado o limite de 1 (um) ano de remuneração do distribuidor, essa considerada, como dito acima, pelo método da dedução à margem bruta. Utiliza-se, assim, por entender bastante razoável, o modelo português, indicado pelo art. 34 do Decreto-Lei 178/86, de 3 de Julho.

Entendemos que o limite proposto é suficiente para atingir e fazer cumprir o mister da indenização de clientela, garantindo ao distribuidor uma compensação para impossibilidade de continuar explorando a clientela. Atende, outrossim, aos reclamos dos princípios da razoabilidade, liberdade e segurança jurídica acima mencionados.

6.9 Da conclusão. Resposta à problemática enfrentada

Conforme fartamente exposto ao longo do trabalho, compõe o tipo dos contratos de distribuição comercial o caráter relacional, e, assim, duradouro. São vínculos firmados para o futuro, uma vez que a consecução dos objetivos estimados pelas partes contratantes não se perfectibilizam de forma imediata.

Some-se a isso, consoante reiteradamente destacado, que o distribuidor é autônomo, assumindo as áleas do seu negócio e arcando com os investimentos que precisar realizar para cumprir com as suas obrigações. Muitos desses investimentos, inclusive, idiossincráticos, específicos da operação que desempenha ao fabricante, com baixo ou até nulo (*sunk costs*) poder de comutatividade.

Nesse tocante, o aviso prévio decorrente da denúncia, imotivada, objeto, no Código Civil Brasileiro, da normatização contida em seu art. 473, para os contratos em geral, não faz qualquer previsão de prazos mínimos. O artigo em trato inova ao positivizar a figura do prazo estabilizador, como decorrência da boa-fé e solidariedade contratual, garantindo, ao denunciado, para o início da fluência do aviso prévio, que se tenha decorrido prazo contratual suficiente a permitir a amortização dos investimentos que realizou.

O regime da agência, no mesmo Código Civil, por sua vez, embora não tenha indicado prazos mínimos proporcionais à idade dos vínculos contratuais, fez prever, no art. 720, a garantia de um aviso prévio de 90 (noventa) dias aos contratos firmados por prazo indeterminado.

Não há, como dito *nalgum* lugar, de ser cogitada a aplicação analógica do regime da agência, no que tange ao aviso prévio, para a distribuição comercial, por mais de um motivo.

Primeiro e fundamentalmente, porque há regramento previsto para o aviso prévio nos contratos brasileiros de distribuição comercial, qual seja o citado art. 473 do CC. E segundo, conforme doutrina de notáveis doutrinadores portugueses, entre os quais destaco Pinto Monteiro e Pestana Vasconcelos, porque as assimetrias fisiológicas entre ambos os tipos contratuais, da distribuição e da agência, afastam, nesse específico viés, a integração por analogia, a considerar, principalmente, o nível dos investimentos que o distribuidor realiza, se comparados aos sustentados pelo agente.

A falta de uma indicação de prazos mínimos vinculados à idade do vínculo acarreta, na vida prática dos contratos de distribuição, a eleição – na fase contratual, em que nem se imagina qual será a longevidade do pacto – de prazos estáticos, disformes, muitas vezes, do que faz carecer o contexto contratual em específico. Referido eventual descompasso entre negociação pré-contratual e a realidade histórica da relação patuada, é, sem dúvidas, um enorme incentivador do ativismo judicial. Os tribunais brasileiros são, a todo instante, mais e mais, chamados a tratar de definição casuística de aviso prévio de denúncia, em contratos de distribuição comercial.

Por tal razão, apresentamos uma proposta de prazos mínimos de aviso prévio, de acordo com a idade do vínculo. Pensamos que, a despeito da vigência contratual ter sido

extremamente curta, por vezes, de apenas um ou dois meses, o que se afigura pouco vulgar em contratos colaborativos, os custos de mobilização e, outrossim, a readequação das atividades do distribuidor exige um prazo mínimo de aviso prévio de 03 (três) meses. Para além disso, entendemos que até o 12º ano contratual, seria justo e adequado um aviso prévio de 1 mês para cada ano de contrato. Ou seja, a um contrato que vigeu 04 (quatro) anos, um aviso de 04 (quatro) meses seria razoável.⁸⁶²

Ousamos, contudo, na tese, ir além. A segurança jurídica e a liberdade associativa impõem a adoção de prazos máximos. Um contrato de 50 (cinquenta) anos não precisa, ao nosso humilde viso, para os estritos fins que se propõe o aviso prévio, de um prazo maior que um contrato que vigeu 12 (doze) anos. Aliás, prazos de pré-avisos extremamente longos são potencialmente capazes de afastar o denunciado do escopo do instituto.

Dessa forma defendemos que o prazo máximo de aviso prévio deve ser limitado a 12 (doze) meses, por entender que, a partir daí, o ciclo do desenlace é tão elástico que o distribuidor não terá como estruturar o desfazimento contratual e a reorganização de suas atividades, mas, noutro sentido, portar-se puramente como contratante, exigindo investimentos e riscos, o que não harmoniza, nesse sentido, com o propósito de aviso prévio.

Noutro aspecto, para a avaliação de eventual aplicação de Indenização de Clientela ao distribuidor comercial, antes, durante o percurso investigativo, foi preciso aprofundarmos na análise fisiológica do tipo contratual, ainda, no aspecto econômico envolvendo os custos de transação dentro de uma distribuição comercial.

Os contratos de distribuição, consoante exhaustivamente mencionados, têm seus olhos para o futuro. Encetam relações colaborativas e duradouras, em sua essência. Os vínculos relacionais que caracterizam os pactos de distribuição, especialmente diante dos investimentos, pouco comutáveis, que o distribuidor realiza, produzem, normalmente, relações de dependência econômica de uma parte, notadamente o revendedor, à outra.

Se, de fato, é possível verificar situações em que o distribuidor é um gigante econômico, maior que o próprio fabricante, a prática e a tônica das relações que se valem da estratégia da distribuição comercial, especialmente aquelas em que o modelo é mais

⁸⁶² Nesse aspecto, coadunando com a doutrina de Paula Forgioni.

desenvolvido e utilizado, apontam relações com alto nível de integração do fabricante junto ao distribuidor e com nítida dependência econômica deste em relação àquele. Se a dependência não nasce junto com o pacto, observa-se que, com o decurso contratual, ela se estabelece.

E tal assimetria entre os agentes contratuais pode, como de fato fartamente se verifica, descambar ao universo do abuso. A condição do fabricante, não necessariamente por seu poderio econômico, mas por sua posição contratual de protagonismo, já que sua contraparte é dependente da relação cujo comando possui, pode, na prática, autorizar relações contratuais muito verticais, com consequências observadas nos instrumentos contratuais firmados. É comum verificarmos renúncias antecipadas de direitos pelo contratante “débil”, prazos de aviso prévio ínfimos, bem como alterações lesivas no curso do ajuste.

Sabe-se, e assim concordamos, que a autonomia da vontade é colorário do direito dos contratos, peça fundamental para que, através da autoregulação, as partes definam os melhores termos para sua pactuação⁸⁶³, antecipando, muitas vezes, o trabalho e a produção legislativa. Mais ainda se em trato relações entre empresas, onde, é de presumir, há um maior nível de simetria entre os contraentes.

Todavia, tal qual todos os demais princípios, a autonomia de vontade não é ilimitada e irrestrita, sendo, para além da lei, comedida e relativizada por reclamos da justiça comutativa. A (neo)moderna concepção contratual impõe essa interação e o cotejamento entre a liberdade de contratar e a justiça contratual, autorizando intervenções estatais no sentido de garantir, concretamente, uma relação simétrica entre as partes do contrato e, assim, verdadeiramente, garantir a preservação da autonomia de vontades.

A distribuição comercial, isso posto, dada sua forte vertente de dependência, autoriza, ao nosso pensar, tal qual a agência, a tutela do distribuidor comercial quando do encerramento contratual. O fato do distribuidor possuir uma estrutura mais musculosa do que

⁸⁶³ No mesmo sentido, vide Raquel Guimarães, para quem: “(...) a autonomia de vontade apresenta uma especial força conformadora, afirmando-se no seu seio um princípio da liberdade contratual, legalmente positivado. É através da liberdade contratual, nas suas vertentes de liberdade de celebração e de liberdade de composição de conteúdo do contrato, que o indivíduo exerce com maior propriedade o seu poder de autodeterminação, compondo livremente os interesses em jogo, conformando-se e conformando as relações com os outros.” E, adiante, arremata: “A proteção da autonomia privada concretizada no princípio da liberdade contratual corresponde a um interesse fundamental que o sistema jurídico tutela, corresponde, portanto, a um princípio de ordem pública.”. GUIMARÃES, Maria Raquel – A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral de ordem pública, p. 414.

a do agente, não afasta, de per si, a necessidade de tutela, haja vista que essa se escora na dependência econômica, que, ao nosso sentir, é tão, ou até maior na distribuição comercial do que no regime da agência.

Tal qual a agência, o distribuidor atua no preciso intuito de promover os negócios do fabricante. Apenas, contudo, utilizam instrumentos distintos, já que, na distribuição, tal promoção ocorre através do processo de compra e venda. Mas, sem questionamentos, as funções econômicas de ambos os tipos contratuais estão diretamente relacionadas à conquista e ao incremento da clientela.

Pesem, pois, os pertinentes argumentos dos que defendem à impossibilidade de extensão, por analogia, da indenização de clientela do regime da agência à distribuição, entendemos, em tese, pela possibilidade de integração analógica do instituto⁸⁶⁴. O fim que subjaz à Indenização de Clientela, seja qual for seu verdadeiro fundamento – discussão essa sabidamente complexa – está presente, de igual modo, num contexto teórico, na distribuição comercial tal qual está na agência.

Essa atribuição não pode, contudo, defendemos, ser automática. São as circunstâncias do caso concreto que indicarão ser ou não o caso de incidência de indenização de clientela. É preciso ficar demonstrado que o distribuidor agiu, e assim obteve êxito, na função de angariação de clientela, desenvolvendo novos pontos de venda, incrementando produtos e números naqueles clientes que já eram da rede; se promovia visitas aos clientes, atuava na divulgação de novos produtos, enfim, se, no âmbito da distribuição, exercia as atividades do agente.

Insta, outrossim, verificar se o fabricante tinha acesso aos clientes do distribuidor. Embora na prática, o fabricante tenha irrestrito acesso, *on line*, às vendas dos distribuidores, essa condição, pensamos, é insuperável para a aplicação da Indenização de Clientela. Se, em

⁸⁶⁴ Na mesma linha, vide, entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2007 (Processo n.º 07B1958), in, www.dgsi.pt, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2007 (Processo n.º 07B3933), in, www.dgsi.pt, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015 (Processo n.º 2368/07.9TBVCD.P1.S1), in, www.dgsi.pt, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2018 (Processo n.º 1212/12.0TBSTS.P1.S1), in, www.dgsi.pt.

tese, é preciso que tal situação seja observada, na vigência contratual em concreto é praticamente impossível não observá-la.

No que toca aos valores e cálculo dessa indenização, quando cabíveis, é de ter em mente que, no Brasil, a norma paradigma é o art. 27, j, da Lei 4886/65, que atribui, ao agente comercial, “(...) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.”.

A aplicação analógica, por nossa conclusão, deve obedecer à mesma sistemática, no que toca ao mínimo de 1/12. Contudo, questão mais complexa é definir a base de cálculo sobre a qual a fração indicada incidirá, na medida em que o distribuidor não recebe comissão, mas uma margem sobre valor de compra, por ocasião da revenda.

Após algumas considerações sobre a questão, filiamo-nos ao modelo alemão que sugere verificar, através de “comissão ficta”, tendo como paradigma a comissão média recebida pelos agentes que operam mesmo mercado e região, ou, na sua falta, pelo método de redução à margem bruta, que propõe encontrar, dentro da margem do distribuidor, quanto equivale aos serviços eminentemente de agente.

Soluções envolvendo lucro ou margem total de venda não expressam – e ao nosso pensar, pesam contra a aplicação da analogia que ora se defende – a equidade contratual e, muito menos, o objetivo da Indenização de Clientela.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – **Da empresarialidade: as empresas no Direito**. Coimbra: Almedina, 1996

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de Abreu – **Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Almedina, 2006.

AGUIAR JÚNIOR., Ruy Rosado de – **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

ALBERTO, José Alberto – **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Editoria Malheiros, 2015

ALVES, Joana Neto – **A aplicação analógica da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial e de franquia (franchising): análise jurisprudencial**. Porto: [s. n.], 2010. Dissertação de Mestrado em Direito apresentado a Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ANTIQUEIRA, José Roberto Moraes; SAES, Maria Sylvia Macchione; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti – **Comportamento oportunista em negociações envolvendo investimentos**

específicos: um estudo com metodologia experimental. **Revista De Administração**. São Paulo. Vol. 42, nº 4 (2007), p. 393-404.

ANTUNES, José Engrácia – **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2017.

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder – **Prorrogação compulsório de contratos a prazo**. São Paulo: [s.n.], 2011. Tese de Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

AVELAR, Leticia Marques – **A cláusula de não indenizar: uma releitura do instituto à luz do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: [s.n.], 2011. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

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. Ano 93, Vol. 826 (2004), p. 119-136.

AZEVEDO, Carlos Leandro de Oliveira – **O contrato de concessão comercial a cessação e a indemnização de clientela**. Porto: [s.n.], 2012. Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

AZEVEDO, Paulo Furquim de – Economia dos Contratos. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) – **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. p. 112-136.

BALDI, Roberto – **Il diritto della distribuzione commerciale nell'Europa Comunitaria**. Milão: CEDAM, 1984.

BALDI, Roberto; VENEZIA, Alberto – **Il contratto di agenzia: la concessione di vendita. Il franchising**. Milano: Giuffrè. 2000.

BAPTISTA, Albino Miguel Mesquita Serra – **A resolução dos contratos no Direito Civil**. [Em linha]. Coimbra: [s.n.], 2011. Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre em Direito, com Especialização em Ciências Jurídico-Forenses à Fundação Bissaya Barreto. [Consult. 29 Dez. 2021]. Disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29058/1/Resolução%20do%20Contrato%20no%20Direito%20Civil.pdf>.

BARATA, Carlos Lacerda – **Anotações ao novo regime do contrato de agência**. Lisboa: Lex, 1994.

BARATA, Carlos Lacerda – **Sobre o contrato de agência**. Coimbra: Almedina, 1991.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charif – Resilição contratual e o artigo 473 do CC. **Revista do Advogado**. São Paulo, nº 116 (Jul. 2012), p. 98-104.

BERTI, Carlos – **Subcontrato, subfornitura e decentramento produtivo tra imprese**. Milano: Giuffrè, 2000.

BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONINI, Paulo Rogério – Extinção do contrato de distribuição: fundamentos da responsabilidade contratual. **Cadernos Jurídicos**. São Paulo. Ano 20, nº 50 (Jul.-Ago. 2019), p. 143-159.

BONINI, Paulo Rogério – Resilição contratual: relações civis-empresariais – interpretação do art. 473, parágrafo único, CC – consequências do exercício da resilição unilateral indenização x prolongamento do contrato. **Cadernos Jurídicos**. São Paulo. Ano 16, nº 39 (Jan-Mar 2015), p. 191-199.

BORGES, Ronaldo Souza – Da aplicabilidade da indenização de clientela no contrato de concessão comercial: a compensação do concessionário pela angariação de clientela. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Nº 975 (Jan. 2017).

BRITO, Maria Helena – **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Almedina, 1990.

BULGARELLI, Waldirio – **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1979.

CÂMARA, Alexandre Freitas – **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAORSI, Juan J. Benítez – **Solidariedad contractual: noción posmoderna del contrato**. Ciudad de México: Editorial Ubijus, 2013.

CARVALHO FILHO, Carlos Augusto de – **O adimplemento substancial na execução do contrato**. São Paulo: [s.n.], 2019. Tese de Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CARVALHO, Orlando de – **Critério e estrutura do estabelecimento comercial: o problema da empresa como objeto de negócios**. Coimbra: Editora Coimbra, 1967.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade – **Teoria geral dos direitos fundamentais**. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. [Consult. 29 Dez. 2021]. Disponível em https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

COASE, Ronald H. – **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COASE, Ronald H. – The problem of social cost. **The Journal of Law Economics**. Chicago. Vol. III (Oct. 1960), p. 16.

COELHO, Fabio Ulhoa – Curso de direito comercial. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 3.

COLANGELO, Giuseppe – **L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - **Jornada de Direito Civil**, 1, Brasília, 2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - **Jornada de Direito Comercial**, 1, Brasília, 2013.

CORDEIRO, Antônio Menezes – **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1953.

CORDEIRO, Antônio Menezes – **Do contrato de concessão comercial**. Revista - Ordem dos Advogados. Lisboa. Ano 60, vol II (Abr. 2000), p. 597.

CORDEIRO, Antônio Menezes – **Manual de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2001. Vol. 1.

COSTA, Mariana Fontes de – **Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos contrastos bilateralmente comerciais**. Porto: Almedina, 2017.

COSTA, Mario Júlio de Almeida – **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2004.

CUNHA, Carolina – **A indenização de clientela do agente comercial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CUNHA, Carolina – O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais. In CAMPOS, Diogo Leite de; KLUWER, Wolters (Org.) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Vol. I.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo – **A proteção contra as cláusulas abusivas no Código Civil**. São Paulo: Atlas. 2007.

DAVID, Mariana Soares – A aplicação analógica do regime jurídico da cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial: tradição ou verdadeira analogia? **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 71, vol III (Jul-Set 2011).

DIETRICH, William Galle – Indenização antecipada do representante e a fidelidade canina às leis. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. (Mar. 2019). [Consult. 28 dez. 2021]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-23/diario-classe-indenizacao-antecipada-representante-fidelidade-canina-leis>.

DINIZ, Davi Monteiro – **Da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2013.

DRAGO, Bruno de Luca – **Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes**. São Paulo: [s.n.], 2015. Tese de Doutorado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

DUARTE, Rui Pinto – A denunciabilidade das obrigações contratuais duradouras propter rem. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70, vol. I/IV (2010).

DUARTE, Rui Pinto – A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização por clientela ao contrato de concessão comercial: algumas observações. **Revista Themis**. Fortaleza. Vol. 3, Nº 1 (2001), p. 315-321.

DUARTE, Rui Pinto – **Tipicidade e atipicidade dos contratos**. Coimbra: Almedina, 2000.

DUQUE, Monica – **Da indemnização de clientela no contrato de agência**. Coimbra: [s.n.], 1997. Dissertação de Mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

DUTRA, Silvio – Contrato de distribuição: questões práticas e polêmicas. [Em linha]. **Revista Jus Navigandi**. Teresina. Ano 17, nº 3203 (Abr. 2012). [Consult. 15 mai. 2018]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21448>.

FABIANI, Igor Longo – **Dependência econômica no contrato de agência: a proteção do agente na rescisão unilateral pelo proponente**. São Paulo: [s.n.], 2018. Dissertação de Mestrado apresentada para obtenção de título de mestre perante a Universidade de São Paulo.

FARIA, Ana Cristina de [et al.] – Ensaio sobre a Teoria dos Custos de Transação (TCT): foco na Mensuração. In **Congresso Brasileiro de Custos**, 21, Natal, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 2.^a ed. Salvador. Editora JusPODIVM. 2012.

HENRIQUES, Paulo – **A desvinculação unilateral *ad nutum* nos contratos civis de sociedade e de mandato**. Coimbra: 2001, pp. 234 e 217

RIBEIRO, Maria de Fátima – O contrato de franquia (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**. Lisboa. Vol. XIX, tomo I (2005), p. 77-127.

SALOMÃO FILHO, Calixto – **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORGIONI, Paula Andrea – A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. Nº 130 (2003).

FORGIONI, Paula Andrea – **Contrato de distribuição**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014.

FORGIONI, Paula Andrea – **Os fundamentos do antitruste**. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FORGIONI, Paula Andrea – **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 3.^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

FORGIONI, Paula Andrea – Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo. Vol. 45 (2015).

FRADA, Manuel Carneiro da – Autonomia privada e Justiça Contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil. In SEQUEIRA, Elsa Vaz de; OLIVEIRA E SÁ, Fernando (Coord.) – **Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 239-254.

FURTADO, Gabriel Rocha – **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rofolfo – **Novo curso de direito civil: volume IV: contratos: tomo 1: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALGANO, Francesco – **Il negozio giuridico. Trattato di Dirrito Civile e Comerciale**. Sec. ed. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2002.

GARBI, Carlos Alberto – Il Terzo Contratto: surge uma nova categoria de contratos empresariais? [Em linha]. **Consultor Jurídico**. São Paulo. (30 jul. 2018). [Consult. 24 dez. 2021]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/direito-civil-atual-il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais>.

GIBRAN, Sandro Mansur; SIQUINEL, Roberto – Os efeitos do contrato de distribuição ao consumidor e a atuação do free rider como elemento de redução do preço final dos bens de consumo. [Em linha]. **Administração de Empresas em Revista**. Curitiba. Vol. 17, nº 18 (2017), p. 83-99. [Consult. 25 dez. 2021]. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2210>

GODINHO, Adriano Marteleto – **A lesão no novo Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de – **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando – **Contratos**. 27.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson – **Curso de Direito do Trabalho**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Priscila Brolio – **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. São Paulo: [s.n.], 2008. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GONZAGA, Miller José Vargas – A influência da racionalidade limitada e do oportunismo em um jogo de empresas. **Revista LAGOS – UFF**. Volta Redonda. Vol. 6, nº1 (Jan/Jun 2015).

GRANZOTI, Fernando de Miranda – **O abuso do estado de dependência econômica nos contratos de distribuição**. Curitiba: [s.n.], 2005. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

GUIMARÃES, Maria Raquel – A conformação da liberdade contratual pela cláusula geral de ordem pública. In PARRA LUCÁN, María Angeles; GASPARELLO, Silvia (coord.).

Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar. Congresso Internaccional Limites a la autonomia de la voluntad, 1, Zaragoza, 2016

GUIMARÃES, Maria Raquel de Almeida Graça Silva – **O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini – Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo: em caso de descumprimento contratual. In **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2016.

HAICAL, Gustavo – Apontamentos sobre o direito formativo extintivo da denúncia do contrato de agencia. In MARTINS-COSTA, Judith – **Modelos de direito privado.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis – Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil. In **Éstudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría.** Madrid: Civitas, 1978.

NERY JÚNIOR, Nelson [et al.] – **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de – **Comentários ao novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 4, tomo 2.

KONDER, Carlos Nelson – **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **A indenização de clientela no contrato de agência**. Lisboa: Almedina, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier – A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo. Vol. 3, nº 7 (Abr./Jun. 2016), p. 95-117.

LEMOS, Rafael Cavalcanti – Vedação do enriquecimento sem causa como fundamento, no direito brasileiro contemporâneo, da indenização de clientela ao agente não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado. **Revista Do Instituto Do Direito Brasileiro**. São Paulo. Ano 2, nº 6 (2013), p. 5109-5179.

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 de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. Vol. 127 (2002).

FRANÇA, R. Limongi – **Instituições de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LISBOA, Roberto Senise – Princípios gerais dos contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 745 (1997).

LÔBO, Paulo Luiz Neto – **Condições gerais dos contratos e cláusula abusivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

LOPES, Teresa Ancona – Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACÁRIO Mariza – **A teoria dos custos de transação e neo-institucionalismo**. [Em linha]. (03 jun. 2011). [Consult. 15 dez. 2021]. Disponível em: <https://prezi.com/xap0phctyc8m/teoria-dos-custos-de-transacao/>.

MACHADO, João Baptista – Denúncia-modificação de um contrato de agência: anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de abril de 1986. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra. Ano 120, nº 3759 (1987-1988), p. 186.

MAMEDE, Gladston – **Direito empresarial brasileiro: teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010. Vol. 5.

MARQUEZINI, Fernando – **Contribuição ao estudo dos riscos contratuais e de sua distribuição, no direito privado**. São Paulo: [s.n.], 2003. Tese de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARTINEZ, Pedro Romano – **Da cessação do contrato**. Coimbra, Almedina, 2005.

MARTINEZ SANZ, Fernando – **La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión**. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 1998.

MARTINS, Ives Gandra – **Inteligência da Lei n. 6729/79 (Lei Ferrari) quando há convenção da categoria, mas não há convenção de marca.** [Em linha]. [Consult. 19 dez. 2021]. Disponível em <https://gandramartins.adv.br/parecer/inteligencia-da-lei-no-6729-79-lei-ferrari-quando-ha-convencao-da-categoria-mas-nao-ha-convencao-de-marca/>

MARZORATI, Osvaldo J. – **Sistemas de distribución comercial.** Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAUGERI, Maria Rosaria – **Abuso di dipendenza economica e autonomia privata.** Milano: Giuffré Editore, 2003.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto – 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.** São Paulo. Vol. 825, ano 93 (jul. 2004), p. 35-74.

MELO, Claudineu de – **Contrato de distribuição.** São Paulo: Saraiva, 1987.

MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo – Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. **Revista de Economia Política.** São Paulo. Vol. 36, nº 3 (144) (jul.-set. 2016), p. 622-645.

MÉNARD, Claude [et al.] – **Economia das organizações: formas plúrimas e desafios.** São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Maria Bernardete – Distinção entre o contrato de agência e de distribuição. [Em linha]. **Estado de Direito!: informação formando opinião**. Porto Alegre. (24 out. 2017). [Consult. 19 dez. 2021]. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/distincao-entre-o-contrato-de-agencia-e-de-distribuicao/>.

MONTEIRO, Antonio Pinto – **Contrato de agência**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MONTEIRO, Antonio Pinto – **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO, Antonio Pinto - De novo os requisitos legais da indemnização de clientela do distribuidor comercial. Anotação ao AUJ do STJ n.º 6/2019, na Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 149, n.º 4019, pág. 158-170.

MONTEIRO, Antonio Pinto – **Denúncia de um contrato de concessão comercial**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MONTEIRO, António Pinto – Estudos Eduardo Correia III. **Revista de Legislação e Jurisprudência**. Ano 144, n.º 71 (1995), p. 368-370.

MONTEIRO, Washington de Barros – **Curso de Direito Civil**. 35.^a ed. São Paulo, 2007. Vol.05.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj – **Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição**. São Paulo: [s.n.], 2007. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de São Paulo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro – **Curso de direito do trabalho**. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula – **O direito fundamental à autodeterminação informativa**. [Em linha]. [Consult. 19 dez. 2021]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>.

NEGREIROS, Teresa – **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.^a ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NEVES, Castanheira – **Lições de introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Editora Copiograf, 1968-1969.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Elsa Raquel Amorim – **Compatibilidade dos contratos de concessão com as regras de defesa da concorrência**. Dissertação de Mestrado publicada na Universidade do Minho. Minho. 2015.

NORONHA, Fernando – **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLAVO, Carlos – O contrato de franchising. In COELHO, Fábio Ulhoa – **Novas perspectivas do Direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PAES, Pedro – **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.

PAOLA, Leonardo Sperb – **Contratos de distribuição: vida e morte da relação contratual**. Curitiba: [s.n.], 2001. Tese de Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

PARDOLESI, Roberto – **I Contratti di Distribuzione**. Napoli: Editore Jovene Napoli, 1979.

PARDOLESI, Roberto – **Una postilla sul Terzo Contratto**, [Em linha]. [Consult. 20 dez. 2021]. Disponível em <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>.

PARENTE, André Rodrigues – **O contrato de Agência Brasileiro e a indenização de clientela: uma análise crítica, reflexiva e comparativa com o sistema português**. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2018.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.

PEIXOTO, Eduardo Collet e Silva – **Lesão e revisão judicial do contrato**. São Paulo: [s.n.], 2009. Tese de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias – Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: vol. II: boletim de ciências econômicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de direito civil: contratos**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de Direito Civil**. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Vol. III.

PERES, Tatiana Bonatti – Função social do contrato. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. Vol. 40 (Out. 2009), p. 288.

PERLINGIERI, Peiri – **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. 3.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1990.

PINTO, Carlos Eduardo Ferraz – **O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia (*Franchising*) em Angola**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PINTO, Fernando A. Ferreira – **Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cassação do vínculo**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

PINTO, Fernando A. Ferreira – Resolução dos contratos duradouros. In SEQUEIRA, Elsa Vaz de; OLIVEIRA E SÁ, Fernando (coord.). **Comemorativa do cinquentenário do Código Civil**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 463-480.

PINTO, Paulo Mota – Despesas desaproveitadas e dano. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: vol. I: responsabilidade entre o passado e o futuro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de direito privado, t. III, p. 55. In FORGIONI, Paula A. – **Contrato de distribuição**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2014.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno – **Curso de análise econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTUGAL – **Código Civil**. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018.

PROENÇA, José Carlos Brandão – **A resolução do contrato no Código Civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

REALE, Miguel – Estrutura normativa da Lei 6729 sobre concessões comerciais entre produtores e distribuidores de veículos automotores terrestres. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo. Vol. 91 (1996).

REQUIÃO, Rubens – **Do representante comercial: comentários à n. Lei 4886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Rubens – O contrato de concessão de venda com exclusividade: concessão comercial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. (1972), p. 245.

RESCIGNO, Pietro; GABRIELLI, Enrico – **I contratti nella concorrenza: trattato dei contratti: a cura di Antonio Catricalà e Enrico Gabrielli**. Torino: UTED. 2011.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – **Direito dos contrato: estudos**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997

RIBEIRO, Maria de Fátima – O contrato de franquia (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**. Lisboa. Vol. XIX, tomo I (2005).

Rizzardo, Arnaldo – **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz – **Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

RODRIGUES, Silvio – **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 3.

ROMERO, Anna Paula Behrnes – As restrições verticais e a análise econômica do direito. **Revista Direito GV**. São Paulo. Vol.2, nº 1 (Jan.-Jun. 2006), p. 11-36.

ROPPO, Enzo – **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo – **Il contratto**. Milano: Giuffré, 2003.

ROQUE, Sebastião José – **Do representante comercial autônomo**. São Paulo: Ícone Editora, 2021. (Coleção Elementos de Direito).

ROSENVALD, Nelson – **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 2.^a ed.. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

SAAD, Ricardo Nacim – **Representação comercial**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto – Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais. In BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coord.) – **Representação comercial e distribuição: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião**. São Paulo: Saraiva, 2006., p.455/456.

SANTOLIM, Cesar – A proteção dos investimentos específicos na rescisão unilateral do contrato e o risco moral : uma análise do artigo 473,parágrafo único, do Código Civil. **Revista Síntese: direito empresarial**. Brasília. Nº 35 (Nov./Dez. 2013), p. 9-13.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos – O contrato de franquia e a indenização de clientela no Brasil e em Portugal. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**. Ijuí. Ano XXIV, nº 43 (Jan.-Jun. 2015), p. 98-110.

SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro de – A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas. [Em linha]. **Revista Iniciativa Econômica**. 2015. [Consult. 20 dez. 2021]. Disponível em periodicos.fclar.unesp.br. <https://periodicos.fclar.unesp.br/iniciativa/article/download/7301/5563>.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz – **Contrato de distribuição e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais. 2011.

SCHREIBER, Anderson – **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHERIBER, Anderson – **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Rodrigo da Guia – Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. Vol. 98 (Mar./Abr. 2019), p. 255- 303.

STEINER, Renata Carlos – **Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro**. São Paulo: [s.n.], 2016. Tese de doutorado mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

STJAN, Raquel – A incompletude do contrato de sociedade. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo. Nº 131.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.555.202, de 16 de março de 2017**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. [Em linha]. [Consult. 25 dez. 2021]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450542539/recurso-especial-resp-1555202-sp-2014-0345696-6/inteiro-teor-450542547>.

TADDEI, Marcelo Gazzzi – Contrato de representação comercial ou agência: análise das questões controvertidas no âmbito da doutrina e da jurisprudência. [Em linha]. **Jus.com.br**. [s. l.]. (Jun. 2010). Disponível em in <https://jus.com.br/artigos/15059/contrato-de-representacao-comercial-ou-agencia>.

TEPEDINO, Gustavo – **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Vol. X.

TEPEDINO, Gustavo – **Notas sobre a função social dos contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. (Temas de Direito Civil, tomo III).

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Helena Bodin de – **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 90, nº 790 (Ago. 2001), p. 11–44.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo – A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 42, nº 168 (Out.-Dez. 2005).

TRIBUNAL de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Agravo de Instrumento n. ° 2134534-17.2018.8.26.0000, julgado em 29 de agosto de 2018**. Relator Des. Fábio Tabosa.

TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Sul TJ - RS - **Apelação Cível n. 70073432734, julgado em 12 de julho de 2017**. Relator Des. Liége Puricelli Pires. [Em linha]. [Consult. 25 Dez. 2021]. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/477508767/apelacao-civil-ac-70073432734-rs/inteiro-teor-477508777>.

TRIBUNAL Regional do Trabalho Brasileiro da 3ª Região - **Acórdão da 1ª Turma do TRT brasileiro da 3ª região, no Recurso Ordinário RO 0000889-58.2014.5.03.0129, julgado em 23 de setembro de 2015**. Relator. Des. Luiz Otavio Linhares Renault. [Em linha]. [Consult. 25 dez. 2021]. Disponível em <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/235289539/recurso-ordinario-trabalhista-ro-889201412903002-0000889-5820145030129/inteiro-teor-235289569>

TUCCI, Rogério Lauria Marçal – **Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração**. São Paulo: [s.n.], 2015. Dissertação de Mestrado não publicada para obtenção de título de mestre perante a USP.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – **O contrato de franquia (Franchising)**. Porto: Almedina, 2010.

VASCONCELOS, P. Pais – **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VELOSO, S. M.; CATEB, A. B. – **Hold Up: lesão contratual por preemente necessidade**. [Em linha]. [Consult. 21 dez. 2021]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0d9b8cdc92c7e4c>.

VELOSO, Sílvia Mechelany; CATEB, Alexandre Bueno – Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (efficient breach). **Revista da AMDE**. [S.l.]. Vol. 10 (Dez. 2013), p. 18-44.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIÉGAS, Francisco de Assis – **Denúncia contratual e dever de pré-aviso**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VIEIRA, José Alberto. **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

VIRASSAMY, Georges J. – **Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique.** Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1986.

WALD, Arnold – **Obrigações e contratos.** 10.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

YAMASHITA, Hugo Turbone – A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais. São Paulo: [s.n.], 2014. Tese de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ZANETTI, Cristiano de Sousa – **Responsabilidade pela ruptura de negociações.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.