

VIVIANE RIBEIRO GAGO

**ANÁLISE DOS CONTRATOS DE AGÊNCIA OU REPRESENTAÇÃO
COMERCIAL E DE DISTRIBUIÇÃO OU REVENDA EM FACE DAS
DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL, LEI N. 10.406 DE 10/1/02**

Dissertação de Mestrado entregue à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais – Subárea: Direito Civil, do Programa de Pós-graduação em Direito, sob orientação da Professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery.

São Paulo

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Dedico este trabalho ao meu marido, Obregon, meu amor e pessoa que muito admiro pelo maravilhoso ser humano que é e por tanto ter contribuído e me auxiliado para a conclusão do Curso de Mestrado. Aos meus pais, Telma e Ariomar, e aos meus irmãos, Eliane e Francisco, que sempre me apoiaram em todos os momentos da minha vida. A Walquiria Nakano, Cristiane Matsumoto e Eduardo Reale, grandes amigos, e aos colegas de profissão, Doutores Fernando Figueiredo, José Antonio Krigner, André Gustavo de Oliveira, Marcelo Perracini, Karin Kempkes, Aline Cavalheire, Giselda Menten e Cíntia Garcia que também muito contribuíram para a realização do meu sonho de cursar e concluir o Curso de Mestrado. Ao amigo Cláudio Manoel Alves, que me incentivou a percorrer o fantástico caminho do magistério. Ao Doutor Renan Lotufo, pela valorosa colaboração no sentido de suscitar idéias e discussões, que propiciaram importante reflexão sobre o tema. Por fim, um agradecimento especial à Doutora Rosa Maria de Andrade Nery, por tanto ter contribuído e orientado o presente estudo, agregando substancial valor ao presente trabalho.

“Dar um tiro em alguém seria como dar um tiro no próprio pé. Acredito na essencial unidade do homem, e, portanto na unidade de tudo o que vive. Por conseguinte, se um homem progredir espiritualmente, o mundo inteiro progride com ele, e se um homem cai, o mundo inteiro cai em igual medida”

(Gandhi)

RESUMO

O presente trabalho trata da análise dos contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda em face das disposições do Código Civil, Lei n. 10.406, de 10/1/02. Inclui aspectos relacionados ao direito contratual, à atividade empresarial, à circulação de riquezas, no âmbito econômico, envolvendo os tipos contratuais ora referidos. Há uma breve pesquisa do assunto à luz da legislação de outros países. Seguem-se, também, comentários sobre os conceitos desses contratos. A competência judiciária e a jurisprudência acerca da matéria também serão objetos de análise no presente estudo.

ABSTRACT

This dissertation considers the analysis of agency or commercial representation agreements and distribution or resale agreements under the provisions of the Civil Code, Law nr. 10.406, of 10th Jan, 2002. It includes aspects related to contractual rights, business activities, circulation of riches, economic scope, involving all contractual types above-mentioned. There is a brief research on the subject regarding legislation of other countries. In addition, there are comments on the concepts of these agreements. Judiciary jurisdiction and jurisprudence on the matter are also object of analysis of this study.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	1
1.1. Motivos da Escolha.....	1
1.2. Importância do Tema.....	2
1.3. Delimitação do Tema a Ser Analisado	5
II. DIREITO CONTRATUAL	7
2.1. O Direito Privado e a Constituição	7
2.2. Comentários do Fenômeno Contratual e sua Evolução Histórica	8
III. MOVIMENTAÇÃO DE RIQUEZAS PELA ATIVIDADE EMPRESARIAL E PELOS CONTRATOS.....	30
3.1. Conceito de Empresa	31
3.2. Negócio Jurídico, Negócio Empresarial e Negócio Civil	36
3.3. Função Econômica do Contrato	43
IV. NOTAS DE DIREITO COMPARADO	49
V. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS DE AGÊNCIA OU REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E DE DISTRIBUIÇÃO OU REVENDA	70
5.1. Representação	73
5.2. Contrato de Representação Comercial	87
5.2.1. Da Agência, Nova Terminologia de Representação Comercial, Utilizada no Novo Código Civil	92
5.2.2. Art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.....	98
5.2.3. O Código Civil em face do Contrato de Agência ou Representação Comercial.....	104
5.2.4. Diferenças entre o Contrato de Agência ou Representação Comercial e os Contratos de Comissão, Mandato e Corretagem.....	117
5.2.5. Algumas Abordagens sobre o Tratamento Tributário do Contrato de Agência ou Representação Comercial	120
5.2.5.1 Base de Cálculo para Comissões	120
5.2.5.2. Pagamento de Indenização ao Representante Comercial ou Agente.....	123
5.2.5.3. A Agência ou Representação Comercial e o Estabelecimento Permanente na Legislação do Imposto de Renda	125
5.3. Contrato de Distribuição ou Revenda (Concessão Comercial <i>Lato Sensu</i>).....	130
5.3.1. Breves Comentários sobre a Lei Ferrari (Contrato de Concessão Comercial <i>Stricto Sensu</i>)	137
5.3.2. O Código Civil em Face do Contrato de Distribuição ou Revenda	141
5.3.3. Diferença entre o Contrato de Distribuição ou Revenda e o Contrato de Fornecimento.....	147
VI. COMPETÊNCIA E LEGISLAÇÃO	150
6.1. Competência para Apreciar Questões Relativas aos Contratos de Agência ou Representação Comercial e de Distribuição ou Revenda: Justiça Comum ou Justiça do Trabalho?	150
6.2. O Direito Internacional Aplicado ao Contrato de Agência ou Representação Comercial e de Distribuição ou Revenda.....	153
VII. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE JULGADOS	157
7.1. Competência para Exame de Questões Envolvendo a Agência ou Representação Comercial	157
7.2. A necessária Interpretação Restritiva da Lei Ferrari	158
7.3. Caracterização do Contrato de Distribuição ou Revenda antes da Vigência do Novo Código Civil	160
CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
BIBLIOGRAFIA.....	168

I. INTRODUÇÃO

1.1. Motivos da Escolha

Este trabalho objetiva abordar os vários posicionamentos teóricos sobre contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda, em face das disposições do código civil, tendo em vista as substanciais divergências entre os doutrinadores a respeito do assunto. Objetiva, também, transmitir nosso entendimento acerca da matéria, de modo a trazer idéias que permitirão refletir sobre esse tema, que necessita ser mais bem avaliado para, conseqüentemente, ser mais bem aplicado no dia-a-dia da prática judiciária.

As divergências entre os doutrinadores ao abordarem o assunto propiciam grande material para elaboração de pesquisa, visando a maior uniformidade e coerência na interpretação dos dispositivos da Lei. Ademais, verificar-se-á que, analisando os dispositivos legais em si, uma redação mais bem elaborada e com maior precisão técnica poderia auxiliar mais eficazmente os aplicadores do direito na interpretação da matéria que envolve os Contratos de Representação Comercial ou Agência e Distribuição ou Revenda. Em relação a este último, quando falamos do gênero, ou seja, contratos de distribuição ou revenda de produtos que não veículos automotores, também podem ser denominados de concessão comercial *lato sensu*, e quando falamos da espécie de distribuição ou revenda contida na Lei Ferrari, usaremos a denominação concessão comercial *stricto sensu*.

No presente trabalho, analisar-se-á o fato de que Código Civil de 2002,, diferentemente do que dispunha o Código Civil de 1916, tem uma concepção semi-aberta de sistema jurídico, segundo a qual os aplicadores do direito deverão ater-se não só à lei, mas também aos princípios, aos valores baseados na socialidade, na eticidade, na boa-fé.

O presente trabalho está diretamente relacionado aos aspectos econômicos relativos à circulação de riquezas, conforme comentar-se-á a seguir mais detidamente.

Verificar-se-á que, desde o final do século XIX, a liberdade de contratar, ou seja, a autonomia privada, vem sofrendo limitações, de maneira a reduzirem-se os efeitos do denominado princípio do *pacta sunt servanda*.

Em muitas situações, em face de determinados negócios jurídicos, discute-se muito sobre a tipicidade ou atipicidade¹ de determinada figura jurídica, que ganhou “vida” de acordo com a autonomia privada dos contratantes. É também nesse contexto que examinaremos a matéria aqui proposta.

1.2. Importância do Tema

O presente trabalho pretende precisar aspectos fáticos e jurídicos dos contratos de *agência ou representação comercial* e de *distribuição ou revenda (concessão comercial)*, de modo a permitir sua melhor compreensão prática, e a contribuir com os aplicadores do direito em seu dia-a-dia, quando da utilização dos referidos tipos contratuais.

Verificar-se-ão substanciais divergências quanto aos posicionamentos dos doutrinadores a respeito do tema, alguns deles defendendo que contratos de *Agência* e de *Representação Comercial* trata-se da mesma figura legal. Defendem essa posição, da qual compartilhamos, Maria Helena Diniz², Fran Martins³, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁴, Orlando Gomes⁵, Ari

¹ Artigo 425 do Código Civil: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

² Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Vol. 3, ed. Saraiva. 2002 4ª ed., São Paulo, p. 473.

³ Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, ed. Universitária, 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 327.

⁴ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, 3ª ed., 2005, ed. Revista dos Tribunais, p. 486.

⁵ Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 7ªed. 1979, p. 447.

Possidonio Beltran⁶, Carlos Alberto Bittar⁷, Waldirio Bulgarelli⁸, dentre outros. Há também os que defendem exatamente o contrário, ou seja, que *Agência e Representação Comercial* trata-se de institutos diferentes, sendo a *Agência* um instituto mais “leve”, menos vinculativo e menos oneroso que a *Representação Comercial*, trazendo, dessa maneira, menos reflexos jurídicos para os contratantes, inclusive por não existir a *representação* nesse tipo contratual. São eles: Pontes de Miranda⁹, Rubens Requião¹⁰, João Augusto da Palma¹¹, Fábio Ulhoa¹², dentre outros. Há ainda autores, a exemplo de Ricardo Nacim Saad¹³, que dispõem serem *Agência e Representação Comercial* institutos diferentes, mas que funcionam de maneira alinhada entre si, e que o Código Civil regula tão-somente o contrato de *Agência*.

Nesse contexto, e mais especificamente sobre a *distribuição ou revenda*, alguns autores oferecem diferentes interpretações para o referido contrato. Fábio Ulhoa¹⁴, por exemplo, entende interessante diferenciar a terminologia “distribuição-intermediação”, para explicar que são contratos “em que a compra e venda de mercadorias entre os contratantes é um ingrediente necessário”, e “distribuição-aproximação”, para explicar tratar-se de um contrato que visa apenas a um “agenciamento de propostas”.

⁶ Ari Possidonio Beltran, texto extraído da *Revista do Advogado* nº 70, julho/2003, p. 11.

⁷ Carlos Alberto Bittar, *Contratos Comerciais*, p.71.

⁸ Waldirio Bulgarelli, *Contratos e Títulos Empresariais*, p.45.

⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, parte especial. Rio de Janeiro. Borsoi, 1963, p. 24.

¹⁰ Rubens Requião, *Da Representação Comercial*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994. p. 48 e 49).

¹¹ João Augusto da Palma, *Novo Código Civil e Comercial Anotado e Comparado*, São Paulo, LTr, ed. 2002, p. 244.

¹² Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 3ª ed., São Paulo, Savaiva, 2002, p. 114.

¹³ Ricardo Nacim Saad, *Representação Comercial*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 4: “O Código Civil de 2002 apenas regula o contrato de agência”.

¹⁴ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 3ª ed., São Paulo, Savaiva, 2002, p. 116.

Cândida Ribeiro Caffé¹⁵, por sua vez, leciona que concessão comercial (distribuição ou revenda) continua sendo um contrato atípico, exceto a concessão de venda de veículo (Lei Ferrari, Lei n. 6.729/79). Paula Forgioni também defende essa posição¹⁶. Para Ari Possidonio Beltran¹⁷, o Código Civil tipificou o Contrato de Distribuição que já era praticado, posição com a qual concordamos, conforme será mais bem explicado adiante. Maria Helena Diniz¹⁸ defende que “a Distribuição é espécie de Contrato de Agência, mas dele se distingue, visto que na Distribuição o fabricante vende o produto ao distribuidor, para posterior revenda, e na Agência o fabricante vende o produto diretamente ao consumidor, por meio da intermediação do agente”. Para Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁹, a “Agência ou Representação Comercial transforma-se em Distribuição quando o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada (Bulgarelli)”.

Assim, tendo em vista a grande aplicação prática do assunto na vida profissional dos aplicadores do direito em relação aos seus clientes, sejam eles nacionais ou estrangeiros – que cada vez mais precisam suportar suas transações comerciais em contratos dessa natureza –, e estejam esses clientes sediados em países com direito consuetudinário ou em países com direito civil tipificado, como é o caso do Brasil, o presente trabalho, reiterar-se, pretende examinar os vários aspectos fáticos e jurídicos que envolvem os contratos de *representação comercial ou agência* e de *distribuição ou revenda*, a fim de servir de apoio à pesquisa desses profissionais quando da consecução de trabalhos relativos ao tema. Porém, mais do que tudo, é uma provocação para que outros, melhores conhecedores da lei, procurem analisar o tema e oferecer soluções para que os meandros da prática judiciária sejam mais bem

¹⁵ Cândida Ribeiro Caffé. *Boletim Informativo Dannemann Siemsen*, junho/2005.

¹⁶ Paula Forgioni. *Contrato de Distribuição*, p. 55.

¹⁷ Ari Possidonio Beltran, texto extraído da *Revista do Advogado* n. 70, julho/2003, p. 16.

¹⁸ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 3, ed. Saraiva, 2002 4ª ed., São Paulo, p. 452.

¹⁹ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Comentado*, 3ª ed., 2005, ed. Revista dos Tribunais, p. 486.

conhecidos e compreendidos, de maneira a buscar-se a tão ansiada justiça, bem como o equilíbrio jurídico dos contratantes!

1.3. Delimitação do Tema a Ser Analisado

Preliminarmente, serão analisados alguns aspectos relacionados ao direito contratual, tais como a influência dos preceitos constitucionais no direito privado, comentários do fenômeno contratual e sua evolução histórica, incluindo algumas questões sobre autonomia privada, boa-fé objetiva e subjetiva e função social do contrato.

Em seguida, serão analisados aspectos relativos à atividade empresarial, englobando o que seja o conceito de empresa diante do Código Civil Brasileiro, bem como os negócios empresarial, civil e o jurídico propriamente dito, além de questões relativas à função econômica do contrato. Todo este capítulo está diretamente relacionado ao aspecto relativo à circulação de riquezas, no âmbito econômico, envolvendo os tipos contratuais ora examinados.

Será feita breve pesquisa do assunto à luz da legislação de outros países, ou seja, dentro da seara do direito comparado, no sentido de conhecer como a matéria é abordada em determinados países.

Seguem-se, também, comentários sobre os conceitos de contratos de *agência* ou *representação comercial* e *distribuição* ou *revenda*, uma análise do que seja a *representação*, aspecto fundamental para o entendimento da matéria objeto do presente estudo, e um comparativo entre os referidos tipos contratuais e as disposições do Código Civil e as leis especiais, a exemplo das Leis de Representação Comercial, quais sejam, a Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92, e a Lei n. 6.729/79, alterada pela Lei n. 8.132/90, esta última denominada Lei Ferrari. Também serão examinadas algumas diferenças entre o contrato de *representação comercial* ou *agência* e os contratos de comissão, corretagem e mandato, bem como entre o contrato de *distribuição* ou *revenda* e o contrato de fornecimento.

A competência judiciária e a jurisprudência acerca da matéria também serão objetos de análise no presente estudo.

Por fim, serão feitas as considerações finais sobre o estudo realizado, visando a esclarecer eventuais dúvidas, clarificar alguns conceitos e, assim, contribuir para eventuais pesquisas dos aplicadores do direito, objetivando facilitar a aplicação prática dos institutos aqui examinados.

No presente trabalho, agente e representante comercial são sinônimos; do mesmo modo, proponente, representado ou agenciado são também sinônimos. Chamaremos indistintamente fabricante e fornecedor aquele que vende o produto para o distribuidor ou revendedor. Distribuição é igual a concessão comercial e igual a revenda, ou seja, distribuição é o gênero (concessão comercial ou revenda *lato sensu*) e concessão comercial disposta na Lei Ferrari é a espécie (concessão comercial ou revenda *stricto sensu*). Neste último caso, frise-se, utilizar-se-ão as denominações distribuição, revenda e concessão comercial como sinônimas, ainda que, na prática mercadológica, utilizem-se referidas denominações de maneira diferenciada, conforme explicaremos mais adiante.

Verifica-se do exposto que a concessão comercial denominada de *lato sensu* é aquela que envolve a distribuição de várias espécies de produtos, diferenciando-se da concessão comercial denominada *stricto sensu*, focada exclusivamente na revenda de veículos automotores de via terrestre.

II. DIREITO CONTRATUAL

2.1. O Direito Privado e a Constituição

Antes de adentrar o campo da evolução histórica do fenômeno contratual, cabe ressaltar que, para o completo entendimento de qualquer matéria, é necessário ter em mente que o Código Civil e a Constituição mantêm entre si intensa vinculação comunicativa, inclusive com intercâmbio dos princípios que lhes são comuns. Assim, estamos diante do direito civil-constitucional justamente nessa visão da análise do direito privado ante os valores dos princípios constitucionais, que ingressam no Código Civil por meio das cláusulas gerais. Exemplo desse intercâmbio é a boa-fé, pois além de ser um princípio de suma importância, a nortear de maneira substancial nosso ordenamento, dado seu caráter multidisciplinar, também se configura como cláusula geral, que propicia a entrada dos princípios constitucionais na esfera do Direito Privado. Com isso, queremos dizer que, para analisar a lei civil em toda sua magnitude, necessário se faz analisá-la ante os preceitos constitucionais em vigor.

Ademais, é predominante o entendimento de que, com o advento, por exemplo, de uma nova Constituição, esse fato não subverte a ordem jurídica *ab imis fundamentis*, mas tão-somente priva de eficácia todos os textos legais que colidam com seus princípios e disposições. Quando as leis anteriores harmonizam-se com a nova Carta Magna, diz-se que se opera a sua recepção por ela, sem solução de continuidade em sua vigência e eficácia. É preciso ter esse aspecto sempre em mente ao analisar qualquer dispositivo legal.

O direito privado de perfil constitucional e funcionalizado também foi objeto de estudo de autores como Karl Larenz e Motta Pinto, sendo igualmente precursor no tema o próprio Clóvis Beviláqua²⁰.

²⁰ Renan Lotufo. *O pioneirismo...*cit., p. 751.

Também antes de o atual Código Civil entrar em vigor, Gustavo Tepedino²¹ defendia a integração normativa do Código de Beviláqua com as leis especiais e a Constituição de 1988, considerada por ele a tábua axiológica e fundamento de validade de institutos tradicionais do direito privado. Para o referido autor, o direito privado deve ser lido à luz da Constituição, que, por seu turno, confere-lhe conteúdo social e mais eficácia prática, levando o intérprete a obter uma solução mais justa e humana para os diversos conflitos de interesse.

Giovanni Ettore Nanni²², na mesma direção, defende a integração do direito privado no texto constitucional brasileiro, dizendo ser possível identificar a existência de vários dispositivos de direito privado na Constituição Federal de 1988, e a necessária obediência da ordem privada aos comandos constitucionais, como em questões relativas a pessoa, família, propriedade, sucessão e obrigações em geral.

O direito privado atual é o direito que tem a dignidade do ser humano, a socialidade e a solidariedade como parâmetros substanciais, direito que tem a Constituição Federal como seu fundamento de validade.

Para a presente análise, é preciso aplicar de maneira “simbiótica” o direito privado e o direito constitucional. Nesse contexto, verificar-se-á que existem leis anteriores e posteriores à Constituição em vigor a regular as matérias objeto do presente trabalho.

2.2. Comentários do Fenômeno Contratual e sua Evolução Histórica

A origem do contrato individual remonta ao direito egípcio e mesopotâmico. Naquela época, tendo em vista a mudança da propriedade

²¹ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 14.

²² Renan Lotufo (org.) *Cadernos de direito civil constitucional*, v. 2, p. 165.

comum para a privada, começaram a ser realizados os primeiros contratos²³. Nesse momento da história, a palavra dada obrigava apenas quando por meio de juramento fosse invocado o nome do faraó, que, com severas penas, garantiria a observância do acordo. Não honrar o contrato despertava na crença predominante a ira dos deuses, exceto se o indivíduo que desonrava fosse punido de maneira exemplar. Sacrificava-se o faltoso como forma de evitar males maiores, a exemplo de pragas, secas, enchentes etc.

Interessante observar que, na época acima ilustrada, o Princípio da Autonomia Privada tinha feições muito diferentes das que tem hoje. Os contratos eram cumpridos não em função de ter sido empenhada a palavra do contratante, mas porque assim os deuses o queriam.

Pode-se dizer que foi somente no direito canônico que se iniciou a formação da doutrina relativa à autonomia privada com o significado mais próximo do que hoje conhecemos, com base em textos de Aristóteles e Santo Agostinho. Com a idéia da vontade resultante de deliberação racional, criou-se o preceito segundo o qual “pode-se obrigar um homem a fazer qualquer coisa, mas não se pode obrigá-lo a querer”²⁴. Estaria o indivíduo então vinculado ao contrato, pois somente ele tinha desejado seus efeitos e conseqüências.

O contrato, tal como existe e é conhecido hoje, formou suas bases no direito canônico, que acabou com a rigidez do direito romano e com o caráter místico dos tempos mais antigos. Com a “ética da responsabilidade pregada pelo cristianismo”, a vontade expressa do contrato é que vincula as partes contratantes.

Importante lembrar que, como reflexo das mudanças que a sociedade sofre, o direito também muda. Assim, verifica-se que os princípios e dogmas que norteiam as relações contratuais foram-se alterando de maneira

²³ James Burke, Robert Ornstein. *O presente do fazedor de machados: os dois gumes da história da cultura humana*. Trad. Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 71-72.

²⁴ Paul Ourliac, J. de Malafosse, *Historie du droit prive: 1/ Les obligations*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969, p. 89.

substancial, de modo a refletir o que viviam e vivem os indivíduos em determinado momento da história. É certo que o direito não se reduz a uma sucessão de acontecimentos ou fatos desconectados dos valores que lhe dão um sentido; ao contrário o direito tem de ser visto em face dos referidos valores e também em relação ao momento em que mencionados valores são evocados e vivenciados. Nesse contexto, podemos dizer que determinados conceitos vão-se alterando com o tempo, a fim de serem mais bem aplicados ante as necessidades dos indivíduos, que vivem em determinado momento da história.

Essas mudanças podem ser claramente verificadas quando relembremos o cenário em que estava inserido o Estado denominado de liberal, social e pós-social ou neoliberal.

O Estado liberal do século XIX estava focado em algumas idéias, como no ideal de liberdade, no direito positivo-formalista, no direito privado, no bloqueio à intervenção do Estado etc. Essas idéias explicam o que era priorizado no momento vivido naquela época. Outro elemento relevante do Estado liberal era o individualismo predominante, sobretudo em decorrência dos clamores de uma sociedade agrária, que defendia ser a propriedade um bem particular, voltado para os interesses dos particulares. É importante dizer que nosso Código Civil de 1916 foi elaborado com base nessas concepções liberais, das quais se observam substanciais influências²⁵.

Já no século XX, com a importância da industrialização, a eclosão da Primeira Grande Guerra e outros acontecimentos históricos relevantes, surge o Estado social, dotado de novas características, com valores distintos do Estado liberal, que entrava em declínio. O foco do Estado social é a função social de institutos. A exemplo da propriedade e dos contratos, valoriza a coletividade em

²⁵ Nesse contexto, é interessante ilustrar o que explica Clóvis V. D. Couto e Silva, em artigo publicado na *RT* 655/7, de maio de 1990, sobre características do Estado Liberal: “Alguns autores, como Günther Teubner (“Die Geschäftsgrundlage als Konflikt Zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystem, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, 146, 1982, p. 625 e ss.), aludem à existência à época de um ‘rigorismo normativo’ na ordem contratual, o qual pressupõe um sistema econômico e social cujos elementos possam ser objeto de cálculo com grau elevado de exatidão, e isto somente foi possível porquanto existiam condições de mercado eficientes, situações políticas estáveis, um tipo de estado que não realizou intervenções punctuais na economia e uma moeda estável”.

detrimento do particular, do individual. Surgem ideais de igualdade, o Estado passa a intervir no domínio econômico e enfatiza-se o direito público.

No Estado do século XXI, denominado pós-social ou neoliberal, surgem as organizações – leiam-se ‘grandes grupos econômicos’ –, podendo-se dizer que há enfraquecimento dos sindicatos e, especialmente, de partidos políticos. Por outro lado, há fortalecimento de novos movimentos sociais, por exemplo, mas não limitados aos movimentos dos “sem-terra”, dos “sem-teto”, de liberdade sexual etc. Surge o Terceiro Setor, ou seja, o que está entre o público e o privado; pregam-se ideais de solidariedade. Não obstante os conflitos serem administrados pelo Judiciário, há um movimento de “desformalização”, tendo em vista o surgimento da arbitragem, da mediação e da negociação ou conciliação, o que reforça inclusive o Princípio do Consensualismo, que traz a idéia de que o simples consentimento basta para formar o contrato. Essa conquista é recente no pensamento jurídico, uma vez que nas civilizações anteriores, conforme já mencionado, a formação dos contratos subordinava-se à observância de determinada forma ritual. O Código Civil de 2002 foi elaborado com base nesses dogmas, modificando substancialmente conceitos e regras que norteiam a vida dos indivíduos.

Assim, depreende-se que o conceito de autonomia privada das partes já não é o mesmo da época do liberalismo.

Ademais, sabemos que o contrato é regido por vários princípios, pressupostos e requisitos. Sabemos também que é uma das fontes das obrigações e que as obrigações decorrentes dos contratos são resultantes de leis, que as sancionam, garantem-nas e não as proíbem.

Temos, ainda, que o contrato seja um acordo de vontades, criador de obrigações e que seu objeto tem de ser possível, lícito e suscetível de apreciação econômica. O elemento essencial do contrato é a vontade. Sem acordo de vontades, inexistente o contrato.

Requer o contrato a conjugação de elementos extrínsecos e intrínsecos. A doutrina distingue-os sob as designações, respectivamente, de pressupostos e requisitos.

Pressupostos são as condições em que se desenvolve ou pode desenvolver-se o contrato. Todo contrato pressupõe: capacidade das partes²⁶; idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo. Esses pressupostos devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza ou alcança vigor. São, portanto, considerados extrínsecos, embora se integrem posteriormente na relação contratual.

Entretanto, a lei exige outras condições para o contrato cumprir sua função econômico-social. São requisitos complementares intrínsecos, indispensáveis à validade de qualquer contrato: o consentimento, a causa, o objeto e a forma.

Quanto aos princípios, alguns merecem destaque, dentre eles o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé, que serão abordados de maneira mais específica a seguir.

Pode-se dizer que princípios são conhecimentos basilares e genéricos de um sistema, que condicionam e determinam a interpretação, o controle e a própria criação de novas normas mais específicas, permitindo um raciocínio fundamentado e coerente. São valores que têm origem na própria sociedade.

Para Eros Grau²⁷, “princípios são *standards* ou pautas que não se confundem com as regras, muito embora em seu conteúdo haja pautas que devem ser observadas porque correspondem a um ideal ético, de honestidade e justiça (princípios, em sentido estrito) e outras que devem ser perseguidas porque viabilizam o alcance de objetivos econômicos, políticos ou sociais”.

²⁶ Artigo 1º do *Código Civil*: “Toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

²⁷ Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 85.

Conforme a doutrina, os princípios possuem grau de abstração mais elevado que as regras; carecem de concretização judicial por serem vagos e indeterminados, enquanto as regras são aplicadas diretamente. Os princípios são de fundamental importância no ordenamento em decorrência de sua posição hierárquica superior, bem como de sua importância estruturadora. Diga-se ainda que os princípios não conflitam entre si, colocam-se em estado de tensão, passível de superação no curso da aplicação do direito.

Do exposto acima, reforçamos uma vez mais o fato de os institutos e conceitos jurídicos irem-se modificando com o tempo. Nesse sentido, tomou-se como exemplo a autonomia privada, que foi alterando seu conteúdo, de acordo com o momento da história. Verifica-se que a vontade é elemento essencial para concluir o contrato e para determinar as cláusulas contratuais. Consiste, portanto, a autonomia privada, nessa liberdade de as pessoas regularem seus interesses por meio dos contratos, adquirindo direitos e contraindo obrigações.

Referido princípio da autonomia privada²⁸, que teve o auge de sua força no liberalismo, tem hoje um outro perfil. Diferentemente do que ocorria no liberalismo, existe hoje a preocupação com o social. A autonomia privada tem de estar atenta ao coletivo, pois existem limites que devem ser observados e respeitados.

Um contrato não envolve somente quem participou do negócio, mas sim toda a coletividade, cujo negócio pode trazer conseqüências. Imaginemos, por exemplo, um negócio de distribuição ou revenda de produtos que sabidamente afetam a saúde, causando deformidades a fetos. A liberdade do fabricante e também do distribuidor ou revendedor tem limites, sob pena de afetar igualmente interesses de terceiros ou, como no caso trazido por este

²⁸ Para Fernando Noronha. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: “O Princípio da Autonomia Privada traduz-se na liberdade de as pessoas regularem, através de negócios jurídicos (contratos e negócios unilaterais), os seus interesses, em especial no que diz respeito à produção e distribuição de produtos e serviços. A autonomia privada é fundamento dos princípios de liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos”.

exemplo, até mais relevantes, que são integridade física, o direito à vida, sem deformidades.

A autonomia privada particulariza-se, no direito contratual, na liberdade de contratar. Significa o poder que os indivíduos têm de originar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos, tutelados e não proibidos pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito ou para obrigar-se. O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade.

Pode-se dizer que a liberdade de contratar, propriamente dita, é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem sem que a lei imponha seus preceitos. Nesse sentido, uma pergunta faz-se necessária: a liberdade de contratar configura-se ilimitada? Pensamos que não, visto que, da leitura dos dispositivos do Código Civil, verifica-se claramente a conotação econômico-social relacionada com a liberdade de contratar; a autonomia privada deve respeitar as exigências do bem comum, os fins sociais e os preceitos de ordem pública. O exemplo do fabricante de produtos que causam deformidade a fetos, e coloca esses produtos no mercado por meio de distribuidores ou revendedores, retrata bem essa idéia.

José Antonio Doral e Miguel Angel Del Arco²⁹ ensinam que:

“Sin embargo, la autonomía en modo alguno puede tener carácter absoluto, no sólo por la limitación inherente a la persona, sino porque um predominio indiscriminado de la autonomía desembocaría em la anarquía social”.

Repita-se que, diferentemente do que ocorria em especial no Estado liberal do século XIX, que tinha como valor crucial o princípio da autonomia privada, hodiernamente, o espírito que ronda, sobretudo, o direito privado em

²⁹José Antonio Doral e Miguel Angel Del Arco. *El Negócio Jurídico*, 1982, p. 15.

toda a sua amplitude é a prevalência dos interesses sociais da coletividade em detrimento dos interesses particulares. Entendemos que esse fato norteia e norteará todas as relações que se estabeleçam, especialmente após o advento do Código Civil de 2002.

Do exposto acima, importante mencionar que, ao nos referirmos a autonomia da vontade, estamos falando de algo mais amplo, sendo, pois, a capacidade de autodeterminação do indivíduo para reger sua vida (em todos os aspectos). Diferencia-se assim da autonomia privada, que seria a liberdade de o indivíduo contrair obrigações, celebrar contratos. É a autonomia da vontade no âmbito contratual.

Para Luigi Ferri³⁰ quando se estabelece que “o contrato faz lei entre as partes”, dá ao negócio jurídico uma força jurídica similar ao da lei. Logo, como diz o autor, “... quem se atreveria concluir que em relação à lei, teria o Estado mera liberdade de legislar...”. O Estado tem, indubitavelmente, esse direito e liberdade, mas antes de tudo tem um “poder”, representado inclusive na figura do Poder Legislativo. O mesmo deve ser adotado para os particulares, que possuem o direito de concluir os contratos, mas que possuem um “poder” correspondente, o de “realizar negócios jurídicos”. Muitas vezes esse “poder” vem sendo usado no âmbito do direito privado e dos negócios jurídicos com a idéia de “poder de disposição”. Na verdade, para o autor é um conceito igual ao de “autonomia”, concluindo que esta deve ser conceituada como poder de dispor normas no âmbito negocial.

Segundo consta do texto de Rosa Maria de Andrade Nery³¹:

“Na tradição do Direito Privado a autonomia privada exterioriza-se pelo negócio jurídico como declaração do interesse privado dirigida a um fim protegido pelo ordenamento jurídico (CALASSO, Il negozio giuridico, p. 34). Pressupõe o Direito como sistema, como fruto da experiência científica que vai do magistério de

³⁰ Luigi Ferri. *La Autonomia Privada*, p. 105-162 e 273-373.

³¹ Rosa Maria de Andrade Nery. *Ato e Atividade*, p. 10

l'nério até a pandectística dos oitocentos, e pressupõe uma sociedade civil organizada em função da vontade do sujeito (Trabucchi, istituzioni di diritto civile n. 52, p. 130)".

Para Joelma Ticianelli³² "os negócios jurídicos estão relacionados diretamente com a autonomia privada. Esta também se relaciona com o poder do indivíduo em governar a sua vontade, obedecendo aos preceitos normativos".

Segundo a autora,

"o direito à propriedade e patrimônio, à celebração de contratos e realização de negócios jurídicos são exemplos da autonomia privada".

Para Giovanni Ettore Nanni³³,

"a autonomia privada se sujeita à limitação da ordem estatal que deixa espaço em que se pode inserir a atividade normativa dos particulares. Diz que sua fonte de validade está nas normas legais, que devem ser obedecidas para o exercício do poder individual de criar normas singulares decorrente da autonomia privada. A forma de exercício dessa autonomia privada é o negócio jurídico, como meio destinado aos indivíduos para manifestarem sua vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos".

Diz, ainda,

"que usualmente alude-se à autonomia privada e aos negócios jurídicos considerando, puramente, seu aspecto obrigacional, ou mais, especificamente, envolvendo direito patrimonial, como se estivessem limitados a esse conteúdo. No entanto, a teoria do

³² Renan Lotufo (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, Cadernos 1, p. 37-53.

³³ Renan Lotufo (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, Cadernos 1, p. 255-286.

negócio jurídico não os limita apenas a um negócio obrigacional ou patrimonial, pois permite outras formas que podem importar em tratamentos diferenciados no ordenamento jurídico”.

Referido autor entende que a autonomia privada não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outro objeto em que não ocorra restrição legal e em que seja possível manifestar-se a autonomia da pessoa. Não obstante essa posição, da qual inclusive compartilhamos, o foco do presente estudo são os negócios jurídicos patrimoniais e a autonomia privada nesse âmbito, não nos esquecendo que o fim principal da autonomia privada deve ser o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que deve ser considerado como base fundamental para todos os tipos de relações.

Mais especificamente sobre a boa-fé, também inserida no âmbito contratual, diga-se que referido instituto remonta ao direito romano. Desde a incorporação inicial da boa-fé pelo direito romano, dois planos diferentes haveriam de marcar a evolução do instituto: o psicológico e o ético³⁴.

Em termos gerais, a boa-fé apareceu no plano do direito como técnica de decisão judicial, formalizada nos chamados *bonae fide iudici*, utilizados pelos pretores romanos para alargar o âmbito de questões que poderiam ser conhecidas no processo judicial.

Desde o início, a boa-fé, no sentido ético, associou-se à idéia de que determinadas conseqüências jurídicas poderiam ser extraídas pelo julgador, independentemente da previsão e mesmo da vontade das partes litigantes.

Ao lado dessa noção tipicamente ética, que impunha às partes o respeito a determinadas normas de conduta que não foram contempladas ou desejadas expressamente, desenvolveu-se no direito romano uma outra boa-fé, ligada ao plano psicológico. Essa segunda noção remete ao estado de

³⁴ Vide advertência de Fernando Noronha. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 129: "Atualmente, falar na boa-fé é desafio que seria insensatez acreditar poder resolver em duas ou três dúzias de páginas. Como, porém, é necessário abordar o tema, tentaremos um esforço de síntese, cujo sucesso antecipadamente sabemos incerto".

consciência ou inconsciência do indivíduo sobre determinado acontecimento e possui como idéia contrária natural a má-fé.

Assim, podemos salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que, em verdade, só existe na aparência. O indivíduo encontra-se em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio³⁵.

O princípio da boa-fé objetiva³⁶, localizado no campo dos direitos das obrigações, compreende um modelo de ética de conduta social, uma regra de comportamento, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não ferir ou frustrar a legítima confiança da outra parte.

Interessante verificar a distinção que Fernando Noronha³⁷ faz a respeito da boa-fé subjetiva e a objetiva:

“A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, as normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para

³⁵ A boa-fé subjetiva aparece no *Código Civil de 2002*, a exemplo dos artigos 1.201, 1.214 e 1.219.

³⁶ Para Fernando Noronha (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*): “A boa-fé que é princípio contratual se traduz no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Ela é indispensável para tutela da segurança jurídica para garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito. Esta boa-fé que é princípio contratual é a chamada boa-fé objetiva, que consiste no dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. São eles que traduzem a confiança indispensável à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços de que os contratos são instrumento jurídico. A boa-fé objetiva contrapõe-se à subjetiva, que não é mais que uma crença errada, um estado de ignorância sobre as reais características da situação jurídica que estiver em causa”.

³⁷ Fernando Noronha. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 132.

confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio”.

Esse princípio veio importado do direito alemão, constituindo-se em verdadeiro resgate para o direito moderno. Quando o Código Civil Alemão entrou em vigor, no ano de 1900, existia há bastante tempo na Alemanha um ambiente cultural propício ao desenvolvimento da boa-fé objetiva. A idéia de boa-fé alemã propagou-se para vários países que passaram a adotar a boa-fé em sua legislação.

Mais especificamente no Brasil, até 1991, quando passou então a vigorar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a única legislação positivada brasileira a incluir uma remissão à boa-fé no seu sentido ético, objetivo, ou obrigacional, foi o Código Comercial de 1850, em seu artigo 131, item 1, que assim dizia:

“Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases... a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer sobre a rigorosa e restrita significação das palavras”.

Não obstante sabermos que são recentes no Brasil o reconhecimento e a divulgação da boa-fé objetiva no nosso ordenamento jurídico, podemos dizer que se trata de um dos princípios mais importantes para o direito contratual dos nossos dias. Como dito acima, a terminologia objetiva serve para ilustrar uma diferenciação com a boa-fé do Código Civil de 1916, no qual boa-fé era conceituada como um estado de ignorância sobre determinada situação³⁸.

³⁸ Judith Martins Costa. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: RT, 1999, p. 411.

A boa-fé de que trata o atual Código é a boa-fé objetiva, que impõe certos deveres às partes contratantes, tais como o de transparência e de confiança.

Verifica-se a presença constante do princípio da boa-fé a afetar direta e determinadamente as relações contratuais e, por que não dizer, a afetar, também, como fator limitador, o princípio da autonomia privada.

Do exame dos artigos do Código Civil em vigor, verifica-se que a boa-fé³⁹ é aspecto fundamental e está inclusa em vários dispositivos legais do Código.

Como dito acima, o princípio da boa-fé pode ser visto como um limite, um controlador ou mesmo um filtro da autonomia privada. Os indivíduos não devem relacionar-se, criar vínculos obrigacionais desequilibrados, achando que tudo podem, de modo a tirar vantagens uns sobre os outros. No caso de desequilíbrios nas relações, a boa-fé, além de outros princípios importantes, deve ser invocada pelas partes contratantes ou, se assim não for possível, pelo magistrado, visando a restaurar o equilíbrio nas relações.

Segundo Nelson Rosenthal⁴⁰:

“No Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva será utilizada de forma multifuncional; guia interpretativo, criação de deveres anexos e limitação ao exercício de direitos. Eventualmente, rompem-se as fronteiras. Portanto, não raramente, será árdua a tarefa de definição de qual das funções da boa-fé será empregada na concretude do caso. Mas essa ‘imprecisão não desqualifica a eficiência da boa-fé’. Pelo contrário, aguça a

³⁹ A exemplo dos artigos 113 e 422 do *Código Civil*, que dispõem respectivamente: “Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. “Art 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

⁴⁰ Rosenthal, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, São Paulo, Saraiva, 2005 (Coleção Agostinho Alvim), p. 205.

percepção sobre a sua multidisciplinaridade e aplicação criativa do direito”.

Diz ainda o referido autor⁴¹:

“O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória. Portanto, há uma clara distinção entre os “momentos” participativos dos artigos 112 e 113 do Código Civil. Aquele dispositivo pretende aclarar as cláusulas contratuais, conforme o sentido a elas concedido pelas partes ao tempo da gênese do negócio jurídico. Já a boa-fé objetiva do art. 113 manifesta-se de forma nítida nos contratos de trato sucessivo ou execução diferida, nos quais ao projeto elaborado pelos contratantes serão acrescentadas outras disposições que passam a integrar a relação obrigacional complexa ao longo de sua passagem, sem olvidar as circunstâncias concretas que infletem nesse conjunto”.

Para Nelson Nery⁴²,

“a boa-fé objetiva, cláusula geral que decorre da função social do contrato e que está prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, é regra de ordem pública (artigo 2035, parágrafo único do Código Civil), aplicando-se imediatamente, inclusive aos negócios jurídicos celebrados anteriormente à sua entrada em vigor, mas que se encontram em execução continuada ou diferida (princípio da eficácia imediata ou da ultratividade da lei)”.

E diz ainda:

⁴¹ Rosenvald, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé no código civil*, São Paulo, Saraiva, 2005 (Coleção Agostinho Alvim), p. 205.

⁴² Parecer de Nelson Nery: *“Contrato de distribuição de petróleo e derivados: aspectos materiais e processuais”*, p. 316-317. Revista de Direito Privado, julho-setembro de 2005.

“A boa-fé objetiva e a subjetiva têm de estar presentes antes da celebração, durante a execução e depois de terminada a execução do contrato”.

Com o abandono do instituto da “vontade” de cunho subjetivista, e do individualismo burguês de conotação liberal, ganhou força a autonomia privada, de concepção objetiva, compreendida como potestade, como faculdade deferida pelo Estado, ao particular, de auto-regulamentar seus próprios interesses, negócios e contratos, conforme sua liberdade contratual, nos limites da lei.

Entre os referidos limites legais, surge a função social, de maneira a regular a atuação do particular, com base em princípios de socialidade, eticidade e solidariedade humanas. Nesse contexto, tanto o contrato quanto a empresa sofrem a influência da função social; com isso esses institutos do direito se “repaginam”, em face da função social que sobre eles incidirá como norteadora e norma limitadora, cenário que ficou muito bem clarificado com o advento do Código Civil de 2002.

Podemos dizer que a função social do contrato constitui um princípio do atual direito contratual. Trata-se de princípio estruturador da ordem econômica, em virtude do disposto no artigo 170, caput, da Constituição Federal⁴³, sem nos esquecermos de que o contrato é elemento típico da

⁴³ Artigo 170, caput da *Constituição Federal*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio-ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução de desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

atividade econômica, o qual formaliza uma operação econômica ou de circulação de riqueza.

Para Enzo Roppo⁴⁴, o contrato é

“instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a actividade econômica organizada”.

Muito se discute na doutrina se a função social do contrato, conforme elencado no artigo 421⁴⁵ do Código Civil, trata-se de princípio, cláusula geral ou se a ambos os conceitos se subsumem.

Nesse sentido importante ressaltar o que observa Judith Martins⁴⁶ a respeito do tema: “a cláusula geral pode ou não conter um princípio; pode, em outras palavras, promover o reenvio a um princípio ou ao valor que ele contempla”, como, no exemplo da autora, ocorre com a cláusula geral da boa-fé.

Também é importante ilustrar o que diz Paulo Veltren⁴⁷:

“Articula-se, neste contexto, a função social enquanto categoria de status constitucional e como cláusula geral prevista no Código Civil, vislumbrando Eros Grau uma natureza de princípio jurídico na função social, princípio este informador de toda a ordem econômica nacional”.

Entende-se, então, que assim como a boa-fé também a função social do contrato configura-se como cláusula geral e princípio. O que se intenciona no direito brasileiro atual é que o conceito de contrato individualista ceda a um

⁴⁴ Enzo Roppo. *O Contrato*, p. 8.

⁴⁵ Artigo 421 do *Código Civil*: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁴⁶ Judith Martins, *A boa-fé no direito privado*, p. 323-324.

⁴⁷ Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *A Função do Direito Privado no atual momento histórico*, p. 422.

modelo de contrato voltado aos valores constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, dentre outros.

Cabe lembrar que a Lei n. 10.406/2002 possui três princípios fundamentais: da operabilidade, da eticidade e da socialidade⁴⁸.

Mais especificamente sobre a socialidade, depreende-se que se objetivou retirar da lei civil o individualismo típico do modelo liberal, sob cuja influência se elaborou o Código Civil de 1916, para inserir valores novos, a exemplo dos sociais. Leciona Miguel Reale⁴⁹ que

“o contrato está inserido em um contexto do que considera ser uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade”.

Outro aspecto a ser abordado e que muito se discute é se o preceito contido no artigo 421 do Código Civil conflita com a Constituição Federal, visto que aquele dispositivo limita a liberdade de contratar e esta protege esse direito. Nesse sentido, é importante ilustrar o que foi concluído com a Jornada de Direito Civil, promovida de 11 a 13 de setembro de 2002, no Superior Tribunal de Justiça, donde foi extraído o seguinte enunciado: “a função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o Princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes estejam interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Para Ruy Rosado⁵⁰, discorrendo sobre a previsão do artigo 421:

“a autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos que lhe são

⁴⁸ Miguel Reale, *Visão Geral do projeto de Código Civil, Cidadania e Justiça*, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, V. 5, n. 10, p. 61-73, 1º semestre 2001.

⁴⁹ Miguel Reale, *O projeto do Código Civil: situação atual e problemas fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1984, p.10.

⁵⁰ Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. RT. São Paulo, n. 775, p. 19, maio 2000.

próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins, garante-lhe a eficácia, não para satisfazer a qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum”.

Ou, antes,

”em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento do convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força, pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia”.

Importante frisar que o contrato tem função social, focada, em um primeiro momento, nas próprias partes contratantes, observando-se os valores constitucionais inerentes a determinada situação concreta, para depois refletir na sociedade. Significa dizer que o contrato também tem efeitos sobre terceiros não envolvidos diretamente no contrato. Daí a sua função social. Nesse sentido, tanto a atividade econômica como o negócio jurídico facilitador da circulação de riqueza devem observar os limites impostos pela função social, de modo a cumprir seu estrito objeto, no interesse das partes diretamente envolvidas, sem perder de vista o dever de não lesar a sociedade e de promover o bem-estar geral.

Observa Antônio Junqueira de Azevedo⁵¹ que:

“a determinação constitucional do valor social da livre iniciativa impõe ao jurista proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculando tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte,

⁵¹ Antonio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual*, p. 116.

hoje, do ordenamento positivo brasileiro, de resto o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa”.

Giovanni Ettore Nanni⁵² diz que:

“os contratos atualmente cada vez mais interferem em terceiros, espraiando seus efeitos à comunidade, em que devem ser protegidas também as partes não contratantes, admitindo-se também a intervenção nos negócios quando o contrato não estipular uma função social, uma vez que o contrato não é mais limitado às partes, transcendendo e outorgando uma função social frente a toda a sociedade”.

Identificamos, por nossa análise da doutrina sobre o assunto, duas principais correntes que procuram conceituar o princípio da função social do contrato.

A primeira seria aquela por meio da qual a função social do contrato se manifestaria em dois níveis: um intrínseco e um extrínseco. Em seu perfil extrínseco, que trata do contrato em face da coletividade, rompe com o princípio clássico da relatividade dos efeitos do contrato. A teoria contratual passa a preocupar-se também com as repercussões do negócio jurídico nas relações sociais. Já no aspecto intrínseco, que trata do contrato em face das partes contratantes, “a função social estaria ligada à observância dos princípios da igualdade material, equidade e boa-fé objetiva, por parte dos contratantes”. São adeptos dessa teoria Paulo Nalin⁵³ e Nelson Nery⁵⁴.

⁵² Giovanni Ettore Nanni. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para autonomia privada*, in Renan Lotufo (Coord.), *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2001, v. 2, p. 186.

⁵³ Paulo Nalin. *A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Direito Privado*. Referido autor defende que o contrato atenderá a função social “quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, 3º, I) e da justiça social”. E que não atenderá essa função social, por exemplo, quando houver vantagem exagerada para uma das partes.

⁵⁴ Nelson Nery. *Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais*, in *O Novo Código Civil, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTr, também vê como

A outra teoria ignora, nessa análise, a relação entre as partes (aspecto intrínseco da função social do contrato). Para essa corrente, da qual é adepto Humberto Theodoro Jr., “só se pode pensar em função social do contrato quando este instituto jurídico interfere no domínio exterior dos contratantes”.

Assim, e independentemente da teoria que se adote, resta claro que o contrato não pode, em nenhuma hipótese, ser considerado indiferente à sociedade. Diga-se que a autonomia privada também pode sofrer intervenção estatal, visando, dentre outros fins, a promover o equilíbrio da relação. Nesse sentido, é interessante observar o que Paulo Velten⁵⁵ diz:

“(...)a primeira razão que leva o Estado a intervir na relação contratual é a desigualdade estabelecida entre os contratantes, ao que a lei civil, visando assegurar a realização dos valores fundamentais da igualdade e solidariedade, impõe limitações ao âmbito de atuação das partes, à liberdade de estabelecer regras individuais, conforme a função social que todo e qualquer ajuste deve atender, visando o exercício de atividades dignas e sociais, postas acima do mero interesse das partes envolvidas e pautadas nos critérios de razoabilidade, equilíbrio e proporcionalidade”.

E diz ainda:

“Essa atuação estatal direta na preservação do interesse público importa exatamente a delimitação do espaço de atuação na esfera privada, espaço que é limitado para assegurar a realização dos direitos fundamentais, sobretudo no delicado âmbito das relações contratuais empresárias, em que a exigência de uma

conseqüência da função social do contrato a alteração do conteúdo do princípio da conservação contratual. Se antes esse princípio apoiava-se na idéia liberal de que “os contratantes têm de cumprir tudo o que consta no instrumento do contrato, sem nenhuma ponderação”, agora entende-se por “conservação do contrato a sua manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato”.

⁵⁵ Rosa Maria de Andrade Nery. *A Função do direito privado no atual momento histórico*, p. 419.

ordem social justa é condição sine qua non para o pleno desenvolvimento econômico”.

Diga-se que o contrato, na lição de Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁶, constitui

“expressão jurídica máxima da liberdade contratual, pelo que deve ser examinado por duplo ponto de vista, isto é, tanto pelo ângulo de sua base subjetiva, relacionada com a manifestação da liberdade negocial das partes, como também, e principalmente, por sua base objetiva, que toca à sua função social”.

Diante de tantos ensinamentos, podemos tomar como exemplo o próprio contrato de distribuição objeto do presente estudo, o qual não deveria conter cláusulas abusivas, que ocasionam desequilíbrio a uma das partes contratantes, como a possibilidade de o fabricante aumentar sucessivamente os preços em relação aos produtos vendidos ao distribuidor, de maneira que este tenha suas margens de revenda cada vez menores, inviabilizando assim o seu negócio. Essa situação poderia desencadear problemas sérios aos seus entes familiares, a exemplo de seus filhos, que poderiam ter de deixar seus estudos. Verifica-se aqui claramente que os efeitos do contrato não afetam tão-somente as partes contratantes (fabricante/distribuidor), mas também terceiros, como no caso dos filhos do distribuidor. Serve o exemplo justamente para ilustrar o cenário em que o instituto do contrato encontra-se hoje inserido.

Diga-se também que os contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda são fruto da autonomia privada, verdadeiros negócios jurídicos, que devem respeitar a função social preconizada na lei. Com a explanação acima ilustrada, verifica-se como o direito contratual e os princípios que lhe são afetos foram-se alterando substancialmente com o transcorrer do tempo, de maneira a ampliar os efeitos da sua função, de uma abrangência inicialmente bem mais restrita para uma outra bem mais ampla, afetando assim toda a coletividade e não somente as

⁵⁶ Rosa Maria de Andrade Nery. *Vínculo obrigacional*, cit, p. 278.

partes contratantes diretamente envolvidas na relação contratual, ou seja, quando os contratantes resolvem pactuar um acordo comercial, não podem ficar adstritos somente às suas necessidades, mas têm, sim, acima de tudo, de verificar se referidas necessidades e interesses não prejudicam terceiros não vinculados diretamente à relação que se pretende estabelecer.

III. MOVIMENTAÇÃO DE RIQUEZAS PELA ATIVIDADE EMPRESARIAL E PELOS CONTRATOS

A respeito do assunto, interessante observar, inicialmente, o que diz Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁷:

“A vontade realizada do sujeito se manifesta de dois modos tradicionais centrais: no direito civil, essencialmente, pelos atos; no direito mercantil, pela atividade”.

“Tradicionalmente, atividade é conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano (Bonfante, Lezioni di storia del commercio, p. 7). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (Bulgarelli, Contratos Mercantis, p. 25)”.

Assim, e segundo os ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery, concordamos que quando se fala em atuação empresarial, estamos nos referindo a atividade empresarial, que está mais focada na responsabilidade objetiva, diferentemente dos atos civis, que estão centrados na responsabilidade subjetiva. Se adotarmos a tese de que o direito das obrigações fora unificado com o advento do novo Código Civil, esses traços diferenciadores podem acarretar problemas quando da análise desses institutos.

Rosa Maria de Andrade Nery diz ainda a esse respeito:

“(...) influências sociológicas, econômicas e religiosas tivessem redundado na distinção jurídica de ato e atividade e tivessem permitido que cada uma dessas idéias se realizasse por meio de

⁵⁷ Rosa Maria de Andrade Nery. *Ato e Atividade*, in Revista de Direito Privado, n. 22, p. 10 e 11

instituições diferentes. Por isso os conceitos não são iguais, seguem uma lógica diversa e gera, na atualidade, a dificuldade de submeter todas essas condutas (atos e atividades) ao regramento de um mesmo sistema jurídico unificado de Direito das Obrigações”.

Utilizando-nos das lições da referida autora, o foco de atenção, no presente trabalho, é a atividade empresarial, vez que as relações aqui analisadas ocorrem, em regra, por meio das atividades exercidas por parte de empresas, pessoas jurídicas, constituídas com o objeto social de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda de produtos.

A seguir, passaremos a discorrer um pouco mais detidamente sobre o que seja uma empresa.

3.1. Conceito de Empresa

O nosso Código Civil não traz conceituação legal de empresa. Assim, interessante observar o que dispõe o artigo 966 do referido diploma legal, que conceitua o que seja o empresário. Com base na conceituação de empresário, podemos extrair parâmetros para chegar a uma definição legal para a empresa:

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

Nesse sentido, é interessante observar o que diz Modesto Carvalhosa⁵⁸ sobre o que seja uma empresa:

“empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, tendo a mesma uma óbvia função social nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a

⁵⁸ Modesto Carvalhosa. *Acordo de Acionistas*, Saraiva, São Paulo, 1984.

comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e para-fiscais”.

Na concepção de Carvalhosa, “consideram-se três as modernas funções sociais da empresa: 1ª) relação com os seus empregados; 2ª) interesses dos consumidores e interesses dos concorrentes, 3ª) interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua”.

Na definição de Plácido e Silva⁵⁹, empresa é termo

“derivado do latim prehensus, de prehendere (empreender, praticar), possui o sentido de empreendimento ou cometimento intentado para realização de um objetivo. No sentido do Direito Civil e do Direito Comercial, significa empresa toda organização econômica, civil ou comercial, instituída para a exploração de um determinado ramo de negócio (...)”.

Verdade é que a conceituação de empresa não é tarefa fácil, e a doutrina não apresenta um conceito jurídico único, uniforme, de empresa.

O fato é que atividades econômicas, na medida em que se avolumam e ganham complexidade, demandam maiores e diferentes capacitações, de maneira a reunir esforços de diversos indivíduos, que objetivam o lucro que esse empreendimento pode proporcionar. Referida atividade econômica pode assumir variadas formas jurídicas, dentre as quais a de uma sociedade empresária.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, muito se falava em sociedade comercial para identificar a pessoa jurídica que exercia atividades comerciais. Tal denominação prestava-se também a distingui-la das atividades da sociedade civil e sociedade por ações, esta última regida por lei especial.

Importante ilustrar o que diz Fábio Ulhoa⁶⁰ a respeito da matéria:

⁵⁹ Plácido e Silva. *Dicionário Jurídico*, p. 158.

“Sociedade empresária não é, assim, apenas um nome diferente para o que todos conheciam por sociedade comercial. Trata-se de conceito mais amplo, que abarca uma das maneiras de se organizar, a partir de investimentos comuns de mais de um agente, a atividade econômica de produção e circulação de bens ou serviços”.

E diz ainda:

“O Código Civil de 2002, ao entrar em vigor, completará a fase de transição do direito privado brasileiro em direção à teoria da empresa. A partir de sua vigência, superar-se-á a teoria dos atos de comércio como critério de delimitação do âmbito de incidência da disciplina jurídico-comercial. De notar que, a exemplo do verificado há mais de 60 anos na Itália, onde a teoria da empresa foi criada em 1942, ainda permanecerá no Brasil a bipartição do direito privado (em direito civil e comercial). Diversos dispositivos do Código Civil de 2002 (por exemplo, o art. 998, que determina seja o ato constitutivo da sociedade simples inscrito ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, enquanto o das sociedades empresárias é arquivado na Junta Comercial) apontam para a sobrevivência de dois regimes jurídicos à unificação legislativa do direito privado. Na verdade, a teoria da empresa apenas altera os contornos delimitadores do âmbito correspondente ao direito civil e ao comercial”.

Verifica-se que nosso Código caminhou no sentido de adotar a teoria da empresa, ou seja, não prevalece mais em nosso ordenamento a teoria dos atos de comércio. Isso significa uma mudança, que, no nosso ordenamento, precisa ser mais bem avaliada e maturada. Ademais, pelo que depreendemos do conceito de empresário e também de algumas definições acima ilustradas do que seja o conceito de empresa, esta apresenta como um organismo

⁶⁰ Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 2, p. 6-7.

econômico destinado a produzir bens ou serviços e que desempenha papel de grande importância perante seus fornecedores, clientes, empregados e a própria comunidade.

Vislumbramos que a referida unificação do direito das obrigações no âmbito do Código Civil favorecerá a aplicação do direito, por exemplo, no que diz respeito ao cumprimento da cláusula da função social, inclusive para questões relativas à empresa. Muito difícil, especialmente no momento atual, deixar de vincular a atividade empresarial a uma função social. Não queremos dizer, com isso, que a geração de lucros não seja o foco da realização do objeto social para o qual a empresa foi constituída. Esse aspecto, entretanto, não afasta a função social, que se refere às limitações que a liberdade de atuação empresarial encontra no interesse público e no dever da solidariedade social.

A título de reflexão, entender a realização do lucro como função social da empresa importaria admitir que determinado empreendimento poderia, a pretexto de atender a essa tal “função social do lucro”, sonegar tributos, não observar regras de proteção aos trabalhadores, praticar concorrência desleal, lesar consumidores e parceiros empresariais, além de causar danos ao meio ambiente etc., o que seria um verdadeiro despropósito!

Uma vez entendido o que seja uma empresa ou uma sociedade empresária, no âmbito da matéria que se está abordando no presente estudo, podemos dizer que as relações entre agente ou representante comercial e o proponente ou representado, assim como a relação existente entre o distribuidor ou revendedor e o fabricante, são relações que podem configurar-se entre sociedades empresárias, ou seja, todos podem constituir suas próprias empresas para o desempenho de suas respectivas atividades, que devem respeitar o interesse social.

No mundo dos negócios, da prática comercial, geralmente o agente ou representante comercial, bem como o distribuidor ou revendedor, exercem suas respectivas atividades por meio de sociedades, constituídas para essa

finalidade. Tal providência gera, inclusive, maior conforto e segurança para o proponente ou representado e também para o fabricante, este último no caso da distribuição, vez que cria uma espécie de “blindagem” entre eles e o agente ou representante comercial e o distribuidor ou revendedor, no sentido de caracterizar, de maneira mais substancial e evidente, autonomia e independência econômica por parte destes últimos, minimizando inclusive o risco de vínculos entre ambos, a exemplo do vínculo econômico, trabalhista etc.

No dia-a-dia das contratações desses tipos jurídicos, recomenda-se que, para a proteção de ambas as partes, o melhor é que a relação jurídica se estabeleça entre pessoas jurídicas, leia-se entre sociedades e não entre pessoa jurídica e pessoa física. Entendemos que essa estruturação para o desempenho da atividade empresarial é mais salutar e recomendável para todos os envolvidos.

Por fim, interessante fazer um breve comentário sobre o instituto da *apresentação* relativamente a pessoa jurídica. Do ato constitutivo da pessoa jurídica, sujeito à registro, deverá constar necessariamente o modo pelo qual se administra e se representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, a pessoa jurídica⁶¹.

Segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁶²,

“trata-se de apresentação, porque alguém age de modo a tornar a empresa presente ao ato. O ato realizado pelo órgão da administração da pessoa jurídica (colegiado ou pessoa física) é ato da pessoa jurídica, não de representação, na lição de Pontes

⁶¹ Artigo 46 do Código Civil: “O registro declarará: I – a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; II – o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores; **III – o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente**; IV – se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo; V – se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; VI – as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso” (grifo nosso).

⁶² Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Comentado*. 3 ed., p. 255.

de Miranda, Tratado v. I, p. 286. Prepostos das pessoas jurídicas são, sim representantes dela (CC 1169 a 1171)”.

Com isso, queremos dizer que o instituto da *representação*, a ser abordado no item 5.1 abaixo, não se encontra aplicado no artigo 46, inciso III, do Código Civil, como designativo de uma das espécies do instituto de “cooperação jurídica”. Com maior propriedade, significa o modo pelo qual as pessoas jurídicas hão de se fazer presentes nos atos jurídicos – em sentido lato – de que participam. O órgão deliberativo da pessoa jurídica declara, em tese, a vontade desta, e não a vontade própria, pois não age por si; não é considerado ente autônomo e independente da pessoa jurídica. A pessoa jurídica atua por intermédio de seus órgãos.

3.2. Negócio Jurídico, Negócio Empresarial e Negócio Civil

Com relação à matéria objeto do presente trabalho, conforme se observará, a Lei de Representação Comercial refere-se a negócios mercantis – entendemos hoje mais bem denominados negócios empresariais –, e o Código Civil, ao dispor sobre a agência e a distribuição, refere-se a negócios pura e simplesmente.

Nesse contexto, importante ilustrar o que diz Maria Helena Diniz⁶³ a respeito do tema. Segundo ela, negócio, do aspecto do Direito Comercial, é a operação mercantil e, do Direito Civil, é um ajuste entre as partes.

De acordo com o Dicionário Jurídico de Plácido e Silva⁶⁴, negócio:

“vem do latim negotium, formado das expressões nec (não) e otium (ociosidade), literalmente quer exprimir qualquer espécie de atividade(...) Neste lato sentido, na linguagem jurídica, negócio refere-se a todo ato lícito ou, propriamente, todo ato legítimo (actus legitimus) praticado ou executado dentro de um objetivo,

⁶³ Maria Helena Diniz. *Dicionário Jurídico*. São Paulo, Saraiva, 1998.

⁶⁴ Plácido e Silva. *Dicionário Jurídico*, p. 239.

ou para que se consiga um desejado efeito jurídico, ou para desempenho de qualquer mister(...) Sem que se mostre redundante, pode ser dito negócio mercantil ou negócio comercial“.

Como dito acima, há doutrinadores que entendem ter havido a unificação do direito obrigacional, não existindo mais um direito comercial e um direito civil; ambos se fundiram em um só direito. O termo direito comercial passou a ser denominado de direito da empresa ou direito empresarial, que está inserido no Direito Civil, donde se depreende que o negócio mercantil é sinônimo de negócio comercial, que é sinônimo de negócio empresarial, que se insere no âmbito do Direito Civil.

Diante desse raciocínio e tendo em vista que o Código Civil, ao regular a atividade do agente – que para nós trata-se do representante comercial e também do distribuidor ou revendedor –, aludiu somente ao negócio, entendemos que não mais faz sentido essa distinção entre negócio mercantil e negócio comercial, vez que ambos se referem ao negócio empresarial, terminologia adotada com o advento do novo Código Civil.

O artigo 710 do Código Civil, ao descrever a atividade do agente ou representante comercial, deu amplitude maior ao conceito de negócio, referindo-se a toda e qualquer atividade do mesmo.

O importante é estar ciente de que, no que pertine às atividades dos agentes e distribuidores, indubitavelmente estamos diante do denominado negócio jurídico, instituto tão estudado e discutido pelos doutrinadores, e que passaremos a analisar mais detidamente a seguir, por óbvio sem a pretensão de esgotá-lo.

José Antonio Doral e Miguel Angel Del Arco⁶⁵, ao discorrerem sobre a etimologia do termo negócio, ensinam:

⁶⁵ José Antonio Doral e Miguel Angel Del Arco. *El Negócio Jurídico*, p. 33.

“La etimología del término negocio acredita que responde a la vez a una necesidad de protección y amparo a la persona y de resorte para el cuidado y aprovechamiento de los bienes propios y ajenos, administrar un patrimonio ajeno, negotium pro re”.

Sobre a definição propriamente dita ensinam: *“Por negocio jurídico suele entenderse el ato cuya eficacia y función es la autorregulación de los intereses privados”.*

Giuseppe Stolfi⁶⁶ conceitua o negócio jurídico *“como la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción”.*

Para Emilio Betti⁶⁷, o negócio jurídico não pode ser uma declaração de vontade apta a criar efeitos jurídicos, pois a autonomia de vontade deve ser interpretada como poder de auto-regulamentação dos próprios interesses e reconhecida pelo direito. O negócio jurídico, portanto, é ato de autonomia privada.

Em obra de Vicente Ráo⁶⁸, é mencionada a definição do negócio jurídico por Manigk:

“Negócio jurídico é o ato jurídico que serve à autonomia privada do sujeito de direito e em cujos pressupostos de fato é essencial a vontade do sujeito, completada por uma conduta externa e dirigida ao efeito jurídico” (Manigk, Willenserklärung um Willensgeschaef, parágrafo 153).

O novo Código Civil brasileiro, no Livro III de sua Parte Geral, substituiu a expressão genérica “fato jurídico”, que se encontrava no Código de 1916,

⁶⁶ Giuseppe Stolfi. *Teoria Del Negocio Jurídico*, Madrid, Ver. De Derecho Privado, 1959, p. 1-2.

⁶⁷ Betti, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giurídico*, p. 63 e ss.

⁶⁸ Vicente Ráo. *Ato Jurídico, noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, p. 40.

pela designação específica "negócio jurídico", pois se verificarmos é a este, e não necessariamente àquele, que se aplicam todos os preceitos ali constantes. No tocante aos atos jurídicos lícitos que não negócios jurídicos, abriu-lhes um título, com um artigo único⁶⁹, em que se determina que se lhes apliquem, no que couber, as disposições disciplinadoras do negócio jurídico.

Entendemos interessante mencionar que, na doutrina, há grande discussão sobre qual seja o elemento formador do negócio jurídico. Ao definir o negócio, a doutrina geralmente adota uma posição que ou se prende à sua gênese, ou à sua função. Assim, Antonio Junqueira de Azevedo⁷⁰ diz:

"(...) assim ora o define como ato de vontade que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à formação do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um preceito (dito até mesmo "norma jurídica concreta") que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra-ordenadas, com o que atende, principalmente, ao caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (auto-regramento da vontade)".

Adotamos a posição de que o negócio jurídico encontra na vontade a sua gênese. Assim, também devemos mencionar que referida vontade está sujeita a limitações. Nesse sentido, em surgindo conflitos, o julgador deve, de maneira mais coerente, buscar a verdade real, aquilo que deu vida ao negócio jurídico. Aqui é interessante observar o que diz Paulo Velten⁷¹:

"No ambiente atual do direito privado, de perfil constitucional, a vontade deixou de ser elemento essencial do negócio jurídico,

⁶⁹ Artigo 185: "Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do título anterior".

⁷⁰ Antonio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, 2ª ed. 1986, p. 03-04.

⁷¹ Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.) *A função do direito privado no atual momento histórico*, p. 419.

sendo mero requisito formal, pressuposto que encontra limites na norma, limites impostos para assegurar que as relações jurídicas atendam os valores fundamentais previstos na Constituição Federal e outros aspectos sociais previstos na lei infraconstitucional, como a manutenção dos contratos e a preservação da sociedade empresária”.

Segundo ensina Joelma Ticianelli⁷²,

“o negócio jurídico surgiu dos fenômenos de troca, câmbios voluntários, contrato, englobando em uma única figura todos os fatos dotados de vontade individual, produzindo efeitos jurídicos nos atos do homem”.

Os negócios jurídicos, conceito em que se enquadram os contratos, estão relacionados diretamente com a autonomia privada. Conforme já falamos acima, a autonomia privada está relacionada com o poder do indivíduo de governar sua vontade, obedecendo aos preceitos normativos. A autonomia privada tem respaldo constitucional, sendo um princípio enquadrado nos Princípios Gerais de Direito.

No contexto do negócio jurídico, entendemos ser a autonomia privada a expressão mais significativa do referido instituto. O negócio jurídico tem como objeto a instrumentalização da autonomia privada. As limitações introduzidas na legislação direcionam o negócio jurídico.

A autonomia privada sujeita-se à limitação da ordem estatal, que deixa espaço para inserir a atividade normativa dos particulares. A fonte de validade da autonomia privada está nas normas legais, que devem ser obedecidas para o exercício do poder individual de criar normas, decorrente da autonomia privada. A forma de exercício dessa autonomia privada é o negócio jurídico, como meio destinado aos indivíduos para manifestarem sua vontade, com o intuito de produzir efeitos jurídicos.

⁷² Renan Lotufo (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, Cadernos I, Max Limonad, p. 39.

Entendemos também que a autonomia privada não é total e ilimitada; ao contrário, possui limites estabelecidos nas normas jurídicas. Os limites impostos à autonomia privada produzem o equilíbrio e evitam abusos no que se refere à ordem social. Segundo Luis Díez-Picazo e Antônio Gullón⁷³, os limites da autonomia privada são: a lei, a moral e a ordem pública.

É a norma jurídica que determina as condições de existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

O negócio jurídico não é a simples constatação da existência de vontade, mas sua declaração, produzindo efeitos jurídicos. A vontade e a finalidade do negócio jurídico são saneadores dos vícios negociais, atuando no plano da validade ou da eficácia, para resultarem os efeitos desejados pelos agentes.

Os elementos que compõem a existência do negócio jurídico, segundo Washington de Barros Monteiro⁷⁴, são: 1) essenciais: a estrutura dos atos, sem os quais o negócio não existe; 2) naturais: as conseqüências dos atos; 3) acidentais: a ação das partes para modificar algumas conseqüências naturais, como a condição, o termo e o modo ou encargo. Antônio Junqueira de Azevedo⁷⁵, dentro do plano da existência, considera os elementos: a) gerais – comuns a todos os negócios e indispensáveis à sua existência: formas, objeto e circunstâncias; b) categoriais – próprios de cada tipo de negócio, resultam da ordem jurídica e não da vontade das partes, como a obrigação de segurança nos contratos de transporte. No plano da validade, o principal requisito para caracterizar o negócio jurídico é a declaração de vontade, com consciência da realidade, livre, deliberado, sem má-fé. No plano da eficácia, o negócio jurídico só produzirá efeitos após percorrer todos os planos da existência, validade e eficácia.

⁷³ Luis Díez-Picazo e Antônio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 374.

⁷⁴ Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, p. 176.

⁷⁵ Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, p. 41.

Segundo Néilson Nery⁷⁶:

“É de extrema importância o exame dos elementos constitutivos do negócio jurídico, vale, dizer, os componentes do núcleo do negócio jurídico que se analisa: data, lugar, agente ou agentes, objeto, forma e circunstâncias negociais. Complementarmente adquirem relevo: a vontade do declarante e a causa negocial. Sem elas não há a constituição do negócio ou pressupostos mínimos e elementares”

E diz ainda:

“O negócio jurídico existe quando é causado. Quando, potencialmente, tem aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua função jurídica, delineada segundo a sua essência. Compõem o negócio jurídico, constituindo-se em elementos necessários à sua existência: a) o agente (qualidade de ser sujeito de direito); b) a vontade; c) a causa; d) o ato ou o negócio em si mesmo”.

Interessante observar o que diz Luiz Fachin⁷⁷, em seu trabalho denominado *Novo conceito de Ato e Negócio Jurídico*:

“(...) o negócio jurídico, como conseqüência da vontade, tem seu conteúdo disposto pela própria vontade que permite auto-regulamentar interesses (...)”. “(...) no negócio jurídico a eficácia flui preponderantemente do disposto no conteúdo, embora deva ter a conformidade legal que lhe dá a necessária licitude”. (...)”o negócio jurídico tem função dispositiva sobre os interesses. Presente o agente capaz, a possibilidade jurídica, enfim, a

⁷⁶ Nelson Nery. *Revista de Direito Privado* n. 23, p. 310.

⁷⁷ Luiz Fachin. *Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico*, Curitiba-PR, 1988, Educa Editora, p. 64.

permissão do sistema, adentra nesse campo a autonomia privada”.

O negócio jurídico visa a criar relações jurídicas. Muito importante também, nesse contexto, é frisar a intenção das partes, é o ponto primordial do negócio jurídico. Mais que o sentido literal da linguagem que fora formalizada em documento, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração⁷⁸. Com relação à intenção das partes, José Carlos de Moreira Alves⁷⁹ explica que o artigo 112 do Código Civil “visa deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante”.

3.3. Função Econômica do Contrato

Os contratos em geral, assim como os contratos de distribuição ou revenda e os de representação comercial ou de agência, desempenham importante função para atendimento das necessidades do consumo, possibilitam a entrada de novos empreendedores no mercado, ampliando a saudável concorrência, geram empregos e impostos e, acima de tudo, garantem o acesso de consumidores a produtos e serviços.

No desempenho de suas atividades, tanto o distribuidor ou revendedor quanto o agente ou representante comercial auferem lucros da atividade empresarial, estruturando-a segundo aspectos econômicos acordados e firmados conforme a livre-vontade dos contratantes durante o tempo que convencionaram perdurar a relação entre eles.

⁷⁸ Artigos 112 e 113 do *Código Civil*: Artigo 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar e sua celebração”. Artigo 133 do *Código Civil Alemão*: Para interpretar una declaración de voluntad, habrá de indagarse la voluntad real y no limitarse al sentido literal e las palabras (apud *La interpretación de los negocios jurídicos*, E. Danz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 1).

⁷⁹ José Carlos de Moreira Alves. *Jurisprudência Catarinense – volume 102, O Negócio Jurídico no Novo Código Civil Brasileiro*, p. 39.

Referidos contratos, como já dissemos, são muito importantes na circulação de riquezas.

Extremamente difícil é dissociar um negócio jurídico do contexto econômico. No mundo empresarial, o lucro é o foco. Pode-se então afirmar que noventa e nove por cento dos negócios empresariais são realizados em cima de análises econômicas, de maneira a avaliar o custo/benefício de determinado negócio que se pretende realizar.

Além disso, outros aspectos podem ser suscitados quanto aos fatores econômicos das relações empresariais, dentre eles eventuais desequilíbrios que possam ocorrer entre os contratantes, vez que não se pode comparar uma empresa multinacional com uma quitanda da esquina, por exemplo, sem querer aqui desmerecer a importância de uma e outra para a sociedade e, por consequência, para os indivíduos.

Cabe observar algumas questões sobre a teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro.

Não obstante, no século XIX, a vontade – diga-se, a autonomia privada – ter sido elevada ao valor supremo da época, alguns juristas perceberam que a estrutura contratual pressupõe, para que possa exercer com normalidade sua função de troca, uma relação estreita com a realidade econômica subjacente.

O fato é que, ao levantarmos aspectos históricos, percebemos que o sistema contratual, próprio às concepções liberais do século XIX, momento em que se realizaram as grandes codificações do direito civil, tinha como valor supremo o princípio da autonomia privada, conforme inclusive já mencionamos repetidas vezes. Contribuía muito para a adoção desse princípio, como fundamento único do direito contratual, o fato de as relações econômicas serem estáveis, sem as crises que começaram a surgir na primeira metade do século XX.

Por esse motivo, os códigos não inseriram, expressamente, outros conceitos limitadores da referida autonomia, como o da cláusula “*rebus sic*

stantibus”. A dificuldade, em razão das modificações econômicas, dava ensejo à aplicação da referida cláusula. Verificou-se que, progressivamente, a teoria da imprevisão passou a ser aplicada.

Nesse contexto, começou a surgir no direito civil a teoria da base subjetiva do negócio jurídico e, depois, da base objetiva. Focando-se na teoria da base objetiva no negócio jurídico, podemos dizer que esta se vincula à finalidade real do contrato e procura responder à questão: a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se, em face das modificações econômicas sobrevindas? Por essa razão, entende-se que ela se vincula à teoria da impossibilidade.

Interessante observar Clóvis V. do Couto e Silva⁸⁰, vez que, para ele, cuidar-se-ia de uma impossibilidade econômica, porquanto ultrapassaria os limites do que poderia exigir de uma das partes no contrato o denominado “limite do sacrifício”. Referido autor diz:

”O conceito de base objetiva revela que não se leva em conta a posição de apenas uma das partes do contrato e, sim, a de ambos os figurantes. A base objetiva do negócio jurídico decorre de uma tensão ou polaridade entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza,, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato a realidade subjacente”.

E diz, ainda, que o princípio “*pacta sunt servanda*”⁸¹, vem sendo progressivamente afastado, com o que concordamos integralmente.

⁸⁰ Clóvis V. do Couto e Silva. *A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro*, p. 9-10.

⁸¹ Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *A Função do Direito Privado no atual momento histórico*, Paulo Velten, p. 435: A cláusula da função social, por outro lado, atenua consideravelmente os princípios do *pacta sunt servanda* e o da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que o contrato tem eficácia social, repercute na sociedade e não apenas *inter alios acta*.

Diga-se que o Código Civil estabelece a base objetiva com as cláusulas gerais da função social do contrato (artigo 421)⁸² e da boa-fé objetiva (artigo 422)⁸³.

Segundo Nelson Nery⁸⁴:

“Essa base objetiva existe antes da celebração do contrato, com as tratativas preliminares (eficácia pré-contratual), deve ser mantida durante toda a execução do contrato e mesmo depois de o contrato já ter sido totalmente executado e, portanto, findo (eficácia pós-contratual). Caso haja, no decorrer do cumprimento do contrato, descompasso entre o que as partes acordaram antes e na época da celebração do mesmo contrato, haverá quebra da base objetiva do negócio jurídico, que enseja sua revisão judicial ou extrajudicial, para que o contrato volte ao status quo ante e se mantenha equilibrado sob a mesma base originária”.

Quanto à teoria da base objetiva, podemos dizer que, no âmbito do objeto dos contratos, ou seja, dentre os direitos e deveres recíprocos entre proponente e agente ou representante comercial e entre o fabricante e o distribuidor, situa-se o de manter a base do negócio, ou seja, o conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas que atraíram os contratantes à contratação, cuja alteração retira o sentido da relação⁸⁵.

Nesse contexto, Coase⁸⁶ ensina que as decisões jurídicas, que tangem sobre responsabilidades legais, diferem das decisões econômicas, pois estas analisam a natureza do problema econômico apresentado do aspecto

⁸² Artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁸³ Artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e de boa-fé”.

⁸⁴ Parecer de Nelson Nery: “*Contrato de distribuição de petróleo e derivados: aspectos materiais e processuais*”, p. 316, Revista de Direito Privado, julho-setembro de 2005.

⁸⁵ Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, p. 225.

⁸⁶ Coase. *A Empresa, o Mercado e a Lei* (Capítulo 6: O problema do Custo Social), p. 138-139.

intrinsecamente financeiro. Diz o referido autor que a razoabilidade empregada pelos tribunais para determinar os direitos legais é diferente para os economistas, pois os fatores levados para tomar a sua decisão são para eles irrelevantes. Por essa razão, situações idênticas do ponto de vista econômico são tratadas de forma muito diferente pelos tribunais. Para os economistas, o que mais importa é a forma de maximizar o valor da produção, e os que estudam os problemas das empresas utilizam, habitualmente, o enfoque custo-oportunidade. Para os tribunais, o que se procura responder não é o que se fará e por quem, mas quem tem o direito legal de fazer o que. Os julgadores estão na maioria das vezes preocupados com o bem comum. Em alguns casos, entretanto, os tribunais influem de forma direta sobre as atividades econômicas, portanto, há necessidade de esses tribunais compreenderem as conseqüências econômicas de suas decisões.

A questão é que, apesar dos enfoques diferentes que, em regra, têm o Judiciário e os economistas ao analisarem um fato concreto, para uma análise completa da situação, é preciso verificar todos os aspectos envolvidos, a exemplo das responsabilidades legais, fatores econômicos etc. Não podemos nos esquecer de que vivemos em um mundo material e que tudo se move à base da circulação de riqueza.

Ademais, não há dúvidas de que o legislador pátrio e também os aplicadores do direito devem focar-se na harmonização dos interesses que se relacionam, compatibilizando as necessidades e o desenvolvimento econômico das partes envolvidas.

Em relação aos tipos contratuais, que ora se estudam, é inevitável reconhecer que aspectos econômicos estão intrinsecamente inseridos nas relações comerciais suportadas por esses contratos. Tanto é assim que tal aspecto influencia diretamente questões que envolvem indenizações ao término do período contratual, a própria origem da relação, geralmente baseada no custo/benefício econômico dessas contratações etc.

Outro aspecto é que agentes, proponentes, distribuidores e fabricantes são empresários, pois exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de riquezas, bens ou serviços, com o intuito de obter lucro nessas operações.

IV. NOTAS DE DIREITO COMPARADO

Sobre esse ponto, reputamos importante ventilar alguns aspectos da teoria dos sistemas de Luhmann, por meio da qual se verifica que, no entendimento do referido autor, a sociedade é composta de sistemas funcionais, que se utilizam de códigos binários de comunicação, a exemplo do sistema jurídico, cujo código binário configura-se em direito/não-direito, ou lícito/ilícito, sendo esses códigos passíveis de intercâmbio com outros tipos de código.

Aprende-se também que, nas sociedades diferenciadas funcionalmente, o direito desempenha papel específico, a garantia de expectativas normativas, e dispõe de mecanismos que lhe permitem reagir, a partir de seus próprios elementos, à complexidade proveniente de sistemas externos. Assim, o direito ora se configura como um sistema “fechado” em suas operações (o direito produz direito por meio de direito) e ora se configura como sistema “aberto” e sensível à complexidade de seu ambiente.

Segundo Luhmann, a tarefa/função do sistema jurídico é garantir e manter expectativas quanto aos interesses tutelados pelo direito e oferecer respostas, claras e justificadas, no caso de conflito. Leis, contratos e decisões judiciais são as formas e instrumentos de desempenho dessa função.

Para ele, a unidade do sistema jurídico não é decorrente das normas, valores, princípios e decisões judiciais, mas sim da operação de comunicação que o caracteriza. É a partir desse referencial que se definem os limites do sistema jurídico, suas diferenças em relação aos demais sistemas, as interferências recíprocas entre os sistemas, as formas de acoplamento estrutural entre os sistemas. No que diz respeito ao conceito de acoplamento estrutural de sistemas diferenciados, Luhmann procurou compreender e explicar essas inter-relações, essas interdependências de sistemas e de sistema e ambiente.

Verifica-se que o fechamento operativo do sistema é um reforço à diferenciação entre sistema/ambiente e é elemento de base na abertura cognitiva do sistema ao ambiente e o respectivo intercâmbio entre ambos.

Estudando a teoria dos sistemas, arriscamo-nos a dizer que o direito interno e o direito internacional possuem inclusão e exclusão de recíprocas irritações internas, de conexões entre as duas esferas funcionais.

O sistema jurídico, assim como os demais sistemas, possui forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto às suas operações internas. A isso se chama, como se explicou acima, de acoplamento estrutural.

Conforme Campilongo⁸⁷:

“As irritações, informações e operações do sistema jurídico são sempre seletivas e construídas internamente. A partir delas dá-se a transformação do sistema jurídico. Sem o acoplamento estrutural não haveria chance de aprendizagem dos sistemas parciais”.

Nesse sentido, depreende-se que o sistema recebe informações, que podem mantê-lo ou modificá-lo.

Assim, podemos dizer que o direito interno e o direito internacional estão estruturalmente acoplados, por exemplo, pela figura dos tratados internacionais. Porém, isso não significa dizer que o acoplamento eliminaria a diferenciação existente entre a legislação interna de cada Estado. Para o direito interno (sistema fechado), importa verificar se a comunicação que faz por meio de um tratado, por exemplo, é ou não conforme o direito. Nesse exemplo, o direito internacional seria um ambiente ou um outro sistema para o direito

⁸⁷ Celso Fernandes Campilongo. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, Editora Max Limonad, edição 2002, p. 95-96.

interno e entre ambos há zonas de irritações, que produzem comunicação a ser filtrada pelos códigos de cada um, respectivamente.

Do exposto, cabe ressaltar que é preciso confrontar a matéria sujeita a exame com as leis alienígenas, de maneira a possibilitar-se uma visão mais ampla sobre o assunto, não obstante inexistam, até o presente momento, tratados internacionais acerca da matéria ora estudada.

Segundo Carlos Maximiliano⁸⁸:

“A Hermenêutica envolve-se com a teoria geral da ciência a que aplica os seus preceitos; serve-se dos métodos que esta descobre; aplica à exegese os processos adequados a promover, no campo da legislação, o progresso, o aperfeiçoamento, a aproximação contínua do ideal da justiça. Por isso, o Direito Comparado, desde que se tornou o fanal dos elaboradores de normas, também passou a auxiliar vigorosamente o intérprete. Confronta-se o dispositivo sujeito a exame com outros sobre o mesmo assunto vigente entre povos cultos, e da interpretação atribuída às regras semelhantes redigidas por legisladores estranhos, conclui-se o sentido e o alcance do texto nacional”.

Assim, torna-se cada vez mais necessária a verificação do direito comparado, até porque há concentração cada vez maior de esforços na consolidação dos projetos de integração entre os Estados e, principalmente, na influência que a posição do Judiciário exerce no contexto das relações internacionais brasileiras, englobando aí a questão da credibilidade e confiabilidade do Brasil no exterior.

No que concerne ao tema objeto da presente análise, veremos que em vários países o termo agência já era há muito tempo utilizado, para configurar o

⁸⁸ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 11 ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 132-133.

instituto da representação comercial; tratando-se, portanto, ambos da mesma figura jurídica. Nesse sentido, observa Orlando Gomes, nessa direção⁸⁹:

“A autonomia do contrato de agência, agenciamento ou representação como está reconhecida em algumas legislações (Alemanha, Áustria, Suécia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Itália (Cód. Civil Italiano), França) (...)”.

O exame do direito comparado é um grande desafio, posto que se pretende trazer uma visão de contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda em outros países, bem como de que forma a legislação de tais países trata essa matéria. A seguir, faremos breves comentários sobre o assunto, na tentativa de agregar conhecimento ao presente estudo.

Importante mencionar que os institutos da agência e da distribuição são muito utilizados e conhecidos nos negócios do exterior. Entretanto, os significados dos referidos institutos variam de país para país, e o seu uso nos negócios internacionais tem diferentes conseqüências legais. Por isso é muito importante que quem está inserido nos referidos negócios tenha conhecimento geral dos diferentes significados que esses institutos trazem.

Segundo Jonathan C. Neff⁹⁰:

“A figura do agente é utilizada há muito tempo. Agentes são intermediários na cadeia de vendas feita entre os fabricantes e consumidores. Agentes administram aspectos como transporte de mercadoria, propaganda, etc. Os tipos de relacionamento entre fornecedores e agentes variam conforme as obrigações envolvidas na relação. A longa história e a variedade de relacionamentos relativa ao instituto dos agentes traz como

⁸⁹ Orlando Gomes. *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 7ª ed, 1979, p. 447.

⁹⁰ Texto de Jonathan C. Neff, Presented for International Trade Services, Oklahoma and U.S. Departments of Commerce, tirado da internet (tradução livre) (http://www.exportmichigan.com/rep_agents_distributors_and_joint_ventures.htm).

conseqüência uma complexidade se analisarmos as legislações consuetudinárias, bem como a legislação civil dos países.

Já o conceito de distribuição, por outro lado, é mais recente, entretanto, atualmente, vem sendo muito utilizado. Distribuidores compram mercadorias/produtos e os revendem com uma margem de lucro. Como a propriedade dos produtos é do revendedor, este assume toda a responsabilidade e riscos em relação aos produtos. Uma das diferenças entre agentes e distribuidores é o grau de controle que o fornecedor exerce sobre o intermediário (agente ou distribuidor)”.

Como mencionado acima, verificar-se-á como a matéria é tratada nos países abaixo. Não obstante isso, e mais especificamente no tocante a agência, verificar-se-á, em uma visão geral, que há alguns traços similares em todas as legislações no que pertine à figura do agente ou representante comercial, a saber:

a) o agente ou representante comercial é um intermediador de negócios para angariar clientela para o representado ou proponente;

b) nem sempre o agente ou representante comercial conclui o contrato para o proponente ou representado, ou seja, não é dotado de poderes para tal. Entretanto referido poder pode ser conferido ao agente ou representante comercial e este então passa a assumir responsabilidades em face dos terceiros (clientes);

c) trata-se de um contrato com vários aspectos: zona de atuação, acordo de exclusividade ou não, remuneração, causas de rescisão contratual, prazo do contrato etc.;

d) o agente ou representante comercial atua de maneira autônoma e independente, e normalmente constitui empresa para realizar suas atividades, ou seja, não tem vínculo empregatício com o proponente;

e) nas contratações internacionais verifica-se há muito que referido tipo de contrato é denominado indistintamente de contrato de agência ou representação comercial.

Mais especificamente com relação à Itália, o Código italiano de 1942, em seu artigo 1.742, regulamentou o contrato de agência, que se trata da mesma figura do contrato de representação comercial.

Segundo consta da obra de Ana Maria M. de Aguinis⁹¹:

“por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el cargo de promover por cuenta de otra y contra una retribución la conclusión de contratos en una zona determinada (art. 1.742)”.

Diz ainda:

“La ley italiana pone el acento en la promoción negocial. Son requisitos esenciales del contrato: la estabilidad del encargo, la onerosidad y la determinación de la zona. En cambio, es sólo eventual la atribución del poder de representación al agente. La regulación es amplia, comprensiva del plazo de duración, la retribución o comisión del agente, la duración del contrato y el régimen de disolución”.

Verifica-se que muitas das características contidas na lei italiana, encontram-se na legislação brasileira.

Na legislação francesa, o Decreto n. 58-1345, de 23/12/58, regula a matéria do agente.

⁹¹ Ana Maria M. de Aguinis, *Contrato de Agencia Comercial, Aspectos Jurídicos y función económica Derechos y obligaciones*. Responsabilidad Rescisión unilateral, p. 34, apud Cottino, Gastone, *Diritto commerciale*, t. II, p. 417 y siguientes.

Ana Maria M. de Aguinis, em sua obra⁹², retrata a definição da figura do agente, conforme o que dispõe a legislação francesa acima referida, senão vejamos:

“El art. 6.1º dice que es el mandatário que a título de profesión habitual e independiente sin estar ligado por um contrato de locación de servicios, negocia, y eventualmente concluye compras, ventas, locación o prestación de servicios em nombre y por cuenta de productores, industriales y comerciantes. Guyénot enumera dos condiciones para que el agente se vea amparado por las reglas del estatuto formativo de su actividad profesional: 1) que sea un mandatario profesional e independiente, y 2) que se encuentre matriculado en el registro especial ilevado al efecto. Mediando tales calidades del agente, y obligándose por un contrato formal ad solemnitatem, puede exigir las remuneraciones, indemnización y demás prerrogativas contenidas en el decr. 58-1345 y sus reformas”.

Veja que o direito francês, assim como o brasileiro⁹³ exige do agente, ou representante comercial, registro específico para o desempenho da atividade a ser por ele exercida. Assim como no Brasil, o poder de *representação* é facultativo.

Quanto aos contratos de distribuição, interessante observar o que diz Humberto Theodor Jr. e Adriana M. Theodoro de Mello:

“Esse grupo de contratos que se destinam a instrumentalizar ou dar forma jurídica a tais relações econômicas de distribuição tem sido objeto de estudos sistemáticos e organizados principalmente

⁹² Ana Maria M. de Aguinis, *Contrato de Agencia Comercial, Aspectos Jurídicos y función económica Derechos y obligaciones*. Responsabilidad Rescisión unilateral, p. 35, apud Guyénot, Jean, Curso de derecho comercial, t. III, p. 277.

⁹³ Artigo 2º da Lei n. 4.886/65: “É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta lei”. Artigo 5º da Lei 4.886/65: “Somente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, ao representante comercial devidamente registrado”.

na França, onde já se identificam como ‘contratos de distribuição’ ou ‘direito da distribuição’⁹⁴.

Na Espanha, até 1992, não existiam regras específicas regulando a agência como colaboração comercial ou representação. Era necessário verificar regras gerais contidas no Código Comercial Espanhol de 1885.

Entretanto, a situação mudou substancialmente quando a Lei (Diretiva) n. 86/653 da Comunidade Económica Européia (CEE) foi aprovada. Referida lei contempla disposições relativas à atividade do agente comercial, visto que a Espanha faz parte da Comunidade Económica Européia. As disposições contidas na referida lei puderam ser absorvidas e transportadas para o sistema legal espanhol.

A transposição da Diretiva para o sistema legal espanhol foi feita por meio da aprovação de uma lei específica, que incluiu as normas da CEE. Assim nasceu o Ato dos Contratos de Agentes n. 12/92, de 27/5/92.

De acordo com o artigo 1º do referido ato⁹⁵:

“Through the agency agreement an individual or an entity, called agent, undertakes before the other party, in a continuous or stable manner, in exchange of a compensation, to promote trade acts or transactions on account of others or to promote or conclude them on account of and on behalf of others, as independent intermediary, without running, except agreed otherwise, the risk and venture of such transactions”.

Os principais elementos de um contrato de agência na legislação espanhola são:

⁹⁴ Humberto Theodoro Jr. e Adriana M. Theodoro de Mello, apud Behar-Touchais, Martine; Virassamy, Georges. *Les contrats de la distribution*. Paris: LGDI, 1999, .p. 1 e seg. Os autores relatam que o primeiro tratado de direito da distribuição foi editado em 1975, na França. Embora embrionário, foi o pontapé inicial ao desenvolvimento da atual concepção do direito da distribuição.

⁹⁵ Enrique Batalha. Definição extraída do texto *Agency and Commercial Representation*, 11/2/2005.

1) Esses tipos de contratos são firmados por um longo período, de maneira que ambos os contratantes possam conjuntamente desenvolver suas atividades.

2) O contrato de agência tem natureza onerosa, significa dizer que deve existir a previsão de compensação pelos serviços do agente (Ex.: comissão variável dependendo do volume de transações comerciais realizadas).

3) O agente é um intermediário independente, o que significa dizer que o agente é totalmente livre para estruturar e organizar seu trabalho/atividade da maneira que entender mais conveniente, sem existir a necessidade de observar imposições feitas pelo fabricante/fornecedor.

As características adotadas pela legislação espanhola no que se refere à agência são muito similares às adotadas no Brasil, conforme se verá mais adiante.

A análise da matéria do ponto de vista da legislação portuguesa, permite verificar que o contrato de agência ou a representação comercial configuram o mesmo instituto.

Segundo o artigo 1º do Decreto-lei n. 178/86, contrato de agência⁹⁶ é:

“contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta de outra a celebração de contratos em certa zona ou determinado círculo de clientes, de modo autônomo e estável mediante retribuição”.

O jurista português, Monteiro Fernandes, analisando a situação do “contrato de agência” aponta alguns traços desse modelo negocial:

⁹⁶ Segundo observação de Fernando Cardoso em seu livro *A Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado* (A Autonomia e o Contrato de Agência ou de Representação Comercial), nota de rodapé n. (3), p. 62: “O Decreto-Lei 178/86 vem regular pela primeira vez o contrato de agência. Havia, portanto, uma lacuna que originava problemas de difícil solução (...)”.

“o caráter duradouro e oneroso, sobretudo, explicam que, para mais na ausência de regime legal próprio, se tenham suscitado freqüentes questões de fronteira com o contrato de trabalho, perante situações concretas da prática comercial. É certo que, antes da publicação do DL n.º 178/86, existia já orientação jurisprudencial pacífica no sentido de caracterizar a agência como um contrato de gestão autônoma ou gestão livre, portanto muito próximo do conceito de mandato”.

Relata, porém, a dificuldade diante de situações concretas, havendo necessidade de perquirir-se a ocorrência da subordinação⁹⁷.

Em Portugal, a exemplo do que ocorreu na Espanha, a Directiva n. 86/653/CEE – Comunidade Econômica Européia do Conselho, de 18/12/86, produziu reflexos na ordem legislativa interna do referido país.

Tal fato acarretou, como conseqüência, a necessidade de reexaminar a legislação interna portuguesa.

Assim, o Decreto-lei n. 18/93, de 13 de abril, transpôs para a ordem jurídica interna portuguesa a Directiva n. 86/653/CEE. A adoção, pelo Conselho das Comunidades Européias, da referida Directiva, objetivou a coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais.

Entretanto, segundo consta do prefácio do livro de António Pinto Monteiro⁹⁸:

“A adopção, pelo Conselho das Comunidades Européias, daquela Directiva, impunha que o legislador procedesse a algumas modificações na lei portuguesa. Não se mostrava necessário reformular todo o Decreto-Lei n.º 178/86, ou substituí-lo por outro.

⁹⁷ António Lemos Monteiro Fernández, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999, p.168-9.

⁹⁸ *Contrato de Agência* - Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86 de 03 de Julho, com alterações introduzidas pelo DL 118/93, de 13/04, que transpôs a Directiva 86/653, do Conselho de 18/12/86, p. 7.

Confrontando este diploma com a Directiva, constata-se que ele estava em conformidade, de um modo geral - nos seus objectivos, no seu sentido e até no tocante à maior parte das suas normas, com a legislação comunitária. O que se deve, entre outras razões, à circunstância de o Decreto-Lei 178/86, ao instituir o regime jurídico do contrato de agência, ter atentado nos precedentes de direito comparado e na proposta de directiva existente a essa data”.

Com a vigência do Decreto-lei n. 118/93, que introduziu alterações no Decreto n. 178/96, o artigo 1º passou a ter a seguinte redação:

“1 - Agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta de outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.

2 - Quaisquer das partes tem o direito a que não pode renunciar, de exigir da outra um documento assinado que indique o conteúdo do contrato e de posteriores aditamentos ou modificações”.

Nesse sentido, importante observar as explicações de António Pinto Monteiro⁹⁹ a respeito do artigo acima ilustrado:

“O legislador começa por definir o contrato de agência, fazendo sobressair as notas que identificam este contrato e, simultaneamente, o diferenciam de outros, que realizam função económico-social diversa. Trata-se de um processo técnico-legislativo freqüente (haja vista, por ex., que todos os contratos típicos regulados no Código Civil começam pela respectiva noção), através do qual se visa caracterizar, com o rigor possível,

⁹⁹ António Pinto Monteiro. *Contrato de Agência* - Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86 de 03 de Julho, com alterações introduzidas pelo DL 118/93, de 13/04, que transpôs a Directiva 86/653, do Conselho de 18/12/96, p. 35.

a realidade normativa que é pressuposto do regime instituído. O que se mostra tanto mais necessário quanto é certo reinarem neste domínio algumas confusões, mormente a respeito da delimitação entre agência e outros contratos, como os de comissão, de mediação, de franquia (“franchising”) e de concessão comercial, ainda que possam integrar-se (alguns deles, pelo menos) na categoria dos contratos de distribuição comercial, havendo mesmo quem fale, a este propósito, de um direito de distribuição comercial”.

Verificando-se a lei portuguesa, constata-se poder ser negociada a agência com representação, ou seja, o agente poderá celebrar contratos em nome da outra parte se esta lhe tiver conferido, por escrito, os necessários poderes¹⁰⁰. Em realidade, estamos falando de situações em que ao agente foram conferidos poderes de *representação*, matéria a ser abordada mais especificamente no item 5.1. abaixo. No Brasil também há essa possibilidade, por assemelhar-se nossa legislação, nesse aspecto, à legislação portuguesa. Diferencia-se, no entanto, quando prevê expressamente o direito irrenunciável de formalização do negócio jurídico. Sabemos que, no Brasil, a formalização ou não da relação jurídica é faculdade das partes no âmbito da autonomia privada, não se tratando de aspecto mandatário.

O Código de Comércio Alemão (HGB), reformado no ano de 1953, regula a matéria de agente. Por meio do referido Código, o agente de comércio é um representante independente – *Handelsvertreter* – encarregado de forma permanente a mediar negócios para outrem ou bem concluí-los em nome do empresário.

¹⁰⁰ Artigo 2º da Lei Portuguesa: “1- Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, o agente só pode celebrar contratos em nome da outra parte se esta lhe tiver conferido, por escrito, os necessários poderes (...)”.

Interessante verificar obra de Ana Maria M. de Aguinis¹⁰¹, em que se retrata a definição da figura do agente, conforme o que dispõe a legislação alemã acima referida. Senão vejamos:

“el agente de comercio es un representante independiente, encargado en forma permanente de mediar en negocios para outro empresario o bien concluirlos en su nombre (art. 84). Es un comerciante independiente porque desenvuelve su actividad de manera libre, sin horarios fijos, se hace cargo de los gastos, corre con los riesgos de la empresa, no tiene el mismo domicilio geográfico del representado, se inscribe en el Registro Público de Comercio y cumple con otras modalidades de ‘independencia’ que ha elaborado la jurisprudencia. La falta de esa independencia genera la figura del representante con relación de dependencia laboral, que es un empleado de la empresa”.

Aqui, pela definição acima, também podemos observar vários aspectos similares à legislação brasileira, tais como a independência com que o agente ou representante deve exercer suas atividades, ou seja, sem vínculo laboral, a necessidade de registro para o desempenho de suas atividades, a faculdade no tocante ao poder de *representação*, dentre outros.

O Código Comercial da Colômbia, Lei n. 410, de 1 de janeiro de 1972, em seus artigos 1.317 a 1.331, regulamenta o contrato de agência ou representação comercial.

O artigo 1.317 dispõe¹⁰²:

“Por medio del contrato de agencia, um comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover

¹⁰¹ Ana Maria M. de Aguinis, *Contrato de Agencia Comercial, Aspectos Jurídicos y función económica Derechos y obligaciones*. Responsabilidad Rescisión unilateral, p. 36, apud Garrigues, Los agentes comerciales, en “Revista de Derecho Mercantil, n. 83, p. 9; Katz, Ernesto R., Los representantes de comercio segun la nueva ley de Alemania Occidental, DT, XVIII- 406.

¹⁰² Ana Maria M. de Aguinis, *Contrato de Agencia Comercial, Aspectos Jurídicos y función económica Derechos y obligaciones*. Responsabilidad Rescisión unilateral, p. 39.

o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denominará genéricamente agente”.

Ainda segundo a autora:

“Se aprecia que la figura del agente, en el Código de Comercio Colombiano, es un híbrido al que se le aplican alternativamente las normas del contrato de distribución, mandato o comisión”.

Pela análise da legislação colombiana, verificamos que não obstante o contrato de distribuição ser uma prática naquele país, não está regulado em lei, ou seja, trata-se de um contrato atípico.

A agência ou representação comercial na Argentina trata-se de um contrato atípico ou inominado, vez que não está regulado por lei específica, constituindo-se em produto da liberdade contratual ou autonomia privada.

Já no âmbito da doutrina argentina, verifica-se que a figura do agente veio para substituir a figura do viajante – figura clássica da atividade mercantil, em decorrência de suas maiores vantagens no âmbito dos negócios. A figura do agente também substitui de maneira vantajosa a figura do empregado, tendo em vista a evidente dificuldade econômica que se tem para manter um empregado em cada lugar geográfico, pagando os encargos trabalhistas.

Nesse sentido, importante observar o que diz Guillermo J. H. Mizraji¹⁰³ sobre o agente:

“Aproximándonos a una noción del mismo podemos apuntar que es un empresario independiente, que monta una organización

¹⁰³ Guillermo J. H. Mizraji, Professor de direito comercial e contratos civis e comerciais da Faculdade de Direito (U.B.A). Essas observações foram extraídas de texto, que tem como base a apresentação do professor Guillermo no Congresso Argentino de Direito Comercial, realizado em Buenos Aires, em setembro de 1990.

compleja y riesgosa al servicio de la difusión y colocación de los productos del principal en una zona o región determinadas. Su gran mérito se observa en la captación de la clientela, que no puede lograrlo el fabricante ni aún -- en algunos supuestos-- en su propia zona de influencia. Es, como lo ha señalado Rotondi, 'un productor de clientela y negocios'. En otras palabras, crea una clientela dentro o fuera de la zona -- previamente asignada -- de influencia directa del productor. Esa promoción de negocios en beneficio del principal, no es otra cosa que el estímulo directo en las ventas que luego concluirá el fabricante (agencia sin representación) o, directamente, el agente en nombre y por cuenta del comerciante representado (agencia con representación)".

Verifica-se, pelo exposto, que o agente pode ou não concluir o contrato, se houver poder conferido pelo fabricante para referida finalidade ou não. Essa situação, prevista na doutrina argentina, também é da mesma maneira prevista no direito brasileiro.

Sobre a matéria ainda diz o referido autor¹⁰⁴:

"Sin embargo, pese a la claridad del instituto en nuestro medio, ante la falta de disposiciones normativas para este contrato, no resulta fácil determinar en qué casos nos encontramos ante un viajante o vendedor en relación de dependencia, y en qué otros se trata de un agente o corretor, libre y autónomo.

La zona gris, en la que ubicamos los casos dudosos, hace juzgar las normas que, en materia de viajantes, articula la ley 14.546 (Adla, XVIII-A 183) sobre el marco de los elementos propios del contrato de trabajo en general, conf. las disposiciones de la ley 20.744 (Adla, XXXVI-B, 1175)".

¹⁰⁴ Idem, ibidem.

Como a matéria não está normatizada em lei específica, conforme já dito acima, o autor sugere que, em caso de dúvidas, sejam examinadas as leis que regulamentam as atividades dos viajantes e as dos empregados em geral.

Quanto ao instituto da distribuição, pode-se dizer que, assim como o contrato de agência, trata-se de contrato atípico, posto que não possui regulamentação específica, podendo ser livremente negociado.

Para Roque J. Caivano¹⁰⁵:

“Existen figuras contractuales que por la reiteración en su uso, o por el volumen negocial que representan, si bien son contratos ‘no regulados legalmente’, resultan ‘típicos’ como operación o negocio, en la medida en que su aptitud para resolver determinados aspectos del tráfico los hace uniformemente adoptados. El contrato de distribución se encuentra dentro de esta categoría”.

Ainda segundo o referido autor:

“El contrato de distribución ha sido definido como aquel en el cual una de las partes (productor o fabricante de un bien determinado) delega en la otra parte (distribuidor) la tarea de la colocación masiva de bienes producidos por aquél, por medio de su propia organización, en una zona geográfica determinada, recibiendo a cambio un porcentaje del precio de venta.

Uno de los aspectos en el que no existe uniformidad, es en el referido a si el distribuidor adquiere o no las mercaderías que distribuye. Etcheverry (8) opina que el distribuidor ‘no adquiere los productos, como sí lo hace, en cambio el concesionario’. Marzorati (9) y parte de la jurisprudencia (10), entienden que existe una transferencia de dominio sobre las mercaderías”.

¹⁰⁵ Caivano, Roque J. *Contrato de distribución*, publicado em La Ley 1993-B, 840.

Assim, depreende-se que, quanto às características, trata-se de contrato: atípico, bilateral, oneroso, consensual, não-formal, de trato sucessivo, intuito *personae*.

Interessante ainda observar as diferenças que Marzorati destaca, comparando o contrato de agência e o contrato de distribuição:

“No obstante, pueden marcarse algunas diferencias.

El agente vende los productos a terceros (otros comerciantes o consumidores), por cuenta y nombre del proponente, sin haberlos comprado él previamente. El distribuidor compra las mercaderías al fabricante y las revende, por lo que esta segunda venta la realiza por su cuenta y a nombre propio.

Al no comprar las mercaderías del fabricante, el agente no aparece en la cadena de ventas y tampoco emite facturas, pues lo hace directamente aquél. No se produce ninguna transferencia de dominio intermedia, sino que existe una sola compraventa: del fabricante -- por intermedio del agente -- al tercero. En el contrato de distribución, el distribuidor interviene como adquirente de los productos, por lo que debe transferir su propiedad mediante otra venta y facturar a nombre propio. Hay dos compraventas: del fabricante al distribuidor, y de éste a los terceros.

La ganancia del agente es un porcentaje sobre las ventas que él promueve, que el proponente le abona en forma de comisión. La del distribuidor, en cambio consiste en la diferencia entre el precio al que compra los productos al fabricante y el que los vende a los terceros.

El agente puede o no tener la representación del proponente, siendo lo más común que sí la tenga. El distribuidor, por el contrario, no ejerce representación alguna del fabricante, sino que actúa por cuenta y a nombre propio“.

Depreendemos da leitura dos itens acima que a maioria dos elementos diferenciadores dos institutos da distribuição e da agência, de acordo com a doutrina argentina, são praticamente os mesmos elementos jurídicos de diferenciação, previstos na legislação brasileira.

As relações contratuais de distribuição, agência e representação entre fabricantes ou firmas estrangeiras e pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Paraguai estão reguladas nas disposições contidas na Lei n. 194, de 6 de julho de 1993. Também se aplicam a essas relações as disposições contidas no Código Civil Paraguuaio.

A Lei n. 194 modificou e revogou as disposições do Decreto n. 7/1991, que tratava da presente matéria.

Durante a década de 1990, o Paraguai desejava implementar uma sólida e profunda política de abertura comercial. O Congresso Nacional planejou melhorar a produção e circulação de mercadorias e serviços, fatores que poderiam eventualmente aumentar de maneira positiva o produto nacional bruto, melhorando com ele a qualidade de vida dos paraguaios.

Apesar de o Decreto n. 7 não mais produzir efeitos, faz-se importante ilustrar algumas de suas disposições no presente trabalho. Ao analisar o seu preâmbulo e observações preliminares, pode-se compreender que seu objetivo era proteger a parte local, a mão-de-obra paraguaia. Conseqüentemente, tinha também como propósito impedir um impacto econômico negativo ocasionado pelo término da relação contratual, de maneira inesperada e imprevista pelas partes.

É indiscutível que a Lei n. 194 pressupõe que os fabricantes ou firmas estrangeiras possuam um poder de negociação muito mais forte ao participarem de relações contratuais com contratantes nacionais (paraguaios). Essa situação cria um campo de relação contratual desigual, que necessita ser reequilibrado de alguma maneira. Os contratantes locais (paraguaios) são considerados partes fracas.

A opinião de autores paraguaios a respeito da Lei n. 194 é bastante dividida. Alguns afirmam ter ela contribuído de modo vital para o desenvolvimento da economia do país. Ademais, com a promulgação da referida lei, buscou-se proteger a parte nacional dos abusos cometidos normalmente por firmas estrangeiras, que em geral gozam de posição dominante nas negociações. Por outro lado, outros autores expressam sérias preocupações com respeito à constitucionalidade da Lei n. 194, a qual desde sua promulgação estabeleceu um sistema discriminatório, desigual com relação às firmas estrangeiras.

Com a promulgação da Lei n. 194, o legislador objetivou conceder um maior nível de garantia e segurança para as partes contratantes, de maneira que as “regras do jogo” fossem conhecidas pelos contratantes desde o início das tratativas.

Importante ilustrar a definição de representantes, agentes e distribuidores, de acordo com a Lei paraguaia¹⁰⁶:

“Representación significa: la autorización otorgada por el contrato, debidamente instrumentado, para que una persona, natural o jurídica, domiciliada en la Republica, gestione y realice transacciones comerciales para la promoción, venta o colocación, dentro del país o en cualquier otra área determinada, de productos o servicios proveídos por un fabricante o firmas extranjeras.

Agência se refiere a la relación contractual debidamente instrumentada, por la cual um fabricante o firma extranjera faculta a una persona natura o jurídica, domiciliada em la Republica, a intermediar em la gestión, realización, o conclusión de negocios o contratos com clientes dentro del país o cualquier outra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de uma comisión.

¹⁰⁶ Ley n. 194, artículo 2.

Distribución se refiere a la relación contractual debidamente instrumentada entre un fabricante o firma extranjera y una persona natural o jurídica domiciliada en la Republica, para la compra o consignación de productos, con el fin de revenderlos dentro del país o en cualquier otra área determinada”.

Segundo Wilfrido Fernández e Alejandro Piera¹⁰⁷ :

“Un contrato de distribución implica sólo la compra de productos. El mismo no cubre la prestación de servicios. El distribuidor procura revender los productos. Sus ganancias provienen de la expansión entre la compra y el precio de reventa de un item particular”.

Importante ilustrar alguns pontos importantes da Lei:

1) A Lei n. 194 é aplicada em relação à parte local, quando agente, representantes e distribuidores estão domiciliados no Paraguai. Portanto, aplica-se, por exemplo, a um agente argentino com domicilio permanente no Paraguai, que é parte de uma relação contratual com uma firma estrangeira.

2) A Lei deixa a critério das partes, de acordo com a autonomia privada, a decisão de celebrar contrato com ou sem exclusividade.

Nesse sentido explicam Wilfrido Fernández e Alejandro Piera¹⁰⁸:

“Se entiende que la naturaleza exclusiva de estas relaciones implican el aspecto territorial y personal de las mismas. Excepto cuando se establece expresamente lo contrario por las partes integrantes del contrato, un contrato exclusivo implica que la firma extranjera está obligada no solo a no invadir el territorio exclusivo otorgado a la parte local, sino que también la misma

¹⁰⁷ Wilfrido Fernández e Alejandro Piera. *Revista da ABPI*, n. 71, julho/agosto 2004, p. 5.

¹⁰⁸ Wilfrido Fernández e Alejandro Piera *Revista da ABPI*, n. 71, julho/agosto 2004, p. 6.

debe comprometerse a obligar a otros agentes de su red a abstenerse de así hacerlo, en caso de ser este el caso”.

3) A lei impõe a obrigação de as partes registrarem o contrato nos registros públicos, a fim de que o contrato tenha validade *erga omnes*.

4) A princípio, a autonomia das partes é reconhecida pela Lei n. 194, porém com uma extensão limitada, vez que essa lei é considerada como norma de ordem pública.

5) As relações de representação, agência e distribuição devem estar formalizadas em contrato. A esse respeito, estabelece o Código Civil Paraguaio que todos os contratos que implicam somas mais elevadas, equivalentes a dez salários mínimos diários, devem realizar-se por escrito¹⁰⁹.

6) Há possibilidade legal de as firmas estrangeiras terminarem, cancelarem, revogarem, modificarem ou absterem-se de prorrogar o contrato sem ter de pagar indenização, caso ocorra justa causa para tal (ex.: descumprimento do contrato, diminuição continuada de vendas, conflito de interesses etc.).

7) Há também a previsão de as firmas estrangeiras terminarem, cancelarem, modificarem e negarem-se a prorrogar o contrato, desde que paguem indenização compensatória. A fórmula de indenização considera dois elementos primordiais: i) o prazo/tempo de duração do contrato; ii) a margem bruta média obtida pela parte local (sobre uma base anual) durante os três últimos anos da relação.

De acordo com a legislação paraguaia, agência, representação e distribuição são contratos diferentes e com particularidades próprias. Adicionalmente, diga-se que somente na agência parecer existir a possibilidade de outorga de poderes de *representação* ao agente, o que não fica claro no caso da representação comercial.

¹⁰⁹ Código Civil Paraguaio, artigo 706.

V. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONTRATOS DE AGÊNCIA OU REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E DE DISTRIBUIÇÃO OU REVENDA

A globalização da economia e a concorrência, dentre outros fatores, impuseram aos empresários a necessidade de socorrer-se com elementos de aperfeiçoamento e otimização de suas atividades, a fim de competir e até mesmo sobressair-se em relação aos seus concorrentes, racionalizando custos e despesas, profissionalizando suas atividades de gestão, terceirizando serviços, acompanhando a modernização de seus sistemas de produção e entregando produtos e serviços no mercado a profissionais especializados. E é aí que entram as contratações por parte dos empresários das atividades de representação comercial ou agência e da distribuição ou revenda, cujas definições e características veremos a seguir.

Importante repetir que a evolução dos tempos e, por conseqüência, a modificação do direito exigem que a interpretação da lei seja feita com base nas necessidades e costumes do momento em que determinada sociedade vive, ou seja, é mandatória uma interpretação dinâmica, considerando-se determinado fato jurídico, seu tempo e seu espaço.

Em relação ao próprio entendimento do que sejam os institutos da representação comercial ou agência e distribuição ou revenda, existem interpretações completamente distintas uma das outras, muitas vezes em decorrência do momento em que determinado instituto foi examinado e estudado.

Exemplo disso – e aqui não se está fazendo uma crítica – é um trecho extraído de artigo publicado na RT 475/1975, p. 47, cujos autores são Georgette Nacarato Nazo e Benjamin Monteiro, conforme segue:

“A verdade é que a figura do representante comercial surgiu recentemente como categoria jurídica própria e hoje o contrato de representação comercial e a regulamentação das atividades de

seus agentes encontram-se disciplinadas na Lei 4886, de 09.12.1965, que em seu artigo 1º, assim dispõe, 'in verbis':

Mas a atuação da Distribuidora foi muito além do próprio conteúdo traçado na referida lei, porque precisou criar condições para poder promover um produto de marca desconhecida e manter adequada e custosa estrutura para distribuí-lo na zona em que operava" (grifo nosso).

O texto analisa uma única situação, nominando o prestador de serviços, ora como representante, ora como agente e ora como distribuidor.

Da leitura de vários textos acerca da matéria, constata-se que muitos autores, por vezes, misturam os institutos: ora os tratam como institutos iguais, ora apontam diferenças etc.¹¹⁰.

A esse respeito, importante observar algumas citações que Rosa Maria de Andrade Nery faz em trabalho seu, intitulado Contratos Mercantis (no prelo):

"A particularidade do contrato de representação comercial, que o distingue dos contratos de concessão, distribuição e franquia, segundo RUBENS EDMUNDO REQUIÃO, consiste no fato de que 'o representante comercial autônomo, mesmo que opere sob a forma de empresa, não pratica ato de venda, em nome próprio ou por conta própria. Ele apenas aproxima as pessoas interessadas na operação comercial, as quais, pessoalmente, fecharão o negócio principal. A atividade do representante comercial autônomo é a mediação ou intermediação, exercida por meio de técnicas apropriadas, e visa a obter a declaração de vontade de vendedor e comprador sobre as bases de um negócio, que se

¹¹⁰ Nesse sentido, segue trecho do texto "Contrato de Revenda", de Waldírio Bulgarelli. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 236: "É que a maioria desses contratos, além de imprecisamente caracterizados, ainda são na maioria negócios jurídicos complexos, verdadeiros contratos mistos ou compósitos, sem uma perfeita identificação jurídica. Vale, porém, o esforço de tentar qualificá-los dadas as conseqüências, sobretudo, se for suscetível de enquadramento entre os contratos típicos, com regulamento legal expresso a gerar efeitos até mesmo *ex lege*".

celebrará caso se emita essa mesma declaração de vontade, de modo positivo, fixando as características da coisa (a ter sua propriedade transferida) e do preço, dois dos elementos do contrato de compra e venda. O representante comercial, como tal, não adquire a propriedade de um objeto qualquer, para revendê-lo, com lucro. Se o fizer, não estará no exercício de sua profissão’.

Sobre a diferença entre o contrato de representação comercial e o contrato de distribuição, afirma FERNANDO NETO BOITEUX: ‘Na realidade, o contrato de distribuição impõe, como um de seus requisitos, que uma das partes contratantes seja o fabricante do produto, o que não ocorre na representação comercial ou agência, que pode ser pactuada entre dois comerciantes’. Prossegue o autor: ‘Por outro lado, o contrato de distribuição pressupõe a compra e vende continuada para revenda, sendo que o agente compra o produto para revendê-lo em uma determinada zona. Enquanto o distribuidor realiza vendas a terceiros por conta própria, o agente as realiza por conta e ordem do agenciado. Em suma: o distribuidor revende produtos de sua propriedade, e o agente intermedeia a venda de produtos de terceiros’.

Por essa razão, nos tópicos a seguir, pretende-se demonstrar as características e os conceitos da distribuição ou revenda e da agência ou representação comercial, de maneira a evidenciar a distinção entre os dois tipos contratuais, além de compará-los com outros institutos jurídicos, com os quais podem ser confundidos, e também ilustrar informações da vivência prática, que pretendemos contribuam para a compreensão dos referidos contratos quando da sua utilização.

Ao iniciar os comentários a respeito do assunto, mister se faz ilustrar o que observa em sua obra Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça¹¹¹:

“que o instituto das obrigações é uma parte quase exclusivamente theorica em todas as legislações. Nelle trata-se, em ultima analyse, as diferentes formas sob as quaes se manifesta a vontade humana o domínio das convenções e os efeitos della defluentes”.

O presente assunto está inserido no campo dos direitos das obrigações, em relação ao qual Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça¹¹² diz:

“(...) podemos deduzir com eminente civilista pátrio a verdadeira definição da obrigação como a relação transitória de direito que nos:

- Constrange a dar, fazer ou não fazer alguma cousa;*
- Economicamente apreciável, em proveito de alguém;*
- Que por acto nosso ou de alguém comnosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão”.*

Veremos que os tipos contratuais ora examinados retratam muito bem o que definiu o ilustre autor ao abordar o direito das obrigações.

5.1. Representação

Inviável seria estudar os tipos contratuais objeto do presente estudo, sem abordar um pouco mais detidamente a *representação*, denominada pelos doutrinadores como instrumento de “cooperação jurídica”, vez que é

¹¹¹ Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça. *Doutrina e Prática das Obrigações*, 1911, 2ª ed., 1911, p. 97-98.

¹¹² Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça. *Doutrina e Prática das Obrigações*, 1911, 2ª ed., 1911, p. 102.

amplamente utilizada na viabilização da formação do negócio jurídico, entendida como fonte de direito e obrigações, facilitando e possibilitando, com maior rapidez, a circulação de riquezas, bem como a satisfação dos interesses e necessidades dos indivíduos. Referido instituto, como se verá mais adiante, não se confunde com os contratos de representação comercial ou agência e nem tampouco com o de mandato.

A interpretação dos negócios jurídicos, instituto que já tivemos a oportunidade de aqui ilustrar, insere-se dentre as questões mais analisadas, discutidas e também complexas no Direito Civil, assim como a *representação*. Não é nossa pretensão abordar toda a gama de teorias relativas ao negócio jurídico, bem como à *representação*, ou estudá-los com profundidade, mas sim trazer a baila algumas considerações que, certamente, contribuirão para compreender o presente estudo, sem, contudo, esgotar o tema.

Nesse contexto, importante trazer a lição de Junqueira de Azevedo¹¹³, que conclui ser o negócio jurídico

“uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, as circunstâncias negociais, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos. O negócio jurídico não é por outras palavras uma simples manifestação de vontade, mas uma manifestação de vontade qualificada, ou uma declaração de vontade”.

Importante que se diga que o emissor da declaração da vontade formadora do negócio jurídico é, mais rotineiramente, o titular do interesse por este regulado, ou seja, em sua esfera jurídica incidem os efeitos do negócio por ele celebrado. Não obstante esse fato, importante observar o que diz Ladaria Caldentey¹¹⁴:

¹¹³ Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico – Existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20-21.

¹¹⁴ J. Caldentey, Ladaria. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952.p. 63.

“a titularidade da esfera jurídica sobre a qual incidem os efeitos do ato não é o único fundamento possível de legitimação. Com efeito, admite o ordenamento jurídico, em situações excepcionais, a legítima intervenção de outrem na celebração do negócio jurídico que repercute em esfera jurídica distinta da do emitente da vontade”.

O representante atua legitimado pela lei ou pelo próprio titular da esfera jurídica afetada, sendo legitimado à prática do ato.

Segundo Ladaría Caldentey¹¹⁵:

“Em virtud de la representación un sujeto (representante) está legitimado (con legitimación indirecta) para realizar los actos que impliquen ejercicio de un derecho o de una facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado)”.

A denominação *representação* advém do latim *representatio, representationis*. Segundo Mairan Gonçalves Maia Júnior¹¹⁶,

“a concepção do termo ‘representação’ dentro da teoria dos contratos amolda-se, com maior precisão, à noção de ‘substituição da manifestação da vontade’, ou seja, à indicação de que a vontade indispensável à celebração do negócio jurídico é declarada por pessoa distinta do dominus negotii”.

Por *dominus negotii*, entenda-se o outorgante ou representado. E diz ainda:

“A atuação, a vontade expressa necessária à concretização do negócio jurídico, opera-se por outra pessoa, por ‘interveniente ou cooperador’, o qual ‘faz as vezes de’, ‘apresenta-se no lugar de’,

¹¹⁵ Idem, ibidem.

¹¹⁶ Mairan Gonçalves Maia Júnior. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 21-22.

agindo e fazendo com que os efeitos jurídicos e econômicos do negócio jurídico celebrado por seu intermédio recaiam diretamente na esfera jurídica do substituído, ou seja, do dominus negotii”.

Analisando-se o trabalho dissertativo de Renan Lotufo a respeito do tema, bem como Pontes de Miranda, verifica-se que a origem do instituto da *representação* está no direito romano; entretanto, conforme o segundo autor, o instituto da *representação* não possuía no direito romano as características que, atualmente, o identificam¹¹⁷.

Entretanto, deve-se ao direito canônico o principal impulso no desenvolvimento do instituto. Sanchez Urite¹¹⁸ observa ter o direito canônico acolhido o conceito de *representação* sem maiores discussões, colocando-o ao lado do mandato, e considerando-o elemento essencial do contrato de mandato.

Como dissemos anteriormente, de modo geral, a vontade formadora do negócio jurídico é declarada pela própria parte, pois, como adverte Pontes de Miranda¹¹⁹, “a regra é a apresentação, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém representa”. Entretanto, não pode ser ignorada pelo direito a necessidade de cooperação, ou seja, uma intervenção de terceiros que não as partes envolvidas diretamente na relação comercial, em muitos dos negócios jurídicos.

É fato que a evolução das relações sociais, econômicas e jurídicas demonstrou e demonstra a necessidade dessa “cooperação jurídica”, a

¹¹⁷ Renan Lotufo. *Algumas questões relativas ao mandato*, p. 327. Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, op. cit., p. 231: “O direito romano não conhecia representação: havia a *potestas*, havia a *auctoritatis interpositio*, havia a *negotiorum gestio*; o tutor não representava, os seus atos eram em nome próprio, era ele que adquiria, que se tornava credor; precisava-se do escravo, do pupilo, para se adquirir, o que somente podia ocorrer se o ato não havia de pessoal e se não empobrecia a pessoa. Só no direito imperial é que se esboçava algo de representativo”.

¹¹⁸ Ernesto A. Sánchez Urite. *Mandato y representación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969, p. 16.

¹¹⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 231.

exemplo da *representação*, por motivos de necessidades de ordem estratégico-mercadológica, técnica, econômica (circulação de riqueza), dentre outros, a que a sociedade está inserida.

Dessa maneira, e com a evolução dos séculos, permitiu-se a intervenção de pessoas distintas dos titulares dos interesses materiais envolvidos na concretização dos respectivos negócios jurídicos, de modo a viabilizá-los ou diminuir os ônus das partes.

Não obstante existirem diversas formas de cooperação jurídica, destacar-se-á no presente estudo a *representação*, que segundo Roberto de Ruggiero e Manuel Domingues de Andrade¹²⁰, é definida respectivamente como: “instituto, graças ao qual alguém pratica um ato jurídico em lugar de uma outra pessoa com a intenção de que esse ato valha como se fosse praticado por essa outra e produzindo realmente para ela os seus efeitos”. “Caracteriza-se a representação pela declaração de vontade de uma pessoa, *alieno nomine*, em nome de outra, o *dominus negotii*, fazendo recair as conseqüências jurídicas e econômicas do negócio jurídico concretizado diretamente na esfera jurídico-econômica do representado, denominando-se negócio jurídico representativo ao negócio assim realizado”.

Diante dos conceitos acima, podemos depreender que a personalidade jurídica do representante não deixa de ser uma projeção da personalidade jurídica do representado, não se confundindo uma com a outra, e que, de modo geral, todos os negócios jurídicos podem ser celebrados por meio de representantes, em particular os de natureza patrimonial, que tenham por objeto direitos obrigacionais, desde que a vontade manifestada pelo representante possa, válida e juridicamente, vincular o representado, produzindo os efeitos decorrentes desses negócios, exclusivamente, no âmbito jurídico do representado.

¹²⁰ Roberto e Ruggiero. *Instituições de direito civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 241. Manuel Domingues de Andrade. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997/98, vol.II. p. 287.

Para Manuel de Andrade¹²¹, seriam três os pressupostos da *representação*, a saber: a *contemplatio domini*, a vontade de contratar manifestada pelo representante e o poder de representação. Segundo o civilista lusitano, os dois primeiros diriam respeito à própria existência da representação, “de cujo conceito são elementos integradores”, enquanto o terceiro diria respeito à eficácia da representação, “sendo necessário apenas para que o negócio representativo atinja o escopo a que tende, projectando directamente as suas conseqüências a órbita jurídica do representado”.

O entendimento predominante é que o poder de representação conferido ao representante legitima sua atuação, permitindo a alteração do patrimônio do representado pelos atos e negócios jurídicos celebrados pelo representante, e que o fundamental para outorga do poder de representar na representação voluntária é, exclusivamente, a vontade do representado, sendo despidianda à sua configuração a anuência do representante, ou mesmo o exercício ou não do poder de representação, ou seja, é formado unilateralmente pela vontade do outorgante. Veremos, entretanto, que referido entendimento merece alguns comentários.

Nesse contexto diz Fábio Mattia, op. cit., p. 11:

“Decidir se o procurador tem de usar ou não o direito de representação que se lhe concedeu é algo que lhe compete. E, fazendo uso do direito de representação, nem por isso cria a relação de procuração, como não a impede nem a extingue se não a usa”.

Larenz a respeito ensina:

“La constitución del poder de representación no depende del consentimiento del apoderado, pues el Código hace que sea suficiente la declaración del poderdante; no obstante, será preciso concederle la facultad de rechazar um poder que no desea”.

¹²¹ Op.cit., p. 301.

Interessante observar o que diz Larenz, vez que o representante a quem são outorgados poderes pode recusar-se a atuar como tal, ou, ainda, a exercer determinados poderes que lhe tenham sido conferidos. E, mais, não podemos desconsiderar que a vontade manifestada na realização do negócio é a do representante, o qual atua em nome do representado. Para Mota Pinto¹²²,

“na representação há a declaração, em maior ou menor escala, de uma vontade própria do representante e não pura e simplesmente a existência de uma vontade do representado. Segundo o autor lusitano, a vontade manifestada pelo representante é o elemento que o diferencia da figura do núncio”.

O representante, ao declarar sua vontade, atua na esfera de poderes que lhe foram outorgados, sua liberdade é restrita aos limites fixados pelo representado, ou seja, a vontade do representante é balizada pela vontade do representado.

Quanto a sua natureza jurídica, o poder de representação é negócio jurídico unilateral, abstrato e receptivo¹²³, posição que renomados doutrinadores adotam.

Na legislação brasileira, o novo Código Civil, suprimindo lacuna do Código de 1916, reservou na Parte Geral capítulo para os dispositivos gerais sobre representação legal e representação voluntária, nos termos dos artigos 115 a 120. Ao disciplinar as várias espécies de contratos, o novo Código Civil também regulamentou, separadamente, nos artigos 653 a 691, o contrato de mandato¹²⁴, que os doutrinadores por muito tempo confundiram com a *representação*.

Nesse sentido, dispõe o artigo 120 do Código Civil:

¹²² Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil.*, p. 544.

¹²³ Defendem esta posição Sanchez Urite, op.cit., p. 41-44; Fábio Mattia, op.cit., p. 10-11; Pontes de Miranda, op. cit., p. 247-250; Caldentey Ladaria, op. cit., p. 67.

¹²⁴ Artigo 653: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

“Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária, são os da Parte Especial deste Código”.

Aqui não nos interessa abordar a denominada representação legal ou necessária, mas sim examinar um pouco mais detidamente a representação voluntária ou convencional, podendo também ser denominada por ato de vontade do representado.

Verificamos que apesar de o novo Código dispor expressamente sobre a *representação* – aspecto omissivo no Código de 1916, quando regula *representação voluntária* –, faz também referência expressa às normas que disciplinam o contrato de mandato (parte especial), visto que a *representação* é afim a esse tipo de contrato. Registre-se, entretanto, que pode existir mandato sem *representação*, assim como pode também existir agência ou representação comercial sem *representação*¹²⁵. Com isso, queremos dizer que mesmo o legislador disciplinando a matéria no atual Código Civil, incide ele nas mesmas falhas do Código de 1916, não diferenciando *representação*, contrato de mandato e procuração, esta última como instrumento de outorga de poder de representar.

A *representação voluntária* depende de ato de vontade do sujeito de direito, tendo por finalidade operar efeitos particularmente no âmbito dos negócios jurídicos. É importante dizer que a outorga voluntária do poder de representar não elimina a capacidade negocial do representado. Esta permanece íntegra, exceção feita à hipótese em que o representado expressamente abra mão de sua capacidade negocial, conferindo, exclusivamente, ao representante poder para realizar o negócio jurídico,

¹²⁵ Artigo 710, parágrafo único do Código Civil: “O proponente pode conferir poderes ao agente para que este **o represente na conclusão dos contratos**” (grifo nosso). Artigo 1º da Lei n. 4.886/65: “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, **praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios**” (grifo nosso). Vejam que o proponente tem a faculdade de conferir ou não poderes de representação ao agente ou representante comercial.

abstendo-se de nele intervir *in persona*. O poder decorrente da vontade do representado, outorgante, constitui expressão do princípio da autonomia da vontade, e na *representação voluntária*, o poder conferido é instrumentalizado por intermédio da procuração, a qual estabelece o conteúdo e a extensão do poder de *representação* outorgado ao representante.

Segundo Renan Lotufo¹²⁶, ao citar Henry Lévy-Ulmann, em trabalho de dissertação:

“a representação e a abstração podem ser acrescidas à lista das modalidades imagináveis de elementos acidentais do ‘negotium’”.

E diz ainda:

“A representação voluntária, exige a concorrência da ‘contemplatio domini’ e do poder de representação. A contemplatio domini é a atuação em nome alheio e é relevante para o terceiro, que deve saber com que pessoa se relaciona, é necessário que a ação em nome de outrem conste do ato. Quanto ao poder de representar tem-se que é um poder em sentido técnico, posto que não se confunde com direito potestativo (...)”.

Ensina ainda Renan Lotufo¹²⁷ que o mandato pode existir sem que haja representação. Quando há representação, o referido autor diz que o mandato desenvolve-se em dois campos de relações, as internas e as externas, ou seja, há contratos de mandato no âmbito interno e poder de representação no externo, e que este último, para ter eficácia, deve ser instrumentalizado por meio de procuração. Diz ainda que o mandato é contrato eminentemente instrumental e a procuração tem autonomia em relação a ele.

¹²⁶ Renan Lotufo. *Algumas questões relativas ao mandato*, p. 205, 206 e 207.

¹²⁷ Renan Lotufo. *Algumas questões relativas ao mandato*, p. 327-328.

Importante ilustrar o que entende Pontes de Miranda acerca da distinção entre mandato e o poder de representação (citação de Renan Lotufo)¹²⁸:

“Há, quase sempre, PODER DE REPRESENTAÇÃO no mandato, porém o mandato e o poder de representação não se confundem. Pode haver mandato, no direito brasileiro, sem poder de representação, e.g., quanto aos atos que, sem poder de representação, podem ser praticados por outrem. No Código Civil, artigo 1.288, alínea “a”, diz-se que a procuração é o instrumento do mandato. A teoria moderna entronca-se em P. Laband.....: mostrou ele que os deveres e as obrigações do mandatário nada têm com o poder de representação; a conferência de poder de representação é apenas espécie de outorga de poder, assente em manifestação unilateral da vontade do outorgante”.

Diga-se ainda que não obstante o Código Civil¹²⁹ equivocadamente prescrever ser a procuração o instrumento do mandato, é o instrumento de

¹²⁸ Renan Lotufo. *Algumas questões relativas ao mandato*, p. 212-213.

¹²⁹ Artigo 653 do Código Civil: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. **A procuração é o instrumento do mandato**” (grifo nosso). Vejamos também as observações contidas no *Código Civil Comentado* de Nelson Ney e Rosa Maria de Andrade Nery, 4.ed. Ed. Revista dos Tribunais.p.517: “Nota 3. Todo mandato (poder de agir) implica procuração (poder de representar). A recíproca porém não é verdadeira...”. “Nota 4. A procuração é negócio jurídico unilateral destinado tão somente à representação do outorgante. É o ato ou negócio jurídico e o único ato ou negócio mediante o qual se constitui o poder de representação voluntária (José Paulo Cavalcanti, *Sobre ato ou negócio jurídico de procuração*, 1992, n. 7, p. 18). Quando qualificada como ‘instrumento de mandato’ é na verdade a prova de que o mandatário está investido de poderes de representação”. “Nota 5. A expressão mandato se relaciona mais particularmente a esta parte da convenção que determina que os atos jurídicos formam o objeto do mandato, enquanto a palavra procuração se refere mais especialmente à parte da convenção pela qual o mandatário aceita o poder de representar o mandante. Na prática dá-se ainda esta denominação ao documento redigido para conservar a prova do mandato..... A procura é o negócio jurídico unilateral que resta instrumentado na procuração, o seu documento probante, dotado de requisitos específicos de conformação. Como já tivemos ensejo de referir, pode considerar-se hoje doutrina assente a distinção entre mandato e procuração, concebidos como actos jurídicos de natureza diversa: o mandato, como *contrato*, vinculando o mandatário à realização de um acto jurídico no interesse e por conta do mandante; a procuração como acto unilateral do constituinte, dando ao representante os necessários poderes para realizar eficazmente actos cujos efeitos se projectam integralmente, de forma direta, na esfera jurídica daquele” (Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*. Lisboa. Ática, 1961, p. 381).

outorga de poderes de *representação*, não sendo necessária para a realização do contrato de mandato, em que o mandatário pode agir em nome próprio. A procuração outorgada por escrito¹³⁰, pode assumir a forma de instrumento público ou particular. Por óbvio, se a instrumentalização for feita por escrito, de modo expresso, no caso de conflito de interesses, buscando-se a tutela jurisdicional, ficará muito mais fácil comprovar que tipo de poder foi outorgado, assim como os limites do referido poder.

Uma das causas de cessação dos efeitos decorrentes da outorga de poderes é a revogação da procuração¹³¹. Assim, revogada a procuração, não subsiste a legitimação do representante para atuar em nome do representado.

De acordo com o artigo 118 do Código Civil¹³², é obrigatória a demonstração da qualidade de *representação*, ou seja, da denominada *contemplatio domini*, prevendo a responsabilidade do representante pelos atos que excederem o poder de representação.

A esse respeito também é importante mencionar o que dispõe o artigo 119, *caput*:

¹³⁰ Artigo 657 do Código Civil: “A outorga de mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito”. Nesse sentido, importante observar as notas referentes a esse artigo do Código Civil, dispostas no *Código Civil Comentado* por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, 4. ed., p. 521: “2. **Inadmissibilidade de prova testemunhal.** O dispositivo trata de exceção à regra geral do CPC 400, *caput*, constituindo hipótese em que a lei dispõe pela inadmissibilidade da prova testemunhal para prova da existência, validade e eficácia do mandato, amplamente admitida pelo sistema de direito (CPC 400 *caput* c/c CC227, parágrafo único.). #3. **Casística: Escritura pública e procuração particular.** A procuração por instrumento particular pode ser passada para qualquer fim. Mas se o ato a ser praticado exige escritura pública, a procuração deve ser dada por escritura pública (CC 108 c/c CC657) ...”.

¹³¹ Artigo 682 do Código Civil: “Cessa o mandato: I - pela revogação ou pela renúncia; II - pela morte ou interdição de uma das partes; III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer; IV – pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio”.

¹³² Artigo 118 do Código Civil: “O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem”.

“É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem, com aquele tratou.

Parágrafo único: É de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo”.

Como dissemos, além da *representação*, existem outras espécies de “cooperação jurídica”. No presente trabalho, interessa-nos ilustrar o intermediário ou intervenção de auxiliares e o mensageiro ou o nuncio, vez que a análise de tais institutos, certamente, agregará valor à compreensão da própria *representação* em face dos tipos contratuais ora examinados.

Entende-se que o intermediário e também o mensageiro ou nuncio colaboram na realização material do negócio jurídico, facilitando e viabilizando sua celebração pelos titulares. Contudo, não concluem o negócio jurídico, e tampouco substituem manifestação da vontade do *dominus negotii*, indispensável à conclusão do negócio jurídico, como o faz o representante. Assim, os auxiliares, e também os mensageiros, podem intervir na celebração do negócio jurídico, diminuindo os obstáculos à sua celebração, como por exemplo atuando, no caso do intermediário, por meio de opiniões técnicas, consultoria etc., e os mensageiros, por sua vez, como meros transmissores de uma declaração do *dominus negotii*. Porém, não participam da formação do negócio jurídico. Muitos defendem que a colaboração oferecida é de natureza material e não de natureza negocial.

Entendemos que diante dos ensinamentos acima, a agência ou representação comercial está inserida no âmbito da *representação*, vez que, na grande maioria dos casos da prática mercadológica, geralmente vai-se muito além de um apoio material; a atividade do agente ou do representante comercial adentra substancialmente no campo negocial. Por óbvio, o escopo e os limites da *representação* variam caso a caso.

Verifica-se que na agência ou representação comercial ao agente ou representante comercial podem ser conferidos poderes para conclusão dos negócios, ou seja, poderá lhe ser conferidos poderes específicos de *representação*, para tal fim. Assim como no mandato, o poder de *representação* na representação comercial ou agência é facultativo e poderá ou não existir¹³³. No caso de o referido poder inexistir, o agente ou representante comercial desempenhará suas atividades de maneira bem mais simplificada.

¹³³ Nesse contexto, interessante verificar algumas observações do trabalho denominado *Contratos Mercantis (no prelo)*, de autoria de Rosa Maria de Andrade Nery: “*Rubens Edmundo Requião entende que, de certa forma, há representação: “Mesmo sem poderes jurídicos para tanto, na psicologia do cliente, o representante, pela constância da sua presença, pela interlocução que exercita perante o cliente, dele ouvindo reclamações ou ponderações, dando-lhes destino ou soluções adequados, e pelos atos que pratica, acaba por figurar o próprio contratante final. A idoneidade do representado é a idoneidade do representante ou agente. Age em nome daquele. É falta grave a prática de atos, pelo representante, que desabonem o representado”.* Contudo, tanto a Lei n. 4.886/65, em relação à representação comercial autônoma, quanto o art. 710, parágrafo único, do CC, em relação à agência e à distribuição, estabeleceram a possibilidade de que se atribuam poderes ao representante, por um instrumento específico (ex. mandato). Daí se conclui que nenhum deles, por si só, envolve representação, mas apenas intermediação.

Nesse sentido, tendo em vista a regulamentação da representação comercial pela Lei n. 4.886/65, Rubens Requião afirma que o representante se restringe a “*entabular as negociações, encaminhando, através de ‘pedidos’, os contratos cujas convenções inicia. Não tem ele poderes de mandato, para agir em nome do mandante na conclusão dos negócios que promove. Quando está ele armado de poderes para concluir as operações mercantis, torna-se mais do que um representante, para se fazer um colaborador jurídico, atuando com sua vontade posta a serviço do comitente”.*

Já Pontes de Miranda, percebe uma diferença: “*O representante de empresa é o agente comercial que conclui negócios jurídicos do agenciado, aí – exatamente – representado. Não só promove conclusões”.* Mais adiante, retoma o assunto: “*O representante de empresa conclui os negócios jurídicos. O agente, figurante do contrato de agência, dispositivamente, não; portanto, não há de haver outra outorga, para que ele represente. De ordinário, tal outorga é de procura, e não o faz representante da empresa. O agente, de que falamos, somente assume o encargo de promover a conclusão de contratos, sem os concluir, ao passo que os conclui o representante da empresa, ou o comissionário, e sem os declarar concluídos, como o corretor”.*

Prosseguindo, o jurista afirma que: “*Não é possível distinguir-se do contrato de agência o contrato de representação de empresa sem se examinarem os suportes fáticos concretos de um e de outro contrato (...): a) representante de empresa somente é quem exerce independentemente exploração de representar; b) essa exploração precisa ficar a serviço de outra empresa; c) o outro figurante há de ser empresa industrial ou mercantil; d) a relação jurídica de encargo há de ser permanente; e) a relação jurídica de encargo há de ser determinada em seu conteúdo e consistir em atos de disposição ou em atos de aquisição pela outra empresa; f) a atividade há de consistir em conclusão de negócios jurídicos, não podendo restringir-se o conteúdo à preparação ou à declaração de conclusão de negócios jurídicos”*

A distinção proposta por Pontes de Miranda não foi, porém, acatada pelo nosso direito positivo, uma vez que, tanto a Lei n. 4.886/65, em relação à representação comercial, quanto o art. 710, parágrafo único, do CC, em relação à agência e à distribuição, estabeleceram a possibilidade de que se atribuam poderes ao representante, por um instrumento específico (ex. mandato),

Por fim, importante destacar o comentário de Renan Lotufo¹³⁴ que diz que a representação, seja qual for sua origem, obedecerá a princípios uniformes, que devem resguardar a boa-fé de terceiros, obrigados a tratar com interposta pessoa.

para a conclusão do negócio. Portanto ambas as espécies contratuais envolvem somente intermediação, e não representação.

É essa a conclusão a que chega Rubens Requião (embora antes do advento do Código Civil atual): “Melhor teria sido se a lei houvesse adotado a distinção entre as duas figuras, de molde que, na prática cotidiana do comércio, pudesse perceber-se logo à primeira vista, pelo simples enunciado da denominação, se estaria ou não o sujeito investido de poderes para concluir negócios. O agente comercial seria, dessa forma, o simples agenciador de propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado, ao passo que o representante comercial seria quem praticasse atos relacionados com a execução dos negócios, para usar-se da mesma terminologia do art. 1.º da Lei n.º 4.886”. Contudo, no seu entender, “O sistema legal ora adotado em nosso país impede, a não ser complementado por construção doutrinária, que se institua a distinção cuja utilidade e excelência aqui se defendem, ao lado da incontestável autoridade de Pontes de Miranda”.

Analisando as disposições do Código Civil atual, Rubens Edmundo Requião conclui que a regulamentação do contrato de agência o aproxima do contrato de representação comercial. Afirma, porém, que cada espécie contratual preserva suas particularidades. Como o art. 721 do Código Civil determina a aplicação, aos contratos de agência e distribuição, das regras constantes em lei especial, tal legislação especial foi mantida. E, “(...) como o art. 1.º da Lei n. 4.886/65 reserva para a representação comercial a intermediação de negócios mercantis, no conceito clássico fundado na teoria dos atos do comércio (...), segue-se que a representação comercial, além de continuar existindo como contrato típico, permanecerá especializada aos negócios mercantis (...)”. No entender do autor, “(...) ao contrato de agência ou distribuição ficará debitada a missão de promover a intermediação, independente mas de modo permanente e onerosa, de outros negócios, que não eram tradicionalmente tratados como negócios mercantis”. O autor também entende que as figuras contratuais se distinguem porque a agência ou distribuição podem apenas ser exercidas por pessoas naturais, enquanto a representação comercial pode ser exercida por pessoa natural ou jurídica.

Mas, de acordo com esse mesmo autor, a referida distinção “(...) poderá ser considerada como de sabor acadêmico, já que os efeitos dos dois tipos são praticamente os mesmos, e a regulamentação do contrato de agência observa de perto, de modo geral, as regras que orientam o contrato de representação comercial”.

Carlos Alberto Bittar, para quem na representação comercial não ocorre verdadeira representação: “A representação é, pois, atividade de gerenciamento de negócios, que se concretiza através de profissional, ou de empresa comercial especializada, sob registro próprio”. Continua o autor: “O representante age em seu nome, mas para angariar negócios para o representado, que, de posse dos pedidos colhidos, fatura ao consumidor, ou cliente, os produtos desejados, firmando-se as vendas mercantis correspondentes”. E, ainda: “(...) na representação pura dirige-se à atuação do profissional, ou da empresa, para a mediação de negócios ou a simples aproximação das partes, que depois celebram entre si o negócio pretendido (compra e venda de bens ou de mercadorias). O representante opera em seu próprio nome e com o objetivo de colocação, no mercado, de produtos de fabricação do representado. Não adquire os bens, como o distribuidor, nem pratica, de regra, atos de execução de contrato, limitando-se a agenciar negócios, ou a coletar pedidos de compras”.

¹³⁴ Renan Lotufo. *Algumas questões relativas ao mandato*, p. 214.

Com isso, acreditamos que quis dizer-se que a base fundamental e primordial para estabelecer o relacionamento entre representado e representante é a confiança e a boa-fé, sem as quais a relação restará totalmente prejudicada.

Para finalizar este item, observamos que, no nosso entender, a *representação* não é instituto afeto à distribuição ou revenda, ou ainda, caso se queira denominar, à concessão comercial, vez que o distribuidor ou revendedor age em nome próprio e não em nome alheio¹³⁵. Pelo mesmo raciocínio também não se aplica a *intermediação*¹³⁶ à distribuição. Não obstante isso, nada impede que o fabricante, por algum motivo, dê procuração ao distribuidor ou revendedor, quando do relacionamento comercial entre ambos, até porque, conforme já tivemos a oportunidade de comentar, a procuração é negócio jurídico unilateral e, portanto, independente ou autônomo, conforme explica a doutrina.

5.2. Contrato de Representação Comercial

Em 9 de dezembro de 1965, foi sancionada a Lei n. 4.886, que passou a regular a profissão do representante comercial autônomo, instituindo o Conselho Federal dos Representantes Comerciais e os Conselhos Regionais,

¹³⁵ Orlando Gomes. *Contratos*, p. 420, assim diferencia os contratos de *agência* (ou *representação comercial*) e *distribuição*: “O *distribuidor* é comerciante autônomo. Negocia por sua conta e risco”. E, mais adiante: “A contrapartida das vendas que faz não é, como sucede com os *agentes*, uma *comissão* calculada sobre o preço, mas o *lucro* obtido com as vendas, feitas, que são, no interesse próprio, enquanto o agente, mesmo exclusivo, vende mercadoria de outrem, por conta e no interesse deste. **O *agenciamento* supõe *representação*; a *distribuição* é incompatível com esta**” (grifo nosso).

¹³⁶ Mairan Gonçalves Maia Júnior. *A representação no negócio jurídico*, cit., p. 53. Referido autor diz: “Descaracteriza a intermediação a aquisição e posterior revenda de bens a terceiros, com sói ocorrer com concessionários, como, por exemplo, no caso de empresas concessionárias de veículos. Nos termos da Lei 6.729/79, modificada pela Lei 8.132/90, a qual dispõe sobre concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, a aludida relação é de natureza comercial, prevendo o inciso I, do seu artigo 3º, constituir o objeto da concessão ‘a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor’, sendo a concessão em tela ajustada em contrato. Configura-se *in casu* a existência de contrato de compra e venda entre o produtor e o distribuidor, e não de mera intermediação, decorrendo desta venda faturamento ao concessionário por recaírem os efeitos do negócio jurídico celebrado diretamente em sua esfera jurídica, descaracterizando a alegada intermediação. O artigo 13 da Lei 6.729/79 consagra o concessionário como titular da relação jurídica, ao estabelecer poder o preço da venda ao consumidor ser fixado livremente por este”.

estaduais, bem como as bases do contrato de representação comercial. Atendeu, na época e em princípio, aos anseios dos representantes comerciais.

Segundo Rubens Requião¹³⁷:

“A lei, embora tenha suprimido uma lacuna no sistema jurídico do País, revelou-se insuficiente, deixando de reger muitos aspectos do contrato de representação comercial autônoma, ou fazendo-o de modo deficiente”.

E diz ainda referido autor:

“Foi assim que as singelas fichas de consultas do departamento jurídico do Sindicato dos Representantes Comerciais do Paraná, apontando para os problemas que afligiam a classe, mostraram um caminho razoável para solução de algumas daquelas dificuldades, o que ocorreu por meio da Lei 8.420/92, modificadora da redação da Lei 4.886/65”.

Da leitura de vários textos sobre a matéria, depreende-se que as leis acima referidas são fruto de uma necessidade dos representantes comerciais, que, em face das relações comerciais estabelecidas com as empresas representadas, na grande maioria das vezes, ficavam em situação de desvantagem.

Eram firmados contratos leoninos, denotando verdadeiro desequilíbrio entre o poder econômico do representado e a mais precária condição do representante, incapaz, por exemplo, de refutar redução de comissões, cláusulas *del credere* etc.

Certo é que o intuito das leis sancionadas, em especial da Lei n. 8.420/92, foi estabelecer o equilíbrio de poder jurídico entre o representante e o representado, proibindo, por exemplo, a renovação seqüencial de contrato a

¹³⁷ Rubens Edmundo Requião. *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*, Editora Saraiva, 2ª ed., 2003, p. 1.

prazo com o mesmo representante comercial, cujo único fim seria evitar o pagamento de indenização pelo representado. Houve a proibição da cláusula *del credere*, geradora de responsabilidade solidária com o comprador, muitas vezes em valor superior ao da força econômica ou patrimonial do representante etc.

Mais especificamente sobre o teor da conceituação da figura da representação comercial, necessário faz-se transcrever a definição contida no artigo 1º da Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92:

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

Waldirio Bulgarelli¹³⁸ conceitua dessa forma a representação comercial:

“Trata-se de uma técnica distributiva de que se servem os empresários (produtores, importadores e outros) para fazer chegar os produtos até seus consumidores (ou também revendedores), por meio não de vendedores próprios, mas de representantes credenciados, autônomos, pois sem vínculos empregatícios, que mediam a venda desses produtos”.

Para Pontes de Miranda¹³⁹, a representação comercial implica poderes para representar:

“Desde que a empresa atribui a alguém, pessoa física ou jurídica, poderes de representar, para, sem ser subordinado seu

¹³⁸ Waldirio Bulgarelli. *Contratos e Títulos Empresariais*, p. 44.

¹³⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, tomo XLIV, parágrafo 4.774, p. 65.

(ininvocáveis, portanto, as regras jurídicas sobre proteção dos salarizados), operando por conta do representado, na matéria dos negócios comerciais ou industriais, há contrato de representação de empresa”.

Nas palavras de Paula A. Forgioni¹⁴⁰,

“Caracteriza esse tipo de contrato a intermediação de vendas (agenciamento) levada a efeito pelo representante comercial. Assim, é o representante quem consegue a revenda, aproxima o fabricante do adquirente, recebendo uma comissão por esse trabalho. A compra e venda é celebrada, diretamente, entre o fornecedor e o consumidor, agindo o representante como um ‘catalisador’ ou ‘intermediário’ nesse processo”.

Diante das definições acima ilustradas, podemos extrair algumas características da atividade de representação comercial:

- a pessoa ilustrada na definição pode ser pessoa física ou jurídica;
- existe intermediação da compra e venda de produtos;
- suas atividades são exercidas por conta do fornecedor, ou seja, em nome alheio;
- inexistente relação de emprego;
- tem caráter não-eventual;
- a remuneração é o percentual sobre as vendas do fornecedor (comissão).

Por essas características, verificamos claramente o delinear da atividade do representante comercial, e como se constrói sua relação com o fornecedor/fabricante do produto, que, em síntese, pode ser ilustrada da seguinte maneira:

¹⁴⁰ Paula A. Forgioni. *Contrato de Distribuição*, p. 95.

1) O fornecedor é, em regra, o proprietário dos produtos a serem comercializados.

2) O representante comercial faz captação de clientes para o fornecedor, captação esta que é formalizada com a colocação de pedidos ao fornecedor.

3) O fornecedor, aceitando os pedidos colocados pelo representante comercial, vende-os (faturamento) diretamente para o cliente, que compra os produtos e por eles paga diretamente ao fornecedor.

4) Pelo trabalho realizado, qual seja, a captação de clientes, o representante comercial recebe comissões sobre as vendas realizadas pelo fornecedor aos seus clientes, que foram angariados pelo representante comercial.

5) Em muitos casos da prática comercial, os representantes comerciais têm pessoal técnico próprio, que presta assistência técnica¹⁴¹ quando da reclamação dos consumidores/clientes dos produtos do fornecedor.

A contratação da representação comercial ou agência depende da estratégia de mercado de cada fabricante que, em regra, entende ser mais vantajoso ter esse tipo de negócio jurídico, em que o acesso ao mercado é mais difícil, geralmente por não ter estrutura própria, o que por consequência torna a atuação direta do fabricante em face dos clientes economicamente inviável, dependendo, portanto, de uma força de venda terceirizada, que traria algumas vantagens, vez que se deixaria de pagar transporte, hotel, gastos com infra-estrutura, tais como telefone, computador, dentre outros, pois se pagaria

¹⁴¹ Rubens Edmundo Requião, *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*, p. 25, explica que, “mesmo que se agreguem obrigações ao contrato de representação (ex.: prestação de assistência técnica), este não se transforma em contrato de outra espécie (ex.: contrato de concessão mercantil). O conflito entre ambos, no que toca à natureza jurídica e aos efeitos desta, deve ser resolvido em favor da prevalência do regime do contrato de representação comercial (em que não há compra para a revenda de equipamentos) quando este tem subordinadas a si as funções de prestação de assistência técnica e de conta própria no comércio de peças de reposição”.

uma comissão ao agente ou representante comercial, na qual já se inserem todos os custos envolvidos na intermediação.

Os pontos acima ilustrados são, em regra, a nosso ver, as linhas-mestras do instituto da representação comercial ou agência, de acordo com a legislação brasileira.

5.2.1. Da Agência, Nova Terminologia de Representação Comercial, Utilizada no Novo Código Civil

Da mesma maneira que na representação comercial, para melhor visualizar a terminologia agência, empregada no Código Civil, ilustramos o que dispõe o artigo 710 e seu parágrafo único:

*“Artigo 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, **caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada**.*

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

Quanto à parte final do artigo 710 caput, qual seja: “(...) **caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada**”, observe-se que não será tratada agora, mas sim no item 5.3 abaixo, que disporá sobre contrato de distribuição.

Da leitura da definição acima, verifica-se que todas as características encontradas na definição da atividade do representante comercial, também estão presentes na definição de agência, quais sejam:

- a pessoa ilustrada na definição pode ser pessoa física ou jurídica;

- a atividade tem de ser exercida em caráter não-eventual, assim como ocorre na representação comercial;
- não há vínculo de dependência, ou seja, não há relação de emprego. A atividade tem de ser exercida de maneira autônoma e independente;
- exerce suas atividades por conta de outra pessoa, ou seja, em nome alheio;
- a remuneração é mediante retribuição, na qual se insere o comissionamento; e
- certos negócios são realizados em zona determinada¹⁴².

Ao analisar a Lei de Representação Comercial e as disposições do Código Civil, podemos verificar que todas as características acima ilustradas estão igualmente compreendidas tanto na agência quanto na representação comercial ilustrada em lei especial, donde se depreende que se trata da mesma figura. Interessante observar que o artigo 1º da Lei n. 4.886/65 já utilizava o verbo “agenciar” ao definir o contrato de representação comercial.

Leciona Carlos Alberto Bittar¹⁴³:

“Dotado de características próprias, [o contrato de representação comercial] é regulado pelo novo Código Civil (arts. 710 e segs.), definindo-se como ajuste por meio do qual uma das partes (o representante), em favor e por conta da outra (o representado, normalmente empresa produtora ou fabricante), colhe e encaminha pedidos de compras, realizando-se posteriormente o negócio jurídico visado entre os interessados. Constitui, assim, contrato de aproximação ou de intermediação entre os interessados ou de recepção de clientela para posterior efetivação da venda diretamente pelo representado”.

¹⁴² A Lei n. 4.886/65, em seu artigo 27, letra d), dispõe: “Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente (...) d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação (...)”.

¹⁴³ Carlos Alberto Bittar. *Contratos Mercantis*, p. 71.

Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello¹⁴⁴ comentam a respeito do assunto:

“Além de inserir na regulamentação do contrato de agência e distribuição em caráter subsidiário, a disciplina do mandato e da comissão, o Código Civil preservou a legislação especial, constante da Lei 4.886, de 09/12/65, com as alterações da Lei 8.420, de 08/05/1992, diplomas normativos que contêm o estatuto regulador das atividades dos representantes comerciais autônomos. Embora o nomen iuris tenha sido alterado de representante comercial para agente, a figura jurídica é a mesma”.

Verifica-se que o Código Civil não teve o intuito de regular toda a atividade do agente ou representante comercial, mas tão-somente de complementar o que já dispunha a lei especial. Da análise do Código Civil, depreende-se que as normas da legislação especial foram, expressamente, conservadas em vigor pelo art. 721¹⁴⁵, e com elas, de maneira geral, o Código procurou integrar-se. Pouquíssimas foram as situações em que se desviou da lei pretérita e ditou-se regra diferente. Entretanto, quando há divergência entre as referidas normas, entendemos que a norma codificada derogou preceito diverso contido na lei especial, conforme se explicará mais detidamente no item 5.2.2 a seguir.

No que pertine ao parágrafo único do artigo 710, acima mencionado, no sentido de o proponente – leia-se fornecedor e/ou fabricante – poder conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos, existe a mesma disposição na Lei de Representação, a exemplo do

¹⁴⁴ Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello. *RT. Ano 93*, vol. 825, julho de 2004, p. 37 (apud Waldírio Bulgarelli: “Já antes do advento do novo Código Civil lembrava Waldírio Bulgarelli que ‘este contrato’ – isto é, o contrato de representação comercial – ‘vem sendo estudado como sinônimo de contrato de agência (Fran Martins, Orlando Gomes e Rubens Requião) e é hoje contrato típico, devidamente regulado pela Lei 4.886/65” (Contratos Mercantis, 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 470, n. 2.14.1).

¹⁴⁵ Artigo 721 do Código Civil: “Aplicam-se ao contrato de agência e de distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.

artigo 29¹⁴⁶ da Lei n. 4.886/65, por meio do qual o representado pode autorizar o representante a representá-lo. Diga-se que o próprio artigo 1º, caput, da Lei n. 4.886/65, em sua parte final, dispõe sobre a possibilidade de o representante praticar atos relacionados com a execução dos negócios (“...**praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios**”) (grifo nosso). Sobre o poder de *representação*, o assunto já foi abordado no item 5.1. acima, não sendo necessárias, a nosso ver, maiores explanações adicionais.

Assim, o agente mencionado no Código Civil trata-se do representante comercial, cuja atividade é regulada pelo referido diploma legal e também por lei especial, concomitantemente. Por conseqüência, a denominação de representante passou a agente e a do representado passou a proponente, sendo este último também o fabricante ou o fornecedor, para os casos de caracterização da figura da distribuição, conforme determinado na lei.

Não obstante existirem posições contrárias, vários autores, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior e Adriana Mandim Theodoro de Mello, defendem a mesma posição que a adotada no presente estudo. Dentre eles, importante ilustrar o que diz Maria Helena Diniz¹⁴⁷:

“Agência é contrato muito comum na seara comercial, regulada no direito brasileiro pela Lei 4.886/65, com alterações da Lei 8.420/92(...).”

Fran Martins¹⁴⁸ ensina:

“O contrato de representação comercial é também chamado contrato de agência, donde representante e agente comercial terem o mesmo significado”.

¹⁴⁶ Artigo 29: “Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos, dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado”.

¹⁴⁷ Maria Helena Diniz. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. 3, p. 473.

¹⁴⁸ Fran Martins. *Contratos e Obrigações Comerciais*, p. 327.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁴⁹ discorrem a respeito do tema da seguinte maneira:

“Agência. Conceito. Agência ou representação comercial é o contrato pelo qual uma parte (agente) exerce, com autonomia e independência, mas por conta de outrem (proponente ou representado), uma atividade de gestão de interesses alheios (do principal)”.

Paula Forgioni¹⁵⁰ vai além quando diz em capítulo de seu livro sobre “O novo Código Civil e a disciplina dos contratos de concessão comercial (distribuição):

“Não se deve considerar a introdução do contrato de agência como uma novidade em nosso ordenamento, porque a diferença entre agência e representação comercial é meramente terminológica e não substancial. Também na Itália, França e Suíça os contratos de representação comercial tomam o nome de agência”.

Nesse diapasão, interessante adentrar no entendimento de opiniões contrárias, a fim de explorar um pouco mais o tema.

Pontes de Miranda¹⁵¹ explica:

“O agente, rigorosamente, não medeia, nem intermedeia, nem comissiona, nem representa: promove conclusões de contrato. Não é mediador, posto que seja possível que leve até aí a sua função. Não é corretor, porque não declara a conclusão dos negócios jurídicos. Não é mandatário. Nem procurador. Onde a expressão ‘agente’ ter, no contrato de agência, sentido estrito”.

¹⁴⁹ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Comentado*, p. 486.

¹⁵⁰ Paula Forgioni. *Contrato de Distribuição*, p. 112.

¹⁵¹ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, p. 24.

Rubens Requião¹⁵² ensina:

“Melhor teria sido se a lei houvesse adotado distinção entre as duas figuras, de molde a que, na prática cotidiana do comércio, pudesse perceber-se logo à primeira vista, pelo simples enunciado da denominação, se estaria ou não o sujeito investido de poderes para concluir negócios. O agente comercial seria, dessa forma, o simples agenciador de propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado, ao passo que o representante comercial seria quem praticasse atos relacionados com a execução dos negócios, para usar-se da mesma terminologia do art. 1º da Lei 4.886.

Conforme João Augusto da Palma¹⁵³,

“não existia no texto do Código anterior; sua inclusão no novo abre espaço a uma nova espécie de atividade profissional, assemelhada à do representante comercial, que se rege por lei própria (...).”

Para Fábio Ulhoa Coelho¹⁵⁴,

“Trata-se de contrato de colaboração por aproximação, em que o agente é remunerado pelo proponente normalmente por um percentual sobre o valor dos contratos que ajuda a concretizar. O agente não tem poderes de representação do proponente, de modo que seus atos não obrigam este último”.

Analisando as posições contrárias – e com todo o respeito devido à autoridade dos eminentes mestres e de seus ensinamentos –, verificamos que todas as fundamentações no sentido de não caracterizar a agência como

¹⁵² Rubens Requião. *Da Representação Comercial*, p. 48-49.

¹⁵³ João Augusto da Palma. *Novo Código Civil e Comercial Anotado e Comparado*, p. 244.

¹⁵⁴ Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Comercial*, p. 114.

representação comercial merecem ser rebatidas. Ora, porque a matéria fora analisada em outro cenário temporal e, como já ressaltamos no início do presente estudo, os conceitos vão-se alterando mais, menos, ou integralmente, com o passar do tempo e o momento vivido pelos indivíduos. A referida observação, a nosso ver, é aplicável ao comentário de Pontes de Miranda, por exemplo.

Ora, por entendimento equivocado sobre o assunto, vez que se verificarmos, detidamente, o que dispõe o Código Civil e a Lei especial, veremos que as atividades lá mencionadas são as mesmas, não existindo razões substanciais para, na prática mercadológica e por conseqüência na formalização jurídica dos referidos institutos, diferenciarmos uma figura da outra. Há autores que se prenderam no argumento para defender posição contrária à que apresentamos no presente trabalho, que o fator diferenciador para adotar-se uma e outra posição é o aspecto de o agente não ter poderes de *representação* e o representante comercial tê-lo. Esse argumento de diferenciação, porém, não pode subsistir, vez que a própria lei, conforme inclusive tivemos a oportunidade de comentar anteriormente, dispõe claramente, de maneira a afastar celeumas e equívocos, que tanto o agente, que é o representante comercial, pode, a critério do proponente, ter poderes de *representação*, não devendo mencionado aspecto configurar ponto de divergência ou dúvida.

5.2.2. Art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil

Sabemos que a Constituição é o fundamento de validade do sistema jurídico nacional. Assim, para existir lógica e coerência no ordenamento, os valores constitucionais têm de ser obedecidos pelas normas inferiores que compõem o sistema e também por leis anteriores e posteriores a eles. Mais especificamente com relação às leis anteriores, a doutrina diz que deverá existir uma releitura da lei e não uma simples leitura¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Renan Lotufo, *Curso Avançado de Direito Civil*, v. 1, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 55.

Também sabemos que o sistema jurídico é composto de normas de hierarquias diferentes, sendo importante, para o presente estudo, analisar a questão da vigência dessas normas.

Vigência consiste no lapso temporal durante o qual ela tem de ser obedecida. Vigência vem do verbo vigorar, que significa adquirir força, adquirir vigor. Em razão da vigência é que se fala em conflito das leis no tempo.

Nesse contexto, importante lembrar os conceitos de revogação, ab-rogação e *vacatio legis*.

A lei nova pode dispor de maneira totalmente contrária à lei anterior, quando então a ab-roga. Isso poderá ocorrer de maneira explícita ou implícita. Significa dizer que é preciso verificar se a lei posterior revogou explicitamente a anterior, o que é de boa técnica legislativa¹⁵⁶, como pode revogá-la implicitamente, quando o intérprete é que deve concluir pela revogação em face de incompatibilidade entre ambas.

A revogação também poderá ser parcial, quando estaremos diante de derrogação.

Sabemos que a lei passa por três fases: a da elaboração, a da promulgação e a da publicação. Embora nasça com a promulgação, só começa a vigorar com a publicação no Diário Oficial. A vigência da lei compreende três momentos: o início, a continuidade e a cessação. Com a publicação, tem-se o início da vigência, tornando-se obrigatória, pois ninguém pode escusar-se de cumpri-la alegando que não a conhece¹⁵⁷.

¹⁵⁶ A Lei Complementar n. 95, de 26/2/1998, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Não obstante o que dispõe a referida lei, ao contemplar as técnicas de elaboração, redação e alteração das leis, sabemos que o legislador muitas vezes pode falhar. Assim, caberá aos aplicadores do direito interpretar e aplicar a norma, de acordo com o caso concreto.

¹⁵⁷ Artigo 3º da LICC: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Segundo dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁵⁸, a lei começa a vigorar em todo país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo disposição em contrário. Portanto, sua obrigatoriedade não se inicia no dia da publicação, salvo se ela própria assim o determinar. Pode assim, entrar em vigor na data de sua publicação ou em outra mais remota, conforme constar expressamente de seu texto. Se nada dispuser a esse respeito, aplica-se a regra do artigo 1º retromencionado.

Nesse contexto é que se aplicam as regras do denominado direito intertemporal, que são, no dizer de Clóvis Beviláqua, regras estabelecidas pelo legislador ou criadas pela ciência, para conciliar a aplicação da lei nova e as conseqüências da lei anterior¹⁵⁹. Durante tal período dizemos que ocorre a *vacatio legis* (*intervalo entre a data de sua publicação e a sua entrada em vigor*).

As questões de conflitos normalmente são resolvidas com o uso das disposições denominadas de direito intertemporal, que em nosso sistema fazem parte da Lei de Introdução ao Código Civil.

Para o presente trabalho, importante analisar o que dispõe o artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Artigo 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Parágrafo 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Parágrafo 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

¹⁵⁸ Artigo 1º, caput: “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”.

¹⁵⁹ Clóvis Beviláqua. *Teoria geral do direito civil*, edição do Ministério da Justiça, p. 17.

Como dissemos acima, a revogação pode ser expressa ou tácita. Expressa, quando a lei nova declare que a lei anterior, ou parte dela, fica revogada. Tácita, quando não traz declaração nesse sentido, mas mostra-se incompatível com a lei antiga ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior, sendo essa a tônica do disposto no artigo segundo, parágrafo primeiro, acima ilustrado. Desse modo, se uma matéria é submetida à nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei anterior que tratava do mesmo assunto. Ocorre, também, a revogação tácita de uma lei quando se mostra incompatível com a mudança havida em outra lei do mesmo nível hierárquico ou de nível hierárquico superior.

Com relação ao parágrafo segundo acima, verifica-se que lei geral e especial podem coexistir. É possível, no entanto, que haja incompatibilidade entre lei geral e a especial. A existência de incompatibilidade conduz à possível revogação da lei geral pela especial, ou da lei especial pela geral¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Interessante observar o julgado abaixo, que retrata muito bem o assunto: REsp 662574 / AL; RECURSO ESPECIAL 2004/0095037-6; Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 25/10/2005; Data da Publicação/Fonte DJ 14/11/2005, p. 195; Ementa; RECURSO ESPECIAL. FGTS. ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. LEVANTAMENTO.

DEDUÇÃO DE PARTE DO VALOR A SER CREDITADO PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. ART. 22, § 4º, DA LEI N. 8.906/94. POSSIBILIDADE. LEX SPECIALIS CONVIVE COM LEX GENERALIS.

1. Controvérsia adstrita à possibilidade de levantamento de verba honorária contratada entre os agravados e seus patronos, de parte do valor a ser depositado na conta vinculada do FGTS, para cumprimento de obrigação contratual de serviços advocatícios.

2. Pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que: "O advogado pode requerer ao juiz, nos autos da causa em que atue, o pagamento, diretamente a ele, dos honorários contratados, descontados da quantia a ser recebida pelo cliente, desde que apresente o respectivo contrato" (REsp n. 403723/SP, 3ª Turma, Rel. Minª NANCY ANDRIGHI, DJ de 14/10/2002). "A regra contida no § 4º do art. 22 do Estatuto da Advocacia é impositiva no sentido de que deve o juiz determinar o pagamento dos honorários advocatícios quando o advogado juntar aos autos o seu contrato de honorários, excepcionadas apenas as hipóteses de ser provado anterior pagamento ou a prevista no § 5º do mesmo art. 22, não cogitadas no caso em exame. Se alguma questão surgir quanto a serem ou não devidos os honorários, é tema a ser decidido no próprio feito, não podendo o juiz, alegando complexidade, remeter a cobrança a uma outra ação a ser ajuizada" (REsp n. 114365/SP, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 7/8/2000).

3. O artigo 22, § 4º, do Estatuto da OAB estende-se às contas vinculadas ao FGTS, por se tratar de norma específica.

A esse respeito discorreu Caio Mário da Silva Pereira¹⁶¹, segundo o qual a coexistência das disposições nova e antiga não é afetada,

“quando o legislador vote disposições gerais a par de especiais, ou disposições especiais a par das gerais já existentes, porque umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis. Não significa isto, entretanto, que uma lei geral nunca revogue uma lei especial ou vice-versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral. O que o legislador quis dizer (Lei de Introdução, art. 2º, parágrafo 2º, Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas, artigo 4º, parágrafo único) foi que a generalidade dos princípios numa lei desta natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição especial irá disciplinar o caso especial, sem colidir com a normação genérica da lei geral, e, assim, em harmonia poderão simultaneamente vigorar. Ao intérprete cumpre verificar, entretanto, se uma nova lei geral tem o sentido de abolir disposições preexistentes”.

4. *In casu*, *lex specialis* convive com *lex generalis*, sob pena de inviabilizar o pagamento dos honorários e a gíidez dos pactos (*pactum sunt servanda*).

5. É cediço na doutrina que: "para que haja revogação será preciso que a disposição nova, geral ou especial, modifique expressa ou insitamente a antiga, dispondo sobre a mesma matéria diversamente. Logo, lei nova geral revoga a geral anterior, se com ela conflitar. A norma geral não revoga a especial, nem a nova especial revoga a geral, podendo com ela coexistir (*'Lex posterior generalis non derogat speciali'*, *'legi speciali per generalem no abrogatur'*), exceto se disciplinar de modo diverso a matéria normada, ou se a revogar expressamente (*Lex specialis derogat legi generali*)" (Maria Helena Diniz). *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76 (destaques nossos).

6. A legislação que rege a matéria pertinente ao FGTS (Lei n. 8.036/90) dispõe em seu art. 20 as hipóteses para movimentação dos saldos das contas vinculadas, cuja indisponibilidade tem como destinatário somente o fundista.

7. "Os honorários advocatícios são créditos privilegiados em face de concurso de credores, falência, liquidações extrajudiciais, concordatas e insolvência civil" (REsp n. 295987/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/4/2001)

8. Recurso especial improvido.

¹⁶¹ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro. Forense, 2002, p. 84.

Nesse sentido Vicente Ráo¹⁶² observou:

A disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga especial, senão quando ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a explícita ou implicitamente. Em consequência, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica lei anterior.

Não é pelo fato de ser especial que a lei nova revoga a lei antiga de natureza geral; e, reciprocamente, não é apenas por ser geral que a disposição superveniente revoga a disposição particular anterior.

Para que a revogação se verifique, preciso é que a disposição nova, geral ou especial, altere explícita (revogação expressa) ou implicitamente (revogação tácita) a disposição antiga, referindo-se a esta, ou ao seu assunto, isto é, dispondo sobre a mesma matéria.

Se as disposições nova e antiga (gerais ou especiais) não forem incompatíveis, podendo prevalecer umas e outras, umas a par de outras, não ocorrerá revogação alguma.

Quando, porém, a lei nova regular por inteiro a mesma matéria contemplada por lei ou leis anteriores, gerais ou particulares, visando substituir um sistema por outro, uma disciplina total por outra, então todas as leis anteriores sobre a mesma matéria devem considerar-se revogadas”.

Examinando-se as disposições do Código Civil em comparação com a Lei n. 4.886/65, modificada pela Lei n. 8.420/92, verificar-se-á não existirem muitas incompatibilidades entre os referidos diplomas legais.

¹⁶² Vicente Ráo. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo. Max Limonad, v. 1, p. 392.

Como já dissemos, agência e representação comercial trata-se da mesma figura jurídica. Assim, no que forem referidas leis incompatíveis, deverão prevalecer as disposições do Código Civil, visto o preceituado no artigo 721¹⁶³. Significa dizer que as disposições do Código Civil prevalecem, no caso de existir incompatibilidade entre a referida norma e a Lei n. 4.886/65, modificada pela Lei n. 8.420/92, ou seja, a primeira derroga a segunda¹⁶⁴.

5.2.3. O Código Civil em face do Contrato de Agência ou Representação Comercial

Importante iniciar este tópico lembrando e fazendo um paralelo entre a definição de representante comercial ou agente existente no Código Civil e na lei especial.

Artigo 1º da Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92:

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

¹⁶³ Transcrevemos novamente o artigo 721 do *Código Civil*, para facilitar o leitor : “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”.

¹⁶⁴ Paula Forgioni, *Contrato de Distribuição*, p. 95-96: “A representação comercial, entre nós, é regida pela Lei 4.886, de 1965, supramencionada, consoante redação que lhe foi dada pela Lei 8.420, de 1992. Incidem, também, as normas dos arts. 710 a 721 do CC. (Nota 95): A Lei 4.886, de 1965, permanece em vigor, ao lado das disposições do novo Código Civil, por força do disposto no art. 2º. da Lei de Introdução: ‘Art.2º (...) parágrafo primeiro. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Parágrafo 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’. No caso de representação comercial, temos que a lei nova (Código Civil), não revoga expressamente a lei de representação comercial, não é com ela incompatível e tampouco regula a matéria inteiramente; daí que as disposições do Código Civil (artigos 710 e seguintes estão em vigor, ‘a par das já existentes’, ou seja, daquelas contidas na Lei 4.886, de 1965)”.

Artigo 710 do Código Civil, Lei n. 10.406/2002:

“Artigo 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

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

O Código Civil, utilizando-se da expressão 'agência' preserva o conceito legal do contrato de representação comercial. Coerentemente com o seu objetivo de unificar o direito privado, o Código retirou do conceito do artigo 710 a limitação de negócios mercantis, existente no artigo 1º da Lei n. 4.886/65. O contrato de agência ou representação comercial deverá envolver a intermediação de quaisquer espécies de negócios doravante, mais corretamente denominados, negócios empresariais.

Acreditamos que os novos dispositivos do Código Civil visam exatamente a atenuar ou minimizar o *lobby* que os representantes tinham conseguido no Congresso Nacional com as leis anteriores. O agente ou representante comercial age por conta e nome do representado ou proponente e o produto a ser intermediado não lhe pertence, mas sim ao representado ou proponente; por isso, teria ele o direito a receber percentuais de comissão na região que atua, independentemente de sua atuação, salvo se houver no contrato entre o proponente e o agente disposição diversa, sendo essa a ressalva do artigo 714¹⁶⁵, ao afirmar: “salvo ajuste....”; não configurando-se o agente, portanto, o revendedor/distribuidor, mas o representante comercial/agente local, sem vínculo trabalhista, vez que o artigo 710 é claro ao afirmar não ter vínculo e em caráter não-eventual.

¹⁶⁵ Artigo 714 do Código Civil: “Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem sua interferência”.

O agente é assim o representante comercial, que agora mais claramente, em virtude do Código, não possui vínculo trabalhista nem tampouco vínculo de dependência econômica, que antes mais facilmente alegava ter, tendo em vista as leis anteriores ultimadas em face do *lobby*. A situação do agente é incompatível com a existência de relação de emprego. O agente deve possuir autonomia econômica e também funcional, devendo assumir os riscos de sua própria atividade. Devemos atentar para a jurisprudência que se formará a esse respeito, após o advento do novo Código Civil.

O agente, diferentemente do distribuidor ou revendedor, não tem a coisa (produto) imediatamente, dependendo do fabricante (proponente), tanto que age em nome e depende da coisa a ser enviada por ele, daí entender o artigo 710 que, embora misture a figura do agente e do distribuidor, a distribuição e não a agência caracteriza-se em face de o distribuidor ter a possibilidade imediata em dispor sobre a coisa (produto), fato que inexistente no agente, que depende do envio da coisa (produto) por parte do produtor/fabricante (proponente) diretamente ao consumidor/cliente.

O contrato de agência pressupõe, a teor do artigo 710, caput, a estipulação de uma zona determinada para atuação do agente ou representante comercial. Por sua vez, o artigo 27, letra d), da Lei n. 4.886/65, instituiu como elemento essencial da representação comercial, empregando no seu caput a expressão “obrigatoriamente”, a “indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação”. Na hipótese da falta de convenção a respeito da “zona determinada”, diz Rubens Requião¹⁶⁶ que a agência será entendida como de âmbito geral, podendo ser exercida em qualquer local. Concordamos com a posição adotada pelo referido autor.

A delimitação de zona também é importante para fixar o direito de remuneração do agente na hipótese de o negócio realizar-se sem sua interferência (Artigo 714 do Código Civil).

¹⁶⁶ Rubens Requião. *Do representante comercial*, p. 216.

Fato é que a zona inicialmente convencionada comporta ampliações ou restrições posteriores; entretanto, tal medida merece atenção e cuidado. Como o contrato de agência ou representação comercial é de duração, o desenvolvimento das atividades desempenhadas pelo agente ou representante comercial poderá necessitar de ajustes, quer diminuindo, quer aumentando a zona anteriormente acordada. Nesse tocante, merece cuidado a eventual diminuição da zona, vez que é vedado ao proponente reduzir as comissões auferidas pelo agente. E, mais, dependendo da situação, referida diminuição pode até mesmo ensejar o término da relação contratual, por justa causa a ser alegada por parte do agente¹⁶⁷.

O artigo 711¹⁶⁸ do Código Civil, em sua essência, dispõe sobre a exclusividade de atuação, salvo ajuste entre as partes. Entendemos tratar-se de exclusividade bilateral, de parte a parte, que pode porém ser negociada livremente, no âmbito da autonomia privada das partes.

O artigo 31, parágrafo único, da Lei n. 4.886/65, alterado pela Lei n. 8.420/92, dispõe que:

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

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

¹⁶⁷ Artigo 32, parágrafo 7º da Lei n. 4.886/65: “São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência”. Artigo 36 da Lei 4.886/65: “Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato; c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular; d) o não-pagamento de sua retribuição na época devida; e) força maior”.

¹⁶⁸ Artigo 711 do Código Civil: “Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”.

Não obstante a nítida incongruência de redação existente entre o caput do artigo 31 e o seu parágrafo único, podemos depreender então que se o contrato for omissivo quanto ao aspecto exclusividade, o agente ou representante comercial têm exclusividade de atuação, quanto às atividades que desempenha. Deve, portanto, receber comissões.

Analisando os mesmos artigos (artigo 711 do Código Civil e artigo 31 da Lei n. 4.886/65) acima mencionados, podemos dizer que o espírito também é o da exclusividade de zona, salvo ajuste de modo contrário entre as partes.

Com a vigência do Código Civil, a exclusividade tornou-se aspecto intrínseco e evidente do contrato de agência ou representação comercial. Da análise do artigo 711 do Código Civil, primeira parte, verifica-se que ocorreu alteração da norma contida no artigo 31, parágrafo único, da Lei n. 4.886/65.

Como consequência da referida alteração na legislação, na agência e também na distribuição, a regra é de exclusividade. Assim, omitindo-se o contrato a esse respeito, veda-se ao agenciado ou proponente nomear outro agente para angariar clientes quanto aos mesmos negócios contratados. Do mesmo modo, é vedado também ao agente agenciar negócios que concorram com os do agenciado ou proponente. Vale aqui alertar para a necessidade de uma atenta análise, caso a caso, a fim de não ferir os preceitos legais contidos em legislação especial contra o abuso de poder econômico¹⁶⁹, mais precisamente não ferir os preceitos contidos na Lei n. 8.884/94 (Lei antitruste), cujo assunto não será abordado mais detidamente, vez não ser esse o foco do nosso estudo.

Diga-se que o disposto no artigo 711 do Código Civil, segunda parte, mencionando “negócios do mesmo gênero”, suscita dúvidas, porém

¹⁶⁹ De acordo com Paula Forgioni, *Contrato de Distribuição*, p. 50, da óptica do direito antitruste, o contrato de distribuição é uma espécie de *acordo vertical*. “Nos acordos verticais, são destacadas as ‘restrições verticais’ independentemente do tipo de contrato que as encerra. Sob a perspectiva do direito concorrencial, as restrições verticais nada mais são do que estipulações contratuais geralmente inseridas nos chamados contratos *da* distribuição (distribuição, franquia, agência ou representação comercial, comissão e outros que viabilizam o escoamento da produção) que limitam a liberdade de atuação do distribuidor ou fornecedor”.

entendemos que a interpretação adequada para a referida expressão será produtos ou serviços da mesma categoria e similares.

De qualquer maneira, e a fim de evitar discussões indesejáveis para ambas as partes contratantes, é recomendável que o contrato estabeleça, expressamente, se o agente ou representante comercial possui ou não exclusividade de território e também definir o que sejam negócios do mesmo gênero.

O artigo 712 do referido diploma legal tem a seguinte redação: “O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda a diligência atendo-se às instruções recebidas do proponente”. Nesse sentido, a Lei n. 4.886/65 exige, igualmente, do representante ou agente, diligência no desempenho de suas atividades, devendo este ater-se às instruções do representado ou proponente. É o que se apreende da leitura dos artigos 27, h, 28 e 35¹⁷⁰ da Lei de Representação Comercial. Verificamos, nesse sentido, que a atividade desempenhada pelo agente não tem perfil meramente material, mas também negocial.

¹⁷⁰ Artigo 27, letra h, da Lei n. 4.886/65: “Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros juízos dos interessados, constarão obrigatoriamente:(...) h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes”.

Artigo 28 da Lei n. 4.886/65: “O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato, ou, sendo este omissão, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos”.

Artigo 35 da Lei n. 4.886/65: “Constituem motivos justos para a rescisão do contrato de representação comercial pelo representado:

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

O artigo 713 do Código Civil¹⁷¹ é expresso ao estabelecer que todas as despesas com a agência correm a cargo do agente, salvo estipulação diversa. Ao verificar-se a lei do representante comercial autônomo, observa-se que não existe norma semelhante; entretanto, o artigo 27, letra h, ao estabelecer que do contrato de representação deverão constar obrigatoriamente as obrigações e as responsabilidades das partes contratantes, permite-lhes estipular também condições relacionadas às despesas com o exercício da atividade de representação comercial, ou seja, a lei especial dá abertura para tal disposição e acordo entre as partes nesse sentido.

O fato é que, em decorrência da autonomia econômica e funcional que o agente ou representante comercial deve ter, é dever do mesmo, haja ou não êxito nos negócios para angariar clientes, arcar com as despesas de sua própria atividade, assumindo os riscos inerentes ao negócio.

O artigo 714 do Código Civil dispõe:

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

Referida disposição legal nada mais é que reflexo da exclusividade prevista no artigo 711 do Código Civil acima ilustrado. O referido artigo 714 estabelece que o agente ou o distribuidor seja remunerado pelos negócios realizados no território (leia-se zona), salvo ajuste.

Por precaução, contratos sem exclusividade de território (zona) – estipulação, que, a nosso ver, deve constar expressamente do contrato –, devem estabelecer que o agente ou representante comercial não receba comissão por negócios realizados em seu território (zona), por terceiros, incluindo aqui o próprio proponente. É recomendável deixar também esse aspecto expresso contratualmente, caso não se queira pagar essas comissões.

¹⁷¹ Artigo 713: "Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor".

Com relação ao montante da remuneração devida ao agente ou representante comercial, trata-se de assunto relacionado à autonomia privada dos contratantes. Em regra, e de acordo com a prática de mercado, convencionam-se um percentual sobre o valor do negócio angariado. O parágrafo 4º do artigo 32 da Lei n. 4.886/65, acrescentado pela Lei n. 8.420/92, estipula que a base de cálculo das comissões será o “valor total das mercadorias”. Esse dispositivo é o que deve ser aplicado para o contrato de agência ou representação comercial.

O pagamento das comissões deve ser efetuado após o pagamento dos pedidos ou propostas pelos clientes do proponente. Mais precisamente, o pagamento das comissões realizar-se-á até o décimo quinto dia do mês subsequente à liquidação da fatura (artigo 32, parágrafo primeiro, da Lei n. 4.886/65).

Voltando ao ponto relativo à redução de comissões, como dissemos, a Lei do representante comercial autônomo dispõe em seu artigo 32, parágrafo 7º:

“São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência”.

O artigo 36 da mesma Lei dispõe:

“Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato (...)”.

Entendemos, da leitura do artigo 715¹⁷² do Código Civil, que o legislador quis seguir na mesma direção do que já dispunha a lei especial, só que com um adicional, reforçando ainda mais o direito de o agente receber indenizações, que entendemos serem aquelas estipuladas no artigo 27, letra j, parágrafo 1º¹⁷³, ou seja, indenização por rompimento contratual, mais o aviso prévio previsto no artigo 34¹⁷⁴ da Lei de Representação Comercial, se for o caso.

De acordo com o artigo 716 do diploma civil: “A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente”. Por sua vez, o artigo 33¹⁷⁵ da Lei n. 4.886/65 dispõe como e quando o pedido poderá ser recusado pelo representado. Exclusões feitas àquelas hipóteses, ficará o representado ou proponente obrigado a creditar para o representante comercial ou agente a comissão respectiva, sempre que o negócio deixar de ser concretizado por sua responsabilidade. Assim, é recomendável definir no contrato o que é “justo motivo para recusa”.

¹⁷² Artigo 715 do Código Civil: “O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato”.

¹⁷³ Artigo 27, letra j, parágrafo 1º: "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 artigo 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. Parágrafo Primeiro: 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 (...)"

¹⁷⁴ Artigo 34: "A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores".

¹⁷⁵ Artigo 33 da Lei n. 4.886/65: “Não sendo previstos, no contrato de representação, os prazos para recusa das propostas ou pedidos, que hajam sido entregues pelo representante, acompanhados dos requisitos exigíveis, ficará o representado obrigado a creditar-lhe a respectiva comissão, se não manifestar recusa, por escrito, nos prazos de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme se trate de comprador domiciliado, respectivamente, na mesma praça, em outro do mesmo Estado, em outro Estado ou no estrangeiro”.

Quanto aos artigos 717 e 718 do Código Civil, devem ser analisados juntamente com o artigo 32, parágrafo 5º, da Lei n. 4.886/65. Os primeiros encontram-se redigidos da seguinte maneira:

“Artigo 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”.

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

Já o artigo 32, parágrafo 5º, da lei de representantes comerciais autônomos dispõe:

“Em caso de rescisão injusta do contrato por parte do representado, a eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento, terá vencimento na data da rescisão”.

Depreende-se da análise de tais dispositivos que o representante ou agente fará sempre jus às comissões respectivas, operando-se, ou não, a rescisão contratual por justa causa, visto que haverá o benefício do vencimento antecipado das comissões.

Nesse contexto, cabe ainda comentar que o agente ou representante comercial, ao realizar suas atividades, tem direito à remuneração respectiva. Os artigos 717 e 718 do Código Civil retromencionados garantem ao agente o direito de ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente e por negócios pendentes. Assim, recomendamos definir no contrato o que sejam negócios pendentes e serviços úteis.

Além disso, e de acordo com o mencionado artigo 717, o proponente ou agenciado poderá requerer ressarcimento do agente ou representante comercial, por perdas e danos pelos prejuízos sofridos. Não obstante tratar-se de dispositivo novo, nada impedia que tanto o representado como o representante pudessem ser processados por perdas e danos.

Ainda com relação ao artigo 718, já ilustrado, garante ao agente ou representante comercial “indenização prevista em lei especial”, a nosso ver, repita-se, aquelas indenizações previstas no artigo 27, letra j, parágrafo 1º, quais sejam, indenização por rompimento contratual sem justa causa por parte do representante, ou mesmo para aqueles casos previstos no artigo 36 da Lei n. 4.886/65¹⁷⁶ (justa causa cometida pelo representado). Por esse artigo, não restam dúvidas de que o legislador dispõe sobre a mesma figura jurídica, ou seja, agente e representante comercial são a mesma pessoa.

Existem, nesse sentido, dois tipos de indenização, dependendo do prazo estipulado em contrato, senão vejamos:

- Contrato por prazo determinado:

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.

- Contrato por prazo indeterminado:

AVISO PRÉVIO DE NOVENTA DIAS (artigo 720 do Código Civil, que alterou o prazo de trinta dias, estipulado no artigo 34 da Lei n. 4.886/65), ou

¹⁷⁶ Entendemos aqui que as hipóteses elencadas no artigo 36 da Lei n. 4.886/65 (hipóteses de justa causa cometidas pelo representado, para efeitos de rescisão contratual) devam ser consideradas quando do pagamento de indenização, no momento da rescisão contratual, vez que o artigo 27, letra j, da mesma lei, somente exclui os casos previstos no artigo 35 da referida lei, ou seja, os casos de justa causa para rescisão contratual cometidos pelo representante comercial ou agente, donde, *contrário sensu*, as demais hipóteses estão inseridas, a exemplo do artigo 36 da Lei n. 4.886/65, cujo teor repetimos para facilitar o leitor: “Constituem motivos justos para a rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato; c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular; d) o não pagamento de sua retribuição na época devida; e) força maior”.

pagamento de um terço das comissões auferidas pelo representante nos três meses anteriores à rescisão.

INDENIZAÇÃO MÍNIMA: um doze avos do total da retribuição auferida pelo representante durante o tempo em que exerceu a representação.

Quanto ao artigo 719 do diploma civil, o mesmo estipula que:

“Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros, no caso de morte”.

É importante observar que a força maior constitui justo motivo para a rescisão contratual, tanto pelo representado como pelo representante (artigos 35 e 36 da Lei n. 4.886/65)¹⁷⁷, haja vista que, no caso do representante, este fará jus, ainda, às comissões respectivas quando da rescisão contratual, conforme mencionamos anteriormente. Observamos que não vemos diferença na terminologia “serviços realizados”, adotada pelo artigo 719, e “serviços úteis”, adotada pelo artigo 717. Entendemos ter havido falta de atenção do legislador ao elaborar a lei, o que o impediu de melhor precisar e alinhar esses conceitos.

O artigo 720 do Código Civil estabelece:

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

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

¹⁷⁷ Artigo 35: “Constituem justos motivos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (...) e) força maior”. Artigo 36: “Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: (...) e) força maior.”

Referido artigo fixa o prazo de aviso prévio em noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

A lei de representação comercial fixa esse prazo (artigo 34)¹⁷⁸ em trinta dias, ou alternadamente, pagamento de importância igual a um terço das comissões auferidas pelo representante nos três meses anteriores, isso se o contrato for por prazo indeterminado e haja vigorado por mais de seis meses.

No nosso entender, a lei nova (Código Civil de 2002) modificou a lei anterior, ou seja, o Código Civil derogou a disposição do artigo 34 da Lei n. 4.886, de 9/12/65, no sentido de alterar o prazo de aviso prévio de trinta para noventa dias. Referida alteração, no nosso entender, harmonizou-se inclusive com o prazo determinado na fórmula, criada pela lei, para indenização do representante, quando não lhe é concedido o aviso prévio retromencionado, qual seja: "pagamento de um terço das comissões recebidas pelo representante, nos três meses anteriores ao rompimento do contrato".

Por fim, importante ilustrar, novamente, o que dispõe o artigo 721 do Código Civil:

“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”.

Assim, reiteramos o entendimento de que, no que forem incompatíveis as regras contidas na lei especial de representação comercial, em face das regras do Código Civil, prevalecem estas últimas. Queremos dizer que o Código Civil derroga, no que for conflitante, disposições da Lei de Representação Comercial.

¹⁷⁸ Para facilitar ao leitor repetiremos o teor do artigo 34 da Lei n. 4.886/65: “A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores”.

5.2.4. Diferenças entre o Contrato de Agência ou Representação Comercial e os Contratos de Comissão, Mandato e Corretagem

A agência ou representação comercial não raras vezes pode ser confundida com outros contratos, a exemplo dos contratos de comissão, mandato e corretagem. Entretanto, ver-se-á a seguir que referidos contratos apresentam características diferentes.

De acordo com o artigo 693 do Código Civil:

“O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente”.

A comissão tem como principal característica o fato de o comissário, apesar de seguir as instruções do comitente, para quem realiza os negócios, agir, atuar em seu próprio nome, obrigando-se pessoalmente. Diferentemente do agente ou representante comercial, que age em nome alheio.

A comissão é contrato bilateral, vez que cria obrigações tanto para o comitente como para o comissário, e é onerosa, porque se pactua uma contraprestação ao comissário pelos serviços prestados, denominada comissão. Assim, a palavra comissão designa tanto o contrato em si como a remuneração ajustada pelos serviços prestados pelo comissário.

Como dito acima, o comissário contrata em seu próprio nome, razão pela qual responde perante terceiros pelas obrigações assumidas. Referidos terceiros, portanto, não têm ação direta contra o comitente, somente contra o comissário¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Artigo 694 do Código Civil: “O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes”.

O comissário não é responsável pelos prejuízos causados ao comitente pela insolvência dos terceiros com quem contratou, cabendo o risco ao comitente, exceto se em caso de culpa, ou se firmou a cláusula *del credere*¹⁸⁰.

Interessante dizer que, no caso da agência ou representação comercial, é expressamente vedada a possibilidade de incluir-se a cláusula *del credere* no contrato¹⁸¹. Eventual cláusula desse teor revela-se nula, porque a lei proíbe sua prática.

O artigo 653 dispõe:

“Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

A confiança é elemento fundamental no contrato de mandato¹⁸². Trata-se de contrato consensual, vez que sua constituição depende da aceitação do mandatário, não bastando somente a vontade do mandante. A aceitação do mandato pode ser expressa ou tácita.

O contrato de mandato pode ser gratuito ou oneroso.

Podemos ainda falar em mandato judicial, que tem por objeto a outorga de representação para defesa de interesses e direitos perante o juízo.

Conforme preceitua o parágrafo único do artigo 710¹⁸³, na agência ou representação comercial, podem ser conferidos ao agente poderes de *representação*, que não se confundem com o instituto do contrato de mandato. Entretanto, mister dizer-se que é especialmente quando o contrato de agência

¹⁸⁰ Artigos 697 e 698 do Código Civil.

¹⁸¹ Artigo 43 da Lei n. 4.886/65, alterado pela Lei n. 8.420/92: “É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*.”

¹⁸² Renan Lotufo. *Algumas questões relativas ao Mandato*, p. 330: “O Mandato é contrato fundamental para a atividade econômica por permitir a multiplicidade de presença do mandante em diversos lugares, no mesmo momento”.

¹⁸³ Artigo 710, parágrafo único: “O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos”.

ou representação comercial atribui ao agente poderes para concluir o contrato com o cliente, em nome e por conta do proponente, como prevê o artigo 710 do Código Civil, que se reforça a aplicação subsidiária das normas de mandato ao relacionamento jurídico entre as partes da representação comercial ou agência.

Diga-se ainda que, enquanto a atividade do mandatário é ocasional, ou excepcional¹⁸⁴, o agente exerce a sua com habitualidade.

O artigo 722 do Código Civil assim dispõe sobre a corretagem:

“Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada à outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

Trata-se, a nosso ver, de contrato bilateral e oneroso. O corretor tem direito a receber remuneração denominada comissão ou corretagem, ajustada pelas partes ou fixada de acordo com os usos.

Do exposto, podemos então verificar que a agência ou representação comercial afasta-se do contrato de mandato. Não obstante, em ambos os casos podem ser conferidos poderes de *representação*.

Com o contrato de comissão, o contrato de agência ou representação também não se confunde, vez que o comissário age em nome próprio e o representante age em nome alheio.

E o contrato de agência ou representação comercial não se confunde com a corretagem, vez que a intermediação que o corretor faz é diferente da do agente. O corretor tem a função de transmitir a proposta daquele que o contratou a alguém que ele ainda irá procurar ou a alguém que já o havia procurado antes. É similar à função do agente, mas com ela não se confunde, especialmente se olharmos os exemplos da vida prática (corretores de seguros, navios, valores, operações de câmbio etc.).

¹⁸⁴ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 44, p. 32.

5.2.5. Algumas Abordagens sobre o Tratamento Tributário do Contrato de Agência ou Representação Comercial

5.2.5.1 Base de Cálculo para Comissões

De acordo com o que dispõe o artigo 32, parágrafo 4º, da Lei n. 4.886/65:

“As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias” (grifo nosso).

Tendo em vista que a legislação não define o que seja “valor total das mercadorias”, esse aspecto inserido na Lei de Representação Comercial tem sido objeto de muita discussão e controvérsia quanto aos posicionamentos adotados sobre o tema.

Neste ponto a ser examinado, não se pode deixar de lado a manifestação da livre-vontade, por meio da qual deve ser respeitado o quanto pactuado pela partes contratantes.

Há autores que se inclinam a admitir a inclusão de tributos como o IPI, ICMS, PIS e Cofins na base de cálculo das comissões, lastreando o seu posicionamento somente no sentido literal do parágrafo 4º, do artigo 32, da lei supracitada.

Dentre os autores que defendem a inclusão dos tributos na base de cálculo da comissão do representante comercial ou agente estão Rubens Requião¹⁸⁵ e Ghedale Saitovitch¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Rubens Requião. *Da representação comercial*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 202.

¹⁸⁶ Ghedale Saitovitch. *Comentários à Lei do Representante Comercial*, p. 125-126.

Ao abordar o tema, Rubens Requião foca-se na literalidade do quanto dispõe o parágrafo 4º do referido artigo 32, e, nesse contexto, conclui que alguns impostos e taxas integram o preço das mercadorias, a exemplo do IPI e do ICMS.

Ghedale Saitovitch aborda a matéria de maneira diversa, ou seja, em vez de focalizar a inclusão ou exclusão dos gravames na base de cálculo das comissões, insurge-se contra o desconto do imposto em relação à comissão:

”debitar da comissão do representante o valor correspondente ao ICMS é exemplo vivo de enriquecimento ilícito, prejudicando, sem justa causa, o trabalho e o ganho desse profissional”.

Por outro lado, Ricardo Nacim Saad¹⁸⁷, defende que o valor total das mercadorias não congrega o valor do IPI e diz:

“Em suma, dos valores que integram a nota fiscal somente o relativo ao da mercadoria pertence ao vendedor. Segue-se que tributo não deve ser considerado como parte integrante da base de cálculo da comissão. Quanto ao IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), não existe qualquer divergência”.

Quanto ao ICMS diz o referido autor:

“Todavia, relativamente ao ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias) alimenta-se polêmica em torno da não consideração de seu valor nessa base de cálculo. A dúvida decorre, ao que tudo indica, da seguinte circunstância: de acordo com o Decreto-Lei 406 de 31/12/68, o montante do imposto de circulação de mercadorias integra a respectiva base de cálculo, constituindo-se destaque na nota fiscal mera indicação para fins de controle (art. 2º, parágrafo 7º). Daí entenderem alguns, que, diante dessa

¹⁸⁷ Ricardo Nacim Saad. *Representação Comercial*, 3ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 63.

norma, o ICMS deve ser considerado para efeito de cálculo da comissão, entendimento com o qual não fazemos coro”.

Vistas as diferentes posições doutrinárias, observamos que somos favoráveis à exclusão de tributos, contribuições em relação ao valor das mercadorias. Também entendemos que não devem constar do valor da comissão, valor de frete, seguros, descontos e bônus.

Por não existir definição legal do que seja “valor total das mercadorias”, não se configura *contra legem* as partes acordarem em contrato, por exemplo, que “valor total das mercadorias” equivale ao seu custo de produção ou aquisição, acrescido do lucro do vendedor, excluídos quaisquer custos incidentes sobre a venda, a exemplo de frete, do seguro, contribuições e tributos.

Nesse sentido, estaria sendo aplicada a autonomia privada, de maneira regular e acima de tudo sem ferimento de preceito legal. Se as partes ao negociarem o contrato, negociam o percentual de comissão a ser recebida pelo representante comercial ou agente, qual o motivo de não se poder negociar também a base de cálculo da comissão?. Leciona Arruda Alvim¹⁸⁸ a respeito do assunto:

“Ora, a melhor e mais fiel exegese de um contrato comutativo é aquela revelada pelos próprios contratantes, através de sua conduta e atitudes durante o tempo de duração e adimplemento tranqüilo do pacto, anteriormente ao surgimento do litígio”.

Ademais, não podemos deixar de observar que o agenciado ou proponente não obtém qualquer proveito em face das vendas efetivadas pelo agente ou representante, no tocante aos tributos denominados indiretos (ICMS, IPI, PIS e Cofins), até porque não exprimem receitas, mas despesas. O mesmo se configura com relação a frete, seguro e outros eventuais encargos, merecendo ser expurgados da base de cálculo das comissões. Entendemos

¹⁸⁸ Arruda Alvim. *Direito Privado*, volume 2, p. 322-323.

que, caso fossem considerados, tal fato ensejaria um locupletamento indevido por parte do agente ou representante comercial.

Cabe dizer que é próprio da obrigação relativa à atividade do agente ou representante comercial ganhar um dado percentual em virtude dos negócios efetivados sob sua intermediação. Significa dizer que a remuneração do representante comercial ou agente está invariavelmente relacionada com as receitas que este venha a proporcionar em prol do agenciado ou proponente.

Para Arruda Alvim¹⁸⁹:

“(...) é legal a fórmula de apuração das bases de cálculos para recebimento da comissão nos moldes ajustados livremente pelas partes. Dito de outro modo: é lícita a exclusão de todos os encargos e outras parcelas que não sejam subsumíveis ao conceito de valor total da mercadoria para que se possa assegurar, entre as partes, a comutatividade (equivalência) das obrigações, eis que o destinatário final de todos estes acréscimos denominados nesta sede de ‘encargos’ não é a representante ou o representado. Antes, são o Fisco e o transportador das mercadorias”.

Diga-se que concordamos integralmente com o referido autor.

5.2.5.2. Pagamento de Indenização ao Representante Comercial ou Agente

Neste item, é importante ilustrar alguns dos dispositivos constantes da Lei de Representação Comercial, a exemplo do artigo 32 e alguns de seus parágrafos:

“Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.

¹⁸⁹ Arruda Alvim. *Direito Privado*, v. 2, p. 322.

Parágrafo Primeiro O pagamento das comissões deverá ser efetuado até o 15 (décimo quinto) dia do mês subsequente ao da liquidação da fatura, acompanhada das respectivas cópias das notas fiscais.

Parágrafo Segundo. As comissões pagas fora do prazo previsto no parágrafo anterior deverão ser corrigidas monetariamente.

(...)

Parágrafo Quinto. Em caso de rescisão injusta do contrato por parte do representando, a eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento, terá vencimento na data da rescisão”.

Assim, e observados os dispositivos legais, no momento de uma rescisão por decisão do proponente, sem justa causa por parte do representante, ou ainda nos casos do artigo 36 da Lei n. 4.886/65, os cálculos deverão ser elaborados verificando se há comissões devidas e pendentes de pagamento. Nesse caso, no momento da rescisão, estas deverão ser consideradas no cálculo para a rescisão contratual e deverão ser atualizadas monetariamente. Recomenda-se, nesse particular, verificar a orientação do Conselho Regional dos Representantes Comerciais, que em regra recomenda a utilização do INPC (Índice Nacional de Preço ao Consumidor).

Sobre as comissões pendentes, deverá ser aplicada a alíquota de 1,5% de Imposto de Renda na Fonte, conforme os termos do artigo 651 do Regulamento do Imposto de Renda¹⁹⁰ (RIR 3000/99).

¹⁹⁰ Regulamento do Imposto de Renda, Decreto n. 3.000, de 26/3/99, republicado em 17/6/99. Artigo 651: “Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas.

I - a título de comissões, corretagens ou qualquer outra remuneração pela representação comercial ou pela mediação na realização de negócios civis e comerciais (...).”

Mais especificamente com relação ao pagamento da indenização propriamente dita, registre-se que existem duas situações diferentes a serem observadas quando da elaboração dos cálculos de rescisão:

a) Se o contrato for por prazo determinado, 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 (artigo 27, letra j, parágrafo 1º da Lei n. 4.886/65, modificada pela Lei n. 8.420, de 8/5/92).

b) Caso o contrato seja por prazo indeterminado, a indenização devida ao representante pela rescisão do contrato será um montante que não poderá ser inferior a um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação (artigo 27, letra j, da Lei n. 4.886/65, modificada pela Lei n. 8.420, de 8/5/92).

Em ambos os casos, deverá ser aplicada a alíquota de 15% de Imposto de Renda na Fonte, conforme os termos do artigo 681 do Regulamento do Imposto de Renda¹⁹¹ (RIR 3000/99).

5.2.5.3. A Agência ou Representação Comercial e o Estabelecimento Permanente na Legislação do Imposto de Renda

Existem várias estruturas jurídicas que podem ser utilizadas pelas empresas no exercício de suas atividades no exterior. O residente de um país pode constituir pessoa jurídica no outro país e simplesmente participar do seu capital social, deixando que a empresa controlada atue no mercado local de forma independente e autônoma. Outra maneira de esse residente de um país estruturar suas atividades em outro país seria o primeiro abrir uma filial, um

¹⁹¹ Regulamento do Imposto de Renda, Decreto n. 3.000, de 26/3/99, republicado em 17/6/99. Artigo 681: “Estão sujeitas ao imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, as multas ou quaisquer outras vantagens pagas ou creditadas por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão do contrato. Parágrafo Primeiro: A responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é da pessoa jurídica que efetuar o pagamento ou crédito da multa ou vantagem (...)”.

depósito ou um estabelecimento qualquer, caso não deseje conferir autonomia funcional à estrutura organizacional que opera no mercado local. Pode ainda o residente de um país atuar diretamente no outro país, como não-residente, sem manter ali qualquer tipo de vínculo mais estreito, exportando, por exemplo, mercadorias diretamente aos seus clientes ali sediados, porém com o auxílio de um intermediário, tal qual o agente ou representante comercial.

Em qualquer uma das situações acima descritas, serão auferidos rendimentos por meio de operações envolvendo dois ou mais países, o que poderá acarretar conflitos de competência impositiva, caso os Estados envolvidos adotem diferentes fundamentos a embasar suas pretensões tributárias.

Enquanto alguns países adotam o princípio da residência, segundo o qual o contribuinte deve oferecer suas rendas mundiais à tributação no Estado em que reside, ou onde está sediado, outros preferem utilizar o princípio da fonte, de acordo com o qual o Estado apto a exercer sua competência tributária é aquele onde as rendas são produzidas, independentemente do local de residência do beneficiário do rendimento.

Grande parte dos países, no entanto, acaba adotando um regime misto, em que o princípio da residência é aplicado para os contribuintes residentes e o princípio da fonte é aplicado para os não-residentes. É o que ocorre na legislação brasileira, por exemplo.

Neste estudo, dentre as três formas possíveis de atuação empresarial no exterior, vistas acima, interessa-nos examinar o regime de tributação a que se submetem as empresas que atuam no exterior por meio de um estabelecimento, comumente referido como *estabelecimento permanente*.

Diga-se que o conceito de *estabelecimento permanente* surgiu inicialmente no direito interno alemão, na metade do século XIX. Mais tarde, em 1899, o primeiro tratado internacional para evitar a dupla tributação a

utilizar esse mesmo conceito foi o firmado entre o Império Austro-Húngaro e a Prússia.

Porém, é no início do século XX, com a elaboração, pela Sociedade das Nações do seu Modelo de Convenção, para evitar a dupla tributação, que o conceito de *estabelecimento permanente* passou a ser utilizado sistematicamente no âmbito da tributação internacional, pelos tratados firmados a partir de então. Posteriormente, o mesmo conceito foi sendo adotado pelos Modelos de Convenção elaborados pela OCDE e pela Organização das Nações Unidas, com pequenas variações. Atualmente, pode-se afirmar que a definição de *estabelecimento permanente* constante do Modelo de Convenção da OCDE está amplamente difundida e tem sido aceita com poucas restrições na prática internacional.

Importante dizer que o *estabelecimento permanente* não guarda relação com a subsidiária, que é uma pessoa jurídica autônoma, com personalidade jurídica própria e distinta da empresa que a controla.

Sob a denominação de *estabelecimento permanente*, podemos identificar dois tipos diversos de formas de atuação do empresário no exterior, quais sejam: i) o denominado *estabelecimento permanente material*, em que o exercício no exterior de uma atividade empresarial é realizado por meio de recursos materiais organizados diretamente pela empresa; ii) e o *estabelecimento permanente pessoal*, em que a presença no exterior do empreendedor, para realizar sua atividade empresarial, não é feita de forma direta, mas sim por meio de um agente ou representante comercial. A forma que nos interessa é a última e é a que a seguir será comentada.

Caracteriza-se a existência do *estabelecimento permanente pessoal* quando a empresa não-residente contrata agente ou representante comercial que, por força de acordo escrito ou não, detenha poderes especiais de *representação*.

O traço principal característico do *estabelecimento permanente pessoal*, portanto, é a existência, entre a empresa não-residente e o agente ou representante comercial, de um vínculo estável de *representação* amplo o suficiente, a ponto de ser dispensável a presença física da empresa não-residente no país da sede do agente ou representante comercial.

Assim, o *estabelecimento permanente pessoal* está caracterizado mesmo sem a existência de instalações materiais no país, desde que seja possível concluir que a empresa não-residente opera da mesma forma que um residente local, só que por meio de um terceiro, detentor de amplos poderes de *representação*, que o substitua para todos os efeitos comerciais. Entendemos ainda que esse terceiro poderia ser também o distribuidor.

O agente que efetivamente caracteriza o *estabelecimento permanente pessoal* é aquele que tem independência jurídica e econômica, e que em função dos poderes a ele outorgados é competente para operar em nome e por conta da empresa representada, ou seja, do proponente, e exerce de fato esses poderes, concluindo negócios e firmando contratos com terceiros, relacionados com as atividades da empresa não-residente, de modo constante e habitual.

Determinado o conceito de *estabelecimento permanente*, pertinente verificar a forma como o lucro por ele apurado deve ser tributado pelo país onde está localizado.

Não há, na legislação tributária brasileira, definição de conceito de *estabelecimento permanente*, nem tampouco dispositivos legais que regulam o regime de tributação dos lucros auferidos por meio de *estabelecimentos permanentes*.

No entanto, esparsamente na legislação, podemos encontrar normas isoladas que prevêm a incidência do imposto em três hipóteses especiais enquadradas no conceito de *estabelecimento permanente*, conforme visto acima, extraído da legislação internacional. São elas: a) nos casos de

funcionamento no país de filiais, sucursais, agências ou representações de empresas estrangeiras; b) nos casos de contrato de comissão ajustado entre comitente no exterior e comissário no Brasil; e c) nos casos de venda direta no Brasil, realizada por não-residente, mas por meio de agente ou representante residente ou domiciliado no país.

As filiais, sucursais, agências ou representações de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior são equiparadas às pessoas jurídicas sediadas no país para efeitos de incidência do imposto de renda, conforme previsto no inciso II, do artigo 147¹⁹² do Regulamento do Imposto de Renda de 1999.

Isso quer dizer que os lucros auferidos pelas filiais, sucursais, agências ou representações devem ser quantificados e tributados de acordo com as mesmas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas sediadas no país.

Os lucros auferidos em função de vendas diretas, também conhecidas como faturamento direto, feitas pela empresa estrangeira, mas intermediadas por agentes ou representantes comerciais no Brasil, são aqui submetidos a tributação. Esse regime de incidência do imposto ocorre somente no caso de o agente ou representante comercial ter poderes especiais de *representação* para atuar em nome da empresa estrangeira, podendo vinculá-la para todos os fins de direito na assunção dos direitos e obrigações relativos à operação ajustada, conforme determina o artigo 539¹⁹³, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999.

¹⁹² Artigo 147 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999: “Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior: (...) II - as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior (Lei nº 3.470, de 1958, art. 76, Lei nº 4.131, de 1962, art. 42 e Lei 6.264, de 1975, art. 1º (...)).”

Artigo 146 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999: “São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art 27): I – as pessoas jurídicas (Capítulo I) (...)”.

¹⁹³ Artigo 539 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999: “No caso de serem efetuadas vendas, no País, por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior, quando faturadas diretamente ao comprador, o rendimento tributável será arbitrado de acordo com o disposto no artigo 532”.

Artigo 532 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999: “O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, parágrafo 11, quando conhecida a receita bruta,

Na hipótese de o agente ou representante ou representante comercial desempenhar a função de mero mediador, aproximando as partes para posterior realização da operação; ou atuar como coletor de pedidos ou propostas para encaminhamento à empresa estrangeira; ou mesmo desenvolver a atividade de mediação comercial, sem poderes de obrigar o vendedor do bem no exterior, não há que se falar na tributação dos rendimentos da empresa não-residente.

5.3. Contrato de Distribuição ou Revenda (Concessão Comercial *Lato Sensu*)

O distribuidor é comerciante autônomo, que negocia por sua conta e risco. Sua atividade não se confunde com a do representante comercial ou agente. No mundo dos negócios, pode ocorrer de a mesma pessoa exercer as duas atividades para o fornecedor e/ou fabricante, quais sejam, a de distribuição e a de representação comercial ou agenciamento.

O artigo 710 do Código Civil, já anteriormente transcrito, dispõe:

“Caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

Tem-se aqui, claramente, a diferenciação de uma e de outra figura. A lei quis explicar o que é a agência ou representação comercial e o que é a distribuição ou revenda, e ambas as atividades não se confundem. Como dissemos acima, o agente e o distribuidor até podem ser a mesma pessoa, de maneira a exercer ambas as atividades para determinado fornecedor e/ou fabricante, porém, em nenhum momento podemos dizer que referidas atividades são iguais.

Segundo Hoczman¹⁹⁴,

será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I)”.
¹⁹⁴ Heriberto S. Hoczman, *Contrato de Concesión Comercial*, p. 40.

“Distribuidor comercial es la empresa que, teniendo asignada, por lo general, una zona en exclusividad o compartida en forma limitada con otro u otros distribuidores, se dedica a la intermediación de productos, contando con una cuota determinada brindada por el fabricante a un precio de descuento, obteniendo como ganancia la diferencia que obtendrá por el precio de venta al público respecto de su precio de compra”.

Cristina Urqiza¹⁹⁵ concebe o contrato de distribuição como:

“(...) los contratos marco em virtud de los cuales un operador económico asume, em contrapartida de la posibilidad de obtener beneficios derivados de la comercialización de los productos contractuales, la obligación que comporta la estipulación de contratos para la adquisición, en las condiciones predeterminadas, de los productos a revender”.

Nesse sentido,

“Entran en esta categoría de contratos, en particular, los de concesión comercial, distribución selectiva, venta exclusiva y franquicia”.

O distribuidor ou revendedor negocia por conta própria, compra a mercadoria para revendê-la em certa área (zona). Sua contrapartida não é a remuneração ajustada com o fornecedor, geralmente por meio de comissão, mas o lucro obtido com a revenda do produto.

Também em um sentido lato, para Maria Helena Diniz¹⁹⁶, “a distribuição é uma espécie mais genérica de concessão mercantil”. Seria, então, uma concessão comercial *lato sensu*.

¹⁹⁵ Cristina Pellisé de Urquiza, *Los Contratos de Distribución Comercial*, p. 22.

¹⁹⁶ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 3, p. 385.

Essa prática há muito ocorre e, no nosso entender, somente agora foi tipificada¹⁹⁷, por meio do Código Civil, à exceção dos “distribuidores” de combustíveis que já tinham suas atividades normatizadas, por meio da Lei Ferrari. Não obstante esse entendimento, sabemos que somente com o tempo, com a contribuição da jurisprudência e dos doutrinadores, essa questão restará mais aclarada.

Para Maria Helena Diniz, o contrato de distribuição tornou-se típico com a Lei n. 6.729/79, embora esta apenas tratasse da concessão comercial

¹⁹⁷ Há quem entenda o contrário:

Cândida Ribeiro Caffé. *Boletim Informativo Dannemann Siemsen*, junho/2005. “Nesse sentido, o contrato de concessão comercial continua atípico no ordenamento jurídico brasileiro, salvo no caso específico de concessão de venda de veículos automotores de via terrestre, que é regulado pela Lei Ferrari (Lei 6.729/79)”.

Paula Forgioni. *Contrato de Distribuição*, p. 55 e 111: “No que toca à sua atipicidade, o início da vigência do Código Civil de 2002 não alterou o quadro jurídico do contrato de distribuição: a distribuição referida nos arts. 710 e seguintes do Código Civil atrela-se à representação comercial e não se identifica com a concessão comercial, como veremos adiante. Essa assertiva seria, contudo, incompatível com a natureza do contrato de distribuição (= concessão comercial), bem como com nossa tradição doutrinária e jurisprudencial. Apesar da confusa redação, é possível concluir que a hipótese normativa do art. 710 prevê dois tipos de contratos de agência (ou seja, de representação comercial) (i) o contrato de agência *puro*, em que o representante agencia as vendas em nome e por conta do representado e (ii) o contrato de *agência-distribuição*, contemplando as hipóteses em que o representante tem à sua disposição a coisa a ser negociada (por exemplo, é mandatário do representado ou tem em seu poder a coisa, para posterior revenda). *A distribuição, no sentido que lhe empresta o Código, é uma espécie de agência; a distribuição comercial, de que tratamos neste trabalho (= concessão comercial), permanece atípica*”.

Waldirio Bulgarelli, *Contratos e Títulos Empresariais*, p. 42. “a referida lei aplica-se apenas à concessão da distribuição de veículos automotores: os demais tipos de concessão ou distribuição não-regulamentados estão no amplo campo da liberdade contratual e terão que ser regidos pelo sistema da teoria geral dos contratos”.

No mesmo sentido, Rubens Edmundo Requião. *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma*, p. 35: “A idéia de o agente, ou melhor, o distribuidor, ter ‘à disposição’ o objeto a ser negociado, como característico do contrato de distribuição, compreende o fato de o sujeito ativo ter a posse direta da coisa cuja venda deva intermediar (posse concedida pelo proponente) e tenha o poder, de modo imediato à celebração do negócio intermediado, de fazer a entrega dele ao comprador. O distribuidor terá, apenas, a posse direta da coisa, enquanto a sua propriedade ou posse indireta continuará a ser detida pelo proponente, até que se proceda à tradição, que se processará por conta e ordem deste último (o proprietário da coisa), transferindo o bem ao comprador”. O autor afirma que: “Se o distribuidor adquirir a propriedade da coisa cuja venda pretenda ‘intermediar’ (hipótese escatológica), decairá da condição de intermediário. Conclui que o contrato de distribuição, previsto pelo artigo 710 do Código Civil, é uma especialização do contrato de agência”.

para distribuição de veículos automotores¹⁹⁸. No mesmo sentido, Orlando Gomes:

“O contrato de distribuição é denominado na lei concessão comercial”¹⁹⁹.

Diz Nelson Nery²⁰⁰, em parecer de sua autoria:

“Incluem-se nesse negócio jurídico, as condutas típicas do contrato de distribuição, como se verá em seguida (...)”. “Assim, pode-se afirmar que o regime jurídico desse contrato, quanto à parte que trata da distribuição, é o do art. 710 e seguintes do Código Civil (...)”.

E diz ainda:

“Existem seis requisitos básicos para que se caracterize o contrato de distribuição: a) uma das partes tem de ser fabricante ou produtor; b) que haja compra e venda continuada entre produtor e distribuidor; c) que haja vantagens especiais na relação entre produtor e distribuidor; d) que o produto seja fabricado ou produzido pelo próprio produtor; e) o produto tem de ser destinado à revenda; f) que seja delimitada zona geográfica para ser exercida a distribuição”.

Veja-se que, para o referido autor, o instituto da distribuição foi recém-tipificado, posição que acatamos.

A fim de ilustrar mais claramente as características da distribuição ou revenda, vejamos:

- A compra e a revenda de produtos são por conta e risco do distribuidor;

¹⁹⁸ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 3., p. 386.

¹⁹⁹ Orlando Gomes, *Contratos*, p. 421.

²⁰⁰ Nelson Nery. *Revista de Direito Privado*, n. 23, p. 311.

- O distribuidor tem a coisa (produto) imediatamente à disposição, o que significa dizer que tem a propriedade²⁰¹;
- O distribuidor determina preço de revenda;
- O lucro do distribuidor é igual ao preço de revenda, menos o preço de compra do produto; e
- Em regra, o fornecedor e/ou fabricante não possui relação comercial com o cliente do distribuidor.

Quanto à observação do parágrafo único, que diz que distribuidor ou revendedor tem a sua disposição a coisa (produto) a ser negociada consigo, entendemos que aquele tem a possibilidade imediata de dispor, sem depender de outrem, tem a propriedade, ou seja, não depende do fornecedor e/ou fabricante. Diferentemente do agente ou representante comercial, que depende do fabricante, que é inclusive quem entrega a coisa (produto) diretamente ao cliente.

Entendemos que, juridicamente, distribuidor e revendedor trata-se do mesmo instituto jurídico e, como consequência, devem receber o mesmo tratamento legal, vez que ambos comprem produtos para revendê-los e não para consumi-los. A fim de reforçar referido entendimento, passaremos a seguir a ilustrar um pouco de nossa experiência da prática advocatícia, de maneira a demonstrar o que ocorre nas relações empresariais, ou seja, no plano fático, a esse respeito.

Interessante observar que, do ponto de vista mercadológico, da prática e da lógica comercial, que, por óbvio, pode variar caso a caso, dependendo do segmento de produtos que se está examinando, do território envolvido, dentre outros aspectos, podemos dizer que no segmento de tintas, por exemplo, o

²⁰¹ José Maria Trepat Cases. *Código Civil Comentado*, v. III, p. 67: “Na distribuição, encerrada a primeira etapa negocial, com o contrato de compra e venda, opera-se a transferência de propriedade dos produtos distribuídos”. E diz ainda a esse respeito: “Os produtos vendidos deixam de ser objetos em que incidem os elementos que compõem o conteúdo patrimonial do distribuído e passam a ser objetos em que incidem os elementos que compõem o conteúdo patrimonial do distribuidor”.

qual conhecemos bem, a denominação (terminologia) *distribuição* é vista como um “posto avançado logístico” para, em regra, atender a clientes pequenos, localizados em determinada zona territorial, vez que para o fabricante não é interessante economicamente atender a esses clientes menores. Por essa razão, o fabricante estabelece esse tipo de negócio jurídico de distribuição ou revenda.

Já a denominação (terminologia) *revenda*, que para nós, juridicamente, trata-se da distribuição, pois se compra para revender e não para consumir, é utilizada para ilustrar aquela gama de produtos vendidos aos grandes clientes (varejistas), que revendem o produto diretamente aos consumidores finais, sejam referidos consumidores pessoas físicas ou jurídicas.

Desse modo, tanto o denominado distribuidor quanto o revendedor – assim caracterizados somente por sua atuação dentro da estratégia mercadológica, em regra, estabelecida pelo fabricante –, do ponto de vista meramente jurídico, devem receber o mesmo tratamento legal, vez que desempenham a mesma atividade.

Utilizando-nos da linguagem terminológica adotada pelo mercado, tanto o distribuidor quanto o revendedor fazem o trabalho de marketing, a exemplo do reforço da marca do fabricante. Entretanto, por muitas vezes e “aos olhos do consumidor”, pela atividade desempenhada pelo revendedor, o marketing é mais visível que o marketing realizado pelo distribuidor, que somente é conhecido pelos envolvidos proximalmente no segmento de determinado tipo de produto; a “dona-de-casa”, por exemplo, não o conhece. Não obstante a ilustração empírica acima, repise-se que a estrutura, bem como a estratégia mercadológica, dependerá e variará de segmento para segmento e que, por óbvio, não há regra rígida a esse respeito.

Diga-se, ainda, que o ganho do fabricante de determinado produto depende de muitas variantes, a exemplo do local (território ou zona) em que esteja atuando, por meio de distribuidores ou revendedores. Sabemos que existem vários “Brasis” dentro de um Brasil; queremos com isso dizer que cada

Estado da Federação possui suas peculiaridades, que afetam de maneira substancial os negócios jurídicos lá realizados.

Na prática, percebemos muito rotineiramente que, quando determinado fabricante estabelece um contrato com o distribuidor ou revendedor, baseia sua decisão em dois pilares principais:

a) redução do denominado custo operacional, a exemplo de frete, armazenagem, locação de espaço, dentre outros; e

b) redução do custo fixo (salários, encargos trabalhistas, caso tivesse uma estrutura de pessoas vinculadas – empregados – para desempenhar essa atividade).

Cada vez mais as empresas querem otimizar seus custos e estruturas. Para tanto, reduziram e reduzem a cada dia sua “complexidade”, sendo exemplo disso o fato de um fabricante atender a clientes classificados por ele como A e B(+), deixando de lado clientes B(-), C e D, que são atendidos por distribuidores ou revendedores.

Desse modo, repetimos que a denominação distribuição, revenda, concessão comercial, são diferenciadas somente pela prática empresarial, sendo iguais quanto ao conteúdo jurídico, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento legal.

Com relação à assistência técnica dos produtos em face dos clientes, dependerá muito do segmento envolvido, vez que por vezes é o próprio fabricante que faz a assistência, e em outros casos o distribuidor ou revendedor presta esse tipo de assistência por meio de pessoal técnico a ele vinculado. Há também casos em que existem prestadores de serviços, as denominadas “autorizadas”, que executam esse tipo de serviço. Não há uma regra, dependerá do segmento de produto e também da estratégia estruturada.

Antes de entrar nas questões que envolvem a distribuição em face das disposições do Código Civil, faremos a seguir alguns comentários sobre a

distribuição ou revenda (concessão comercial *stricto sensu*) regulada pela Lei Ferrari.

5.3.1. Breves Comentários sobre a Lei Ferrari (Contrato de Concessão Comercial *Stricto Sensu*)

A Lei n. 6.729/79, modificada pela Lei n. 8.132/90, surgiu em razão de existir uma estrutura de poder por parte das montadoras de veículos, em relação à qual os “distribuidores” colocavam-se em visível desvantagem. Como dissemos, no presente estudo, distribuidores, revendedores e concessionários são sinônimos.

Em geral, eram impostos ao concessionário vários deveres, a critério da montadora, a exemplo da obrigatoriedade de manter estoques dos produtos, aquisição compulsória de peças etc. Foram essas circunstâncias que impulsionaram os revendedores a pleitear ao Estado um diploma legal que instaurasse no país a aplicação do contrato de concessão comercial como base das relações entre montadoras e revendedores de veículos automotivos terrestres.

Surgiu, nesse contexto, a configuração do *dirigismo contratual*, que consiste no propósito de estabelecer prévias e obrigatórias bases eqüitativas ou de equilíbrio econômico entre as prestações recíprocas concluídas entre contratantes que, em virtude de múltiplas conjunturas, seriam obrigados a aceitar cláusulas leoninas se deixados entregues a si mesmos, no exercício de uma utópica autonomia privada.

Adentrando mais especificamente no contrato de concessão comercial e suas particularidades, interessante observar o que dispõe o art. 1º da Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979, a Lei Ferrari:

“Art. 1º A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a

contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais”.

Pelo teor do disposto no artigo 1º da Lei n. 6.729/79, defendemos que a concessão comercial é espécie do gênero distribuição ou revenda (concessão comercial *lato sensu*)²⁰². Assim, o contrato de concessão de veículos, que é o objeto da lei acima referida, sendo espécie de distribuição, possui algumas peculiaridades²⁰³, a exemplo de:

- comercialização dos produtos, nesse caso, veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;
- prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;
- uso gratuito da marca do concedente, como identificação.

Poderá existir a vedação à comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor, o que pressupõe exclusividade.

Tais características são de suma importância para visualizarmos as similitudes e também diferenças, se existirem, se as compararmos com as características constantes do contrato de distribuição, recém-tipificado no Código Civil Brasileiro.

De acordo com o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva²⁰⁴, v. I e II:

“Derivado do latim concessio, de concedere, designa o ato de conceder. E, assim, em acepção ampla, significa outorga, autorização, licença ou permissão, em virtude do que se atribui a

²⁰² Paula A. Forgioni. *Contrato de Distribuição*, p. 50-1, como visto supra, utiliza indistintamente os termos concessão comercial e distribuição (em sentido estrito). Já Maria Helena Diniz. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 3, p. 385, denomina a concessão comercial de *concessão comercial stricto sensu*, para diferenciá-la da *distribuição*, a qual designa *concessão comercial lato sensu*, e entende que ambas tornaram-se típicas a partir da Lei n. 6.729/79.

²⁰³ Artigo 3º da Lei n. 6.729/79.

²⁰⁴ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, v. 1 A-C, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 485.

uma pessoa o direito ou faculdade de realizar um negócio ou vários negócios, praticar um ato ou vários atos ou executar um serviço ou vários serviços”.

Interessante transcrever o que Miguel Reale²⁰⁵ disse a respeito do tema:

“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 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 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”.

Para Humberto Theodoro Jr. e Adriana M. Theodoro de Mello²⁰⁶:

²⁰⁵ Miguel Reale. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 91, DEDALUS, 1996.

²⁰⁶ Humberto Theodoro Jr. e Adriana M. Theodoro de Mello. *RT* 825, julho, 2004, 93º ano, p. 42.

“A concessão comercial (contrato de distribuição stricto sensu) é um contrato novo que se aperfeiçoa quando um fabricante obriga-se a vender, continuamente, a um distribuidor, que, por sua vez, se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada. Com esse tipo de contrato cria-se uma ‘concessão’ no plano comercial, que implica a atribuição de um monopólio de exclusividade de venda a comerciantes escolhidos pelo produtor para fazê-los participar de um sistema de comercialização de seus produtos. Daí falar não só em contrato de distribuição, mas também em contrato de concessão comercial. A concessão comercial, modernamente, apresenta-se muito útil para a circulação dos produtos em massa, como cervejas, refrigerantes, automóveis, derivados de petróleo (...).”

Com relação ao aspecto exclusividade, interessante observar que, atualmente, no relacionamento entre as montadoras e as concessionárias de veículos, verifica-se uma tendência de os revendedores cada vez mais afastarem-se da fidelidade a uma única montadora, especialmente no que diz respeito à comercialização dos carros zero quilômetro. Essa expansão serve como garantia do crescimento no número de empresas mais fortes e, portanto, menos propensas aos problemas que levaram muitas concessionárias à bancarrota.

O crescimento das denominadas “multimarcas” (terminologia mercadológica) também é conseqüência da limitação nos volumes de vendas imposta pelos fabricantes, o que vai contra a necessidade de os distribuidores buscarem novas marcas, que podem crescer. O entendimento dos distribuidores é que, para aqueles revendedores já capitalizados, não conseguirão crescer se estiverem presos a uma única marca. Na década de 80, os distribuidores conseguiam vender muitos carros com um só ponto de venda, porque o mercado brasileiro estava restrito a poucos fabricantes. Hoje, o mercado tem mais competidores, está mais dividido e, por isso, é preciso

completar os volumes com marcas distintas. Tal fato comprova mais uma vez que as situações alteram-se com o passar dos tempos, sendo certo que o melhor dos mundos seria o direito tipificado acompanhar essas alterações do mundo fático.

Dessa forma, reiteramos que a concessão comercial é uma espécie do gênero distribuição (“concessão comercial” *lato sensu*), e que esse gênero, por meio do Código Civil em vigor, foi recém-tipificado, diferentemente do que ocorrera com a concessão de veículos automotores, que já havia sido tipificada primeiramente²⁰⁷.

5.3.2. O Código Civil em Face do Contrato de Distribuição ou Revenda

Não obstante respeitarmos posições contrárias de doutos doutrinadores²⁰⁸ a respeito do tema, conforme abordado no item 5.3. supra,

²⁰⁷ Waldirio Bulgarelli. *Contratos e Títulos Empresariais*, p. 41, entende que o contrato de concessão comercial é apenas típico em relação à distribuição de veículos automotores de via terrestre (Lei n. 6.729, de 28/11/1979). “É que não há lacuna, como se pretendeu, pois que os demais tipos de concessão ou distribuição não-regulamentados estão no campo da liberdade contratual e terão de ser regidos pelo sistema da teoria geral dos contratos que se encontra tanto no Código Comercial como no Código Civil”.

Similarmente, afirma Marco Antonio Calábria que “(...) existe previsão legal específica de *concessão comercial* apenas para os contratos de comércio de veículos automotores e terrestres (Lei n.º 6.729/79), sendo a concessão comercial para a venda de qualquer outra mercadoria um contrato atípico, genericamente denominado contrato de *distribuição*”.

Da ótica do ordenamento jurídico português, Maria Helena Brito ensina que diversas doutrinas tentam reconduzir o contrato de concessão comercial a outro contrato, como o de compra e venda, o de fornecimento, o de mandato, o de prestação de serviços e o de licença de marcas. Outras o consideram um contrato atípico. Na opinião da autora, o contrato teria *tipicidade social*, que apresenta uma “função económico-social”, “difusão e relevo na prática negocial” e recepção pela ordem jurídica (caso não seja reconhecido pela legislação, o é pela doutrina e jurisprudência). Assim, “como contrato socialmente típico, a sua regulamentação própria resulta da prática dos negócios e encontra-se fixada por via doutrinária e jurisprudencial”.

²⁰⁸ Araken de Assis, em sua obra “*Contratos Nominados*”, p. 205, diz: “Este rápido esboço evidencia a diferença programática da concessão e da agência, incluindo a forma de distribuição, de que se ocupou a parte final do artigo 710, caput. Neste último caso, o bem se encontra à disposição do agente, à semelhança do que ocorre com o concessionário; porém, à sua atividade básica e fundamental de promoção acrescenta-se tão só o dever de entregá-lo ao adquirente, por conta do distribuído: não comprou, não revende e não prestará assistência técnica pós-venda”.

Paula A. Forgioni, em sua obra “*Contrato de Distribuição*”, p. 111, diz: “A primeira vista, a polissemia do termo distribuição pode levar à conclusão de que os artigos 710 e seguintes do CC teriam tipificado o negócio. Essa assertiva seria, contudo, incompatível com a natureza do

entendemos que o Código Civil em vigor passou a tipificar a figura do contrato de distribuição, a exemplo do que já havia feito com a espécie de distribuição, denominada concessão comercial de veículos automotores.

Assim, de acordo com o artigo 710 do Código Civil acima transcrito: ...

“caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

Importante observar que o conceito de dispor presente no artigo 710 do Código Civil é sinônimo de possibilidade imediata de dispor, sem depender de outrem. A coisa que está em seu poder lhe pertence. A distribuição caracteriza-se pela não-dependência da coisa, pois o produto está imediatamente com o distribuidor ou revendedor.

De acordo com o artigo 713²⁰⁹ do Código Civil, o distribuidor arca com as despesas do negócio²¹⁰. Como dito acima, quando abordamos a agência ou representação comercial, o distribuidor, assim como o agente, também é dotado de autonomia econômica e funcional, não tendo dependência em relação ao fabricante/fornecedor. Essa ausência de dependência é benéfica para ambos os contratantes, e é recomendável que o fabricante, ao contratar um distribuidor, cheque a solidez de seus negócios, sob pena de no futuro ter

contrato de distribuição (= concessão comercial), bem como com a nossa tradição doutrinária e jurisprudencial. Apesar da confusa redação, é possível concluir que a hipótese normativa do artigo 710 prevê dois tipos de contratos de agência (ou seja, de representação comercial) (i) o contrato de agência puro, em que o representante agencia as vendas em nome e por conta do representado e (ii) o contrato de agência-distribuição, contemplando as hipóteses em que o representante tem à sua disposição a coisa a ser negociada (por exemplo, é mandatário do representado ou tem em seu poder a coisa, para posterior tradição ao eventual adquirente). A distribuição, no sentido que lhe empresta o Código, é uma espécie de agência; a distribuição comercial, de que tratamos neste trabalho (= concessão comercial), permanece atípica”.

²⁰⁹ Artigo 713 do Código Civil: “Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor”.

²¹⁰ Explica António Pinto Monteiro, *Contrato de distribuição comercial*, p. 61, que “(...) na distribuição integrada, o distribuidor mantém a sua independência e autonomia jurídica, suportando os custos da organização e, em regra, como qualquer comerciante, também o risco da comercialização; mas é *integrado* na empresa ou no grupo do produtor, com o qual *coordena* e *articula* a sua actividade, o que implica ter de seguir *directrizes* de várias ordens, sujeitar-se a uma certa *orientação, controlo e fiscalização*, e aceitar *promover* os bens e serviços que distribui. Em contrapartida, usufrui de *benefícios* vários, provenientes, em geral, da *posição de privilégio* que lhe advém de ser *integrado* naquela rede de distribuição”.

de arcar com indenizações, quando do término da relação contratual. Há grandes possibilidades, no caso de pagamento de indenizações, caso o distribuidor venha a comprovar investimentos para atendimento do fornecedor/fabricante, de o Poder Judiciário arbitrar um ressarcimento pecuniário em prol do distribuidor, de maneira a compensá-lo dos investimentos realizados.

Conforme o artigo 714:

“Salvo ajuste, o distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência”.

Esse artigo aborda a questão que envolve as negociações diretas. No caso do contrato de distribuição, se este foi firmado para que o distribuidor atue com vendas em zona determinada, não poderá o fabricante e/ou fornecedor agir dentro daquela zona, sob pena de ter de repassar ao distribuidor o valor daquela venda.

Para os casos em que o fabricante e/ou fornecedor queira evitar esse tipo de situação, é recomendável estabelecer em contrato que o distribuidor não será remunerado por negócios realizados sem sua interferência.

Já o artigo 715 do Código Civil dispõe que o distribuidor tem direito à indenização se o fornecedor e/ou fabricante, sem justa causa, cessar atendimento das propostas ou reduzi-lo, tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.

No presente artigo, o que se quis é dar proteção ao distribuidor ou revendedor, que não obstante ter relação contratual com o fabricante e/ou fornecedor, pode sofrer prejuízos em decorrência de este último não atendê-lo, sem justo motivo, quanto aos pedidos colocados, visando a posterior revenda. Nesse caso, o distribuidor para não ter prejuízo, até porque em muitos casos já se comprometeu com seus clientes, terá o direito de ver-se ressarcido pelo fornecedor e/ou fabricante do produto.

Seria recomendável, nesse caso, definir no contrato “motivos para justa causa” para não-atendimento de pedidos. Tal providência evitaria eventuais transtornos para ambas as partes.

Não obstante o artigo 720²¹¹ do Código Civil dispor especificamente sobre o agente, defendemos que o disposto no referido artigo também se aplica às relações de distribuição, vez que o raciocínio do artigo objetiva que, no contrato por prazo indeterminado, este seja rescindido com um aviso prévio razoável, a ser estipulado pelas partes contratantes, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza do vulto do investimento exigido.

Como dissemos acima, sabemos que, em várias relações comerciais que se estabelecem, o contratante exige do contratado algumas providências por parte deste último para que desenvolva suas atividades. Utilizando a própria figura da distribuição, podemos dar como exemplo uma revendedora de tintas, que não raras vezes é obrigada a fazer investimentos por exigência do fabricante e/ou fornecedor do produto, de maneira que a distribuidora possa desenvolver suas atividades. Alguns exemplos das referidas exigências seriam, dentre outras, pintar a loja com as cores da embalagem do produto adquirido, colocando desenhos das latas com a marca do fabricante nas paredes e aumentar o tamanho da loja, de maneira que seja possível acondicionar maior quantidade de produtos.

Assim, a lei visa a proteger o distribuidor ou revendedor nos casos, a exemplo do que foi ilustrado no parágrafo anterior, em que investe para poder relacionar-se comercialmente com o fabricante/fornecedor e este último resolve terminar o contrato, sem motivo justo e também sem aviso prévio. Caso o aviso não seja em um prazo suficiente para o distribuidor ou revendedor reaver o investimento feito, poderá reivindicar indenização do fabricante do produto.

²¹¹ Artigo 720: “Se o contrato for por prazo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente”.

O artigo 720 retromencionado está inclusive em consonância com o que dispõe o artigo 473, parágrafo único do Código Civil:

“Artigo 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressamente 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 efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Diante do que dispõe o artigo 473 do Código Civil, podemos questionar se estamos diante de matéria cogente ou dispositiva.

Entendemos que estamos diante de norma dispositiva; entretanto, recomenda-se que as partes incluam no contrato, de maneira clara e objetiva, a forma de término do contrato, prazo para aviso prévio, definam o que entendem por investimento, quais seriam os casos de indenização, de que maneira essa indenização será feita, qual o montante da indenização, que inclusive pode ser expresso em fórmulas etc.

Ademais, a indenização mencionada nos artigos 720 e 473, ambos do Código Civil, deverá ser arbitrada pelo juiz nos casos de litígio.

Em suma, quanto à indenização nos contratos de distribuição ou revenda, entendemos que:

- Contratos com prazo determinado:
 - Com justa causa, não há pagamento de indenização (perdas e danos);
 - Sem justa causa, há pagamento de indenização, com base nos danos efetivos (perdas e danos).
- Contratos com prazo indeterminado:

- Com justa causa, não há pagamento de indenização (perdas e danos);
- Sem justa causa: i) aviso prévio razoável e/ou ii) pagamento de indenização (perdas e danos).

Estabelece ainda o Código, em seu artigo 721, que se aplicam ao contrato de distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato, à comissão e as constantes de lei especial.

A esse respeito, entendemos que, no que couber, e não obstante já existir posição doutrinária e jurisprudencial contrária, a própria Lei Ferrari poderá ser aplicável²¹² às situações concretas que envolvem a distribuição ou

²¹² Interessante observar o recente julgado de 20/6/2006 a respeito do assunto:

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2004/0085842-7 REsp 681100 / PR

Números Origem: 1392367 27898

PAUTA: 20/06/2006 JULGADO: 20/06/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO FILHO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS

Secretária

Bela. SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA POLAR S/A

ADVOGADOS: WALTER BORGES CARNEIRO E OUTROS

VINICIUS DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

RECORRIDO: COMERCIAL DE BEBIDAS SIDAL LTDA

ADVOGADO: WALTER TOFFOLI E OUTROS

ASSUNTO: Civil - Contrato - Agência e Distribuição

SUSTENTAÇÃO ORAL

Pelo Recorrente, o Dr. Vinícius de Figueiredo Teixeira.

revenda (concessão comercial *lato sensu*). Entretanto, somente poderemos ter certeza em relação a tal posicionamento, em especial quando da análise de material jurisprudencial que poderá vir a ser formado a partir da vigência do novo Código Civil, por meio do qual poderemos vislumbrar e conhecer o entendimento dos eminentes juristas a respeito do tema.

5.3.3. Diferença entre o Contrato de Distribuição ou Revenda e o Contrato de Fornecimento

Em regra, contratos de fornecimento têm por objeto produtos (matérias-primas) que, posteriormente, serão processados pelo adquirente ou utilizados no processo de produção, ao passo que os contratos de distribuição ou revenda normalmente lidam com bens de capital ou de consumo que necessitam de distribuição. O contrato de distribuição visa à colocação do bem junto ao público adquirente; o contrato de fornecimento tem por efeito ligar o produtor da matéria-prima ou insumo ao industrial (empresário).

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de junho de 2006

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

A informação disponível não será considerada para fins de contagem de prazos recursais (Ato nº 135 - Art. 6º e Ato nº 172 - Art. 5º) Página 1 de 1

(Referido julgado ainda não foi publicado na íntegra, entretanto, foi objeto de notícia divulgada pelo Jornal Valor Econômico de 29/6/2006 – Legislação & Tributos, cujo teor passamos a transcrever: “Rescisão Contratual: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a Indústria de Bebidas Antarctica Polar não deve pagar indenização pela rescisão de um contrato de distribuição firmado com a Comercial de Bebidas Sidal. A turma, por unanimidade, acatou um recurso ajuizado pela Antarctica e determinou o restabelecimento da sentença de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido de indenização. A sentença havia sido modificada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ- PR). O contrato foi firmado em outubro de 1986 e foi rompido unilateralmente pela Antarctica em junho de 1998, com base em uma cláusula contratual que assegurava às duas partes o direito de interromper o negócio mediante notificação prévia com antecedência mínima de 60 dias. Segundo os autos do processo, a indústria informou sua decisão à distribuidora dentro do prazo previsto, o que fez com que a justiça de primeira instância negasse o pedido de indenização. **Mas o TJ-PR aplicou, por analogia, a Lei 6.729, de 1979, que regula a distribuição de veículos automotores e não permite a rescisão imotivada do contrato. O tribunal considerou a cláusula abusiva e condenou a Antarctica a indenizar a distribuidora**”) (grifo nosso).

Rubens Requião²¹³ clarifica essa idéia:

“o fornecimento serve para satisfazer necessidades próprias do comprador, ao passo que a compra e venda com exclusividade, visa a fornecer ao concessionário bens para revender ou para dar em locação. A diferença é flagrante, pois no contrato de fornecimento as prestações se executam periodicamente, pela tradição contínua das coisas, ao passo que no contrato de concessão comercial o concedente e o concessionário se obrigam a diferentes prestações, muito mais do que o simples pagamento do preço e a tradição periódica de coisas”.

Segundo Nelson Nery²¹⁴:

“A doutrina e a lei fazem, não raras vezes, confusão entre os contratos de distribuição e de fornecimento, equiparando as duas figuras. O Código Civil italiano, em seu artigo 1568, regulou o contrato de fornecimento, com requisitos e características do contrato de distribuição. Os dois contratos são diferentes, pois a revenda é requisito essencial do contrato de distribuição. No caso de o distribuidor adquirir do fabricante ou produtor sem o intuito de revender, o contrato será de fornecimento. É também de fornecimento – e não de distribuição – o contrato entre a distribuidora de petróleo e o posto de gasolina que vende os seus produtos”.

Abrimos aqui um parêntese para dizer que discordamos do douto autor, vez que em relação ao exemplo dado por ele, entendemos ser a relação entre a distribuidora de petróleo e o posto de gasolina uma relação de distribuição, ou seja, há a compra do produto para posterior revenda. Já entre o posto de gasolina e os consumidores, existe uma relação de fornecimento, vez que o cliente compra o produto para consumi-lo.

²¹³ Rubens Requião. *Aspectos modernos de direito comercial*, p. 129.

²¹⁴ Nelson Nery. *Revista de Direito Privado*, 23, p. 312.

Interessante também verificar que Paula Forgioni²¹⁵ segue na mesma linha adotada pelos autores acima citados, vez que menciona que os contratos de fornecimento têm por objeto matérias-primas que, posteriormente, serão processadas pelo adquirente ou utilizadas no processo de produção, já os contratos de distribuição normalmente tratam de bens de capital ou de consumo que necessitam de distribuição capilarizada.

²¹⁵ Paula Forgioni, *Contrato de Distribuição*, p. 102.

VI. COMPETÊNCIA E LEGISLAÇÃO

6.1. Competência para apreciar Questões Relativas aos Contratos de Agência ou Representação Comercial e de Distribuição ou Revenda: Justiça Comum ou Justiça do Trabalho?

Não obstante a Emenda Constitucional n. 45/04 (DOU de 31/12/04) ter alterado algumas das competências da justiça do trabalho, em decorrência da reforma do Judiciário – a exemplo da discussão que está ocorrendo com a competência para julgar as ações relativas a acidente do trabalho, transferindo esse tema da competência da justiça comum para a competência da justiça do trabalho –, há muitas outras discussões paralelas à do exemplo dado, inclusive por afetarem a matéria aqui discutida.

Há quem defenda que trabalhadores autônomos, de modo geral, bem como os respectivos tomadores de serviços, terão suas controvérsias conciliadas e julgadas pela justiça do trabalho²¹⁶. Como veremos a seguir, não podemos concordar integralmente com referida posição, senão vejamos o que dispõe o artigo 39 da Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92:

“Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo (hoje sumário), previsto no artigo 275, do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas” (observação nossa).

²¹⁶ LTR, Suplemento Trabalhista n. 023/05: “Corretores, representantes comerciais, representantes de laboratório, mestres-de-obra, médicos (...) dentre tantos outros profissionais liberais, ainda que não empregados, assim como também as pessoas que locaram a respectiva mão-de-obra (contratantes), quando do descumprimento do contrato firmado para a prestação de serviços, podem procurar a Justiça do Trabalho para solucionar o conflitos que tenham origem em tal ajuste, escrito ou verbal. Discussões em torno dos valores combinados e pagos, bem como a execução ou não dos serviços e sua perfeição, além dos direitos de tais trabalhadores, estarão presentes nas atividades do magistrado do trabalho (site Anamatra)”.

Ao observarmos como é definido o conceito de agência ou representação comercial, verificaremos que a lei traz expressões como “sem relação de emprego”, “sem vínculos de dependência” etc.

Entendemos que desde que referida figura foi tipificada em nosso ordenamento, o intuito foi afastar o vínculo trabalhista entre as partes, e o Código Civil veio a confirmar o que já era disposto na legislação especial.

Assim, quando se defende que a referida matéria deverá ser apreciada na justiça trabalhista, entendemos como no mínimo prudente não se fazer uma interpretação extensiva a esse respeito, devendo cada caso ser examinado detidamente. A matéria deve ser apreciada, seguindo o que determina a lei. Em relação a isso ninguém tem dúvidas; também não temos dúvidas de que a Constituição sobrepõe-se ao teor de lei ordinária que não está em consonância com o dispositivo constitucional. Entretanto, para melhor entendimento da questão, alguns conceitos devem ser examinados.

Nesse contexto, é importante abrir um parêntese para dizer que, hoje, muito se discute sobre se existe ou não diferença entre os conceitos denominados relação de emprego e relação de trabalho. Alguns autores posicionam-se no sentido de que o primeiro conceito pressupõe trabalho subordinado, e o segundo conceito trata-se de algo mais abrangente, podendo englobar vários tipos de relacionamentos. Outros defendem que relação de emprego e relação de trabalho trata-se da mesma coisa, ou seja, têm o mesmo conceito jurídico²¹⁷.

Independentemente da posição que se adote, ante situações concretas, poderemos estar diante de casos envolvendo agentes e proponentes, que caracterizem vínculo trabalhista, devendo, de acordo com os ditames do artigo 114 da Consolidação das Leis Trabalhistas²¹⁸ (CLT), recém-

²¹⁷ LTR. *Suplemento Trabalhista n. 58/06*, p. 262 (Texto de Antonio Nicacio).

²¹⁸ Artigo 114 da CLT: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

modificado pela Emenda Constitucional n. 45, serem submetidos à competência da justiça do trabalho.

Entendemos, ainda, que os casos envolvendo representantes autônomos (pessoas físicas) e pessoas jurídicas na modalidade de empresas individuais, microempresas etc., estariam, devido a sua constituição societária, mais passíveis a uma situação que propiciasse a todos reclamar vínculo trabalhista com relação ao proponente.

Não obstante isto, e como já dito acima, as modificações introduzidas com a Emenda Constitucional n. 45 não podem ser interpretadas de maneira tão ampliativa, especialmente porque a natureza da relação entre duas pessoas jurídicas é civil e não trabalhista. Em regra, nas contratações que envolvem distribuição ou revenda e agência ou representação comercial, essas relações são estabelecidas entre pessoas jurídicas e não entre pessoa jurídica e pessoa física. Entendemos que principalmente neste último caso poderia se suscitar alguma polêmica, dependendo da maneira como ocorreu a relação (configuração de habitualidade, subordinação, dependência econômica etc.), ou seja, se estão caracterizados os elementos de vínculo trabalhista, para que a discussão fosse submetida à Justiça do Trabalho, para apreciação e julgamento.

Conforme esclarece Fernando Netto Boiteux²¹⁹, não existe subordinação entre o representante comercial autônomo e a empresa representada, portanto não há relação de emprego. O autor cita jurisprudência do TST, no sentido de que “o contrato de representação contém todos os elementos do contrato de trabalho, à exceção da subordinação hierárquica”.

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...)

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrente da relação de trabalho”.

²¹⁹ TST, Recurso de Revista n. 459.009, apud Fernando Netto Boiteux, *Contratos Mercantis*, p. 214.

Como dissemos anteriormente, não há dúvidas de que a Constituição está acima de qualquer lei ordinária; entretanto, não nos parece correto dizer que em todos os casos que envolvem agência e também distribuição, a justiça comum será afastada como competência para apreciar questões relativas a esses tipos contratuais²²⁰.

Há que se dizer, ainda, que as disposições do artigo 39 aplicam-se ao contrato de distribuição, por força do artigo 721 do Código Civil. O foro natural para discutir temas resultantes dos contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda é o do agente ou representante comercial e do distribuidor ou revendedor, ou seja, onde estes têm seu domicílio profissional, vez que o referido artigo 39 fixa a competência do foro no domicílio do representante.

6.2. O Direito Internacional Aplicado ao Contrato de Agência ou Representação Comercial e de Distribuição ou Revenda

O contrato de agência ou representação comercial no Brasil, conforme explicado acima, é regido pela Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, modificada pela Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992, em conjunto com os artigos 710 e seguintes do Código Civil. Estes últimos também regem os contratos de distribuição, modalidade contratual tipificada, com a entrada em vigor do Código Civil.

²²⁰ Araken de Assis. *Contratos Nominados*, p. 226: “O artigo 39 da Lei 4.886/65 prevê o foro do domicílio do representante, na Justiça Comum, para dirimir os litígios entre os contratantes”.

LTr. *Suplemento Trabalhista* n. 058/06, p. 263, texto de Antonio Nicacio “Ademais, se se der à relação de trabalho interpretação meramente literal, condenada pela hermenêutica, a Justiça do Trabalho, que é especializada e foi criada para decidir os conflitos entre empregados e empregadores do setor privado, passará a ser a justiça comum, atualmente de competência do poder judiciário dos Estados. Lembrando antigo provérbio: devagar que o santo é de barro. A justiça do trabalho pode se tornar inviável. Finalmente, não tem sentido aumentar a competência da Justiça do Trabalho de forma a prejudicar o processamento das ações dos trabalhadores, pois ela foi criada para protegê-los, como é sabido. É indispensável a prevalência do bom senso, eis que aquela justiça é morosa e é dever dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e dos juristas não torná-la mais morosa tendo em vista os incisos III e IV do artigo 1º da CF, que se referem a dignidade da pessoa humana, nas quais se incluem os trabalhadores, e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil”.

No cenário internacional, diferentemente do que ocorre em matéria tributária, em que há vários tratados firmados entre o Brasil e outros países para evitar a bitributação de rendas, inexistente tratado regulamentando os contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda, de maneira a uniformizar e/ou alinhar a normatização dessas formas contratuais nos diversos países.

Dessa maneira, algumas dificuldades concernentes ao modo de solucionar os conflitos provenientes da execução dos referidos contratos podem aparecer. Referidas soluções devem ser buscadas nas regras de direito internacional e na Lei de Introdução ao Código Civil.

Algumas questões envolvendo o âmbito internacional merecem ser pontuadas: i) identificação do foro competente; ii) legislação aplicável.

Com relação a essas questões, podemos questionar: é possível a escolha de um país estranho à nacionalidade das partes contratantes para compor o litígio, aplicando legislação que não a relacionada a nenhum dos envolvidos?

Conforme dito no item 6.1. acima, no âmbito da legislação e do foro competente, internamente, a questão se esclarece de maneira menos complicada, pois o artigo 39 da Lei n. 4.886/65, modificada pela Lei n. 8.420/92, estabelece que “para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante”. Ainda segundo nosso entendimento, as disposições do referido artigo 39 aplicam-se ao contrato de distribuição, por força do artigo 721 do Código Civil.

Nesse contexto, como proceder no âmbito internacional? Nossa lei determina que, para qualificar e reger as obrigações, deve-se aplicar a lei do local onde as mesmas se constituírem²²¹, reputando-se este como o lugar em

²²¹ Artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

que residir o proponente. Estaria, portanto, desconsiderando o foro e a legislação eleitos pelas partes? Observe-se que nosso ordenamento jurídico acata a autonomia privada quando esta respeite a ordem pública, a fim de assegurar a função social da propriedade e dos contratos²²².

Cumprе acrescentar que, de acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula n. 335, “é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”. Por outro lado, o artigo 111, do Código de Processo Civil, faculta às partes derogar, por meio de convenção, as competências relativas, pertinentes ao território, elegendo o foro onde serão propostas as ações provenientes de direitos e obrigações decorrentes de contrato escrito. Assim, é lícito às partes poder eleger o foro para o deslinde de questões oriundas aos contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda.

Diga-se também que a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regulamentou a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, flexibilizou a regra da lei do domicílio do agente ou representante comercial, possibilitando às partes escolher a legislação aplicável, tanto ao processo arbitral, quanto às obrigações a ele submetidas. Assim, existindo nos contratos de agência ou representação comercial e de distribuição ou revenda cláusula arbitral, esta prevalecerá sobre a disposição legal, afastando do Poder

Parágrafo primeiro. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Parágrafo segundo. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”..

Artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil: “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

²²² Artigo 2.035 do Código Civil: (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Judiciário a competência para apreciar os conflitos surgidos nessas modalidades contratuais²²³.

Nesse sentido, importante observar o que diz Selma Lemes²²⁴:

“é no princípio jurídico da autonomia da vontade que repousa a arbitragem, posto que como forma de solução de controvérsias só pode surgir como sucedâneo à via judicial, quando as partes no negócio entabulado prevêem a cláusula compromissória ou sobre ela disponham em documento apartado”

Também interessante mencionar os julgados a seguir:

“ApCiv - Negócio Jurídico com convenção de arbitragem. Ajuizamento de ação visando à rescisão do negócio jurídico. Extinção do processo sem julgamento do mérito, em face da cláusula compromissória - TJ/RJ, 4ª Câmara Cível, APCív 15960/04, Rel. Des. Sidney Hartung”.

“AglIn 184.217.4/0, Des. Rodrigues de Carvalho, TJ/SP, Des. Rodrigues de Carvalho: a bem dizer, há quem entenda de manifesta inconstitucionalidade a Lei 9.307/96, pois que retiraria do Poder Judiciário apreciação da lide (art. 5º, XXXV, da CF/88). Mas, o preceito Constitucional impede que se exclua, porém não que as partes, livremente, renunciem, a permitir apreciação extrajudicial à questão litigiosa comum. Havendo transação entre as partes, pois disponível o direito em questão, deve obediência ao pacta sunt servanda. Nisso não há violência à Constituição. Isso não fere o “due process of law”.

²²³ Artigo 1º da Lei n. 9.037/96, que prevê: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

²²⁴ Selma Lemes. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*, in Reflexões sobre arbitragem in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, Pedro Batista Martins e José M. Rossani Garcez (orgs.), São Paulo, Ltr, 2002, p. 188.

VII. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE JULGADOS

7.1. Competência para Exame de Questões Envolvendo a Agência ou Representação Comercial

Por meio de decisão unânime, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) confirmou a existência de vínculo de emprego entre um representante comercial e uma fabricante de tecidos. Com base no voto do ministro Luciano de Carvalho, não foi conhecido recurso de revista da Companhia Têxtil Ragueb Chohfi, sediada no Paraná. Nesse julgado, prevaleceu a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), que reconheceu o vínculo de emprego e o direito do representante comercial às verbas rescisórias, multa por atraso na quitação das parcelas e seguro desemprego (RR 795744/01.9).

A empresa têxtil alegou que a relação com o representante comercial era de natureza comercial, sem características de vínculo empregatício, definidas no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Também questionou especificadamente a imposição da multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias e o seguro-desemprego.

Luciano de Castilho observou que as provas produzidas no processo tornaram evidente a configuração da relação de emprego:

“A existência de subordinação, onerosidade e pessoalidade na prestação dos serviços, aliada ao fato de que a atividade desenvolvida pelo representante é uma das atividades-fim do empreendimento econômico da empresa, não permite dúvidas de que havia, em realidade, uma relação jurídica de natureza trabalhista, regida por um contrato de trabalho tácito”.

Apesar de reconhecer a existência de posicionamentos jurisprudenciais diferentes em relação a circunstâncias semelhantes em torno da representação

comercial, o relator reforçou seu ponto de vista com base na relevância dessa atividade para o êxito da empresa.

Afirmou Luciano de Castilho:

“Se a comercialização dos produtos é atividade essencial, a praxe de não contratar empregados para tanto constitui uma forma de eximir-se do cumprimento de obrigações trabalhistas, sociais e tributárias em relação a esse pessoal, contratado com pseudo-representantes comerciais, impedindo-lhes assim se integrarem no ambiente empresarial”. .

Verifica-se do caso exposto que não obstante a lei especial que regula a agência ou representação comercial estipular claramente o foro comum como o foro competente para examinar situações atinentes à matéria (artigo 39 da Lei de Representação Comercial), há casos que fogem a esse exame e são analisados e julgados pela competência trabalhista, sobretudo se a relação entre proponente e agente caracteriza-se comprovadamente como relação de emprego, revestida de todas as características legais previstas quando há vínculo empregatício.

Por isso, ressaltamos uma vez mais que cada caso deverá ser examinado, de maneira a possibilitar a verificação da correta competência judiciária para apreciação e julgamento da questão, que necessita ser levada ao exame do Poder Judiciário.

7.2. A necessária Interpretação Restritiva da Lei Ferrari

De acordo com decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça (STJ), resta claro que aos contratos de distribuição em geral (sentido amplo) não se aplicam as regras contidas na Lei n. 6.729/1979, Lei Ferrari, porquanto se trata de lei especial, de incidência restrita aos seus respectivos objetos, não sendo possível, por critério analógico, tornar regra geral o que o legislador houve por bem tratar apenas como regra especial.

“Contrato de distribuição relativo à informática - Impossibilidade de aplicação analógica de disposições contidas na Lei 6.729/1979, a estabelecer uma regulamentação especialíssima para as relações pertinentes à concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Trata-se de diploma que estatui conjunto normativo particularmente distinto do direito comum, criando significativas restrições à autonomia da vontade, que não se hão de estender as situações nele não previstas” (STJ, 3ª T., Ag. Rg. 43.329-3 – SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, acórdão unânime, de 15/3/1994, DJU 16/5/1994).

Analisando-se alguns julgados, a exemplo do acima ilustrado, pode-se dizer que há prevalência no entendimento jurisprudencial de que a Lei Ferrari merece interpretação restritiva, não devendo ser aplicada aos contratos de distribuição que não tratam das relações entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Concordamos, em parte, com o entendimento adotado pela jurisprudência, vez que entendemos que a partir da entrada em vigor do novo Código Civil poderá haver alteração jurisprudencial quanto ao entendimento anteriormente adotado, de maneira a serem aplicadas, no que couber, às disposições da Lei Ferrari aos contratos de distribuição em geral. Queremos com isso dizer que, uma vez o contrato de distribuição, a nosso ver, ter sido tipificado, esse fato alterará a maneira com que os juristas até então enfrentavam situações envolvendo esses tipos de contratos.

Exemplo disso é o julgado anteriormente transcrito às páginas 146 e 147 (nota de rodapé 212), que comprova nossa assertiva.

7.3. Caracterização do Contrato de Distribuição ou Revenda antes da Vigência do Novo Código Civil

Tanto a grande parte da doutrina atual quanto a jurisprudência até hoje existente entendem que o contrato de distribuição ou revenda configura-se atípico, ou seja, não correspondia e não corresponde a nenhum tipo contratual previamente definido em texto normativo.

Quando se celebra contrato atípico, não há incidência de um regramento específico que discipline a relação entre as partes. Tal fato origina insegurança, uma vez que não se tem certeza sobre a hipótese normativa que se irá compor e sobre as conseqüências jurídicas que serão produzidas. Por exemplo, ao celebrar um contrato de agência ou representação comercial, as partes conhecem de antemão e com relativa segurança o montante da indenização que será eventualmente devida, porque os parâmetros para seu cálculo são fixados em lei.

Não obstante alguns autores ainda defenderem o posicionamento no sentido de que, mesmo após a vigência do Novo Código Civil, os contratos de distribuição ou revenda permanecem atípicos – posição com a qual não concordamos –, interessante observar como os julgados anteriores ao novo Código conceituavam os denominados contratos de distribuição, senão vejamos:

“(...) O contrato de distribuição é aquele mediante o qual o fabricante obriga-se a vender, continuamente ao distribuidor, que se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda em zona determinada. (...) O distribuidor não é agente nem representante, mas comerciante independente, que negocia por conta própria, em determinada zona, normalmente com exclusividade, obrigando-se o fabricante a não vender a mercadoria a outro negociante na mesma zona. A remuneração do distribuidor não é comissão referente a uma atividade de mandatário, mas um lucro proveniente da diferença

entre o preço de revenda e o de compra” (Apelação Cível n. 593136930 – RS, j. 21/12/93, Relator desembargador Adroaldo Furtado Fabrício).

“(…) Distribuidor é o que age em nome próprio, na intermediação entre o produtor e o varejista, de produtos de menor sofisticação, especialmente no ramo dos produtos alimentícios, bebidas, cigarros, gasolina, os quais são adquiridos do fabricante e revendidos, mediante remuneração pelo lucro decorrente da diferença de preço entre o que paga ao produtor e o que recebe de seu comprador, normalmente ambos fixados pelo fabricante. Distingue-se o distribuidor do concessionário porque a concessão é reservada aos produtos exigentes de tecnologia mais aperfeiçoada e dependente de prestação de serviços pós-venda, especialmente aqueles relativos à assistência técnica, reposição de peças, conservação, etc.; também se distancia da representação onde o representante age em nome do representado e recebe comissão (..)” (Apelação Cível n. 590017778- RS, j. 12/06/90, relator Ruy Rosado Aguiar).

Com base nas lições trazidas pelos julgados acima ilustrados, podemos deduzir que os seguintes elementos prestam-se a caracterizar os contratos de distribuição ou revenda:

- a) existência de várias operações de compra e venda de bens, destinadas a revenda pelo distribuidor; o bem adquirido fica no patrimônio disponível do distribuidor;
- b) a remuneração do distribuidor equivale ao lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda;
- c) a propriedade do bem passa do fabricante ao distribuidor e, posteriormente, ao terceiro adquirente. Ou seja, o distribuidor vende um bem

de sua propriedade e não faz mera intermediação entre o fabricante e o cliente final (como ocorre, por exemplo, na agência ou representação comercial); e

d) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em determinada zona.

Por meio dessas características, verifica-se que, com o advento da vigência do Novo Código Civil, o legislador quis tipificar o que já era determinado na jurisprudência. Assim, temos hoje no contrato de distribuição um contrato típico, cujas regras estão normatizadas de maneira a auxiliar as tratativas empresariais quando da consecução desse tipo de contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise da legislação em vigor, da jurisprudência, do direito comparado e do exame da doutrina correspondente, é possível apresentar as seguintes considerações finais sobre a matéria.

A Lei n. 4.886, de 9/12/65, parcialmente alterada pela Lei n. 8.420, de 8/5/1992, continua regulando as atividades dos representantes comerciais autônomos, agora denominados de agentes. No que for incompatível com as disposições do Código Civil em vigor, referida norma especial fica derogada.

Assim, a Lei n. 10.406, de 10/1/2002, que instituiu o Novo Código Civil, voltou a disciplinar a matéria de representação comercial, já agora passando a designar o Contrato de Representação Comercial Autônoma como Contrato de Agência, acompanhando a terminologia predominante nas legislações estrangeiras, sob o Capítulo XII, do Título VI (Das Várias Espécies de Contrato), juntamente com o Contrato de Distribuição ou Revenda, recém-tipificado, exceto pela distribuição de veículos automotores, já tipificada desde 1979, por meio da Lei Ferrari.

O Código Civil, em seu artigo 721, ressaltou expressamente que continuam a aplicar-se ao Contrato de Agência as disposições constantes de lei especial, que permanecem, portanto, vigentes e aplicáveis, salvo quando conflitantes com as do Novo Código Civil.

Enquanto a lei especial definia a figura do então representante comercial, ora designado como agente, tanto quanto a do representado, que agora passou a ser denominado proponente, o Código Civil define o próprio contrato de agência (art. 710), dispondo ser aquele em que uma pessoa (física ou jurídica, igual ao regime da lei especial) assume, em caráter não-eventual e sem vínculo de dependência, a obrigação de promover, por conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada.

Entendemos que o Código Civil veio a minimizar o lobby anteriormente feito pelos representantes comerciais, no sentido de deixar claro que esses profissionais têm autonomia funcional e econômica em face do proponente, não existindo vínculo laboral entre eles.

O contrato – seja nacional, seja internacional – deverá obrigatoriamente prever, independentemente de outros tópicos livremente negociados entre as partes e comuns a outros contratos, os seguintes itens:

- Condições gerais da avença;
- Referência genérica ou discriminação específica dos produtos objeto da agência;
- Prazo contratual, que poderá ser determinado ou indeterminado;
- Previsão de exclusividade ou não – se será unilateral ou bilateral;
- Previsão de zona em que será exercida a agência;
- Estipulação do percentual e da base de cálculo da comissão a ser percebida pelo agente;
- Disposições sobre o pagamento;
- Se há ou não poderes de *representação*;
- Indenização devida ao agente, que variará conforme o prazo contratual, seja determinado ou indeterminado.

Se a agência for por prazo contratual indeterminado, importante o aviso prévio, que sabidamente é recomendável seja feito por escrito. Observa-se que, em algumas situações, a exemplo de exigência por parte do proponente, de investimentos para o agente exercer suas atividades, consoante o que já explicamos para o caso de distribuição, referido aviso poderá ser por prazo superior ao mínimo legalmente exigido, qual seja, noventa dias, vez que deverá ter transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido.

Ainda a propósito da indenização, o Código Civil dispôs o direito do agente à indenização sempre que o proponente cessar, sem justa causa, o atendimento das assim chamadas propostas (pedidos colocados pelos clientes do proponente por meio da intermediação do agente) ou, ainda, na hipótese de redução, de maneira a tornar antieconômica a continuação do contrato.

Nesse contexto, também deve ser observado que, mesmo na hipótese de rescisão justificada por uma das partes, se uma delas houver feito investimentos consideráveis para sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e vulto dos investimentos. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, que se aplica a qualquer tipo de contrato, inclusive os que ora são examinados no presente trabalho.

Vimos também que, na representação comercial ou agência, podem ou não haver poderes de *representação*, a exemplo do que pode também ocorrer em relação ao contrato de mandato.

Com relação à distribuição, esta não se confunde com a agência ou representação comercial, tendo em vista que, na distribuição, o fabricante vende o produto ao distribuidor para posterior revenda, ao passo que, na agência, o fabricante (proponente) vende o produto diretamente ao cliente/consumidor, por meio da intermediação do agente. Adicionalmente, o agente age em nome e por conta do proponente, enquanto o distribuidor age por conta própria, sendo a *representação* incompatível com esse tipo contratual. A remuneração do agente é representada por comissões sobre vendas por ele intermediadas, correspondendo a remuneração do distribuidor ao lucro obtido na revenda do produto adquirido do fabricante.

Anteriormente ao Código Civil, o Contrato de Distribuição só era legislado no âmbito estrito da concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Os demais contratos do gênero distribuição eram regidos pelas regras e normas aplicáveis aos contratos em geral.

O Código Civil, ao tipificar a distribuição, tratou da referida figura sob o mesmo Título VI, Capítulo XII, Da Agência e da Distribuição. Não definiu a distribuição, como fez em relação a agência, conceituando-a quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada, donde podem ser extraídas as seguintes interpretações: i) o agente também pode exercer atividades típicas de distribuidor, o que pode ser objeto de previsão contratual, segundo livremente acordado entre as partes; ii) pode existir somente a figura do distribuidor, que se dedique inteira e exclusivamente à distribuição.

A exemplo do que ocorre com o agente, também no caso do distribuidor correm por sua conta as despesas incorridas com sua atividade, depreendendo-se, portanto, que não haja direito a reembolso, salvo se convencionado de forma diversa entre as partes. Significa dizer que tanto o agente quanto o distribuidor têm autonomia econômica, funcional e não têm qualquer tipo de vínculo laboral com o agenciado e o fabricante.

Diversamente da legislação aplicável à agência, o Código Civil não elenca os eventos considerados como motivo justo de rescisão contratual unilateral para o caso de distribuição ou revenda, ficando as partes livres para convencionar a respeito de pré-aviso, bem como quanto à quantificação da indenização.

Adicionalmente, é reconhecido também ao distribuidor o direito à indenização, do mesmo modo que ao agente, se o fabricante cessar o fornecimento regular ou reduzi-lo de forma a tornar antieconômica a continuação do contrato.

Cláusulas importantes para o contrato de distribuição, somente a título exemplificativo, são, dentre outras, as de foro aplicável, preço e forma de pagamento, prazo contratual, e se há ou não exclusividade. Em suma, no que diz respeito ao contrato de distribuição, em sentido amplo, o novo Código Civil tornou a distribuição um contrato típico, regulado juntamente com o contrato de agência, nos artigos 710 a 721. A regulamentação conjunta dos dois contratos ocorreu em virtude de opção legislativa. Segundo o Código, elemento

importante na diferenciação da agência e da distribuição é o fato de que, neste último, o distribuidor possui a coisa a ser comercializada (propriedade). Na distribuição, pode-se dizer que o bem a ser distribuído é inserido no patrimônio do distribuidor, característica não encontrada no contrato de agência.

Claramente, estamos diante de negócios jurídicos dotados de certa complexidade, em relação aos quais comportam muitas discussões. O presente trabalho, como dito inicialmente, serve para fomentar referidas discussões e auxiliar na análise dos institutos objeto do presente trabalho, de maneira a construir-se um entendimento mais uniforme e preciso sobre a matéria, vislumbrando-se a correta aplicação da lei e a realização da JUSTIÇA!

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*; RT. São Paulo, n. 775, maio 2000.
- AGUINIS, Ana Maria M. de, *Contrato de Agencia Comercial*, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1991.
- ALONSO OLEA, Manuel e CASSAS BAAMONDE, Maria Emília. *Derecho Del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1999.
- ALVIM, Arruda. *Direito Privado*, v. 2, Editora Revista dos Tribunais, Edição 2002, São Paulo.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997/988 (reimpressão).
- ASSIS, Araken de, *Contratos Nominados*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o adimplemento contratual*. TR. São Paulo, v. 750, abr. 1998.
- _____ . *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, 2. ed. 1986, Editora Saraiva.
- BATALHA, Henrique. *Agency and Commercial Representation*, 11/2/2005, Legislation of Commercial Agents in Spain.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *Revista do Advogado*, Ano XXIII, julho de 2003, n. 70.
- BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giurídico*, Torino, ed. Utet, p. 63 e ss., 1950.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos Mercantis*. São Paulo, Dialética, 2001.
- BRITO, Maria Helena. *O Contrato de Concessão Comercial*. Coimbra: Almedina, 1990.
- BULGARELLI, Waldírio. *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial (O Direito das Empresas)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- _____. *Contratos e Títulos Empresariais: As Novas Perspectivas*. São Paulo, Atlas, 2001.
- BURKE, Janes; ORNSTEIN, Robert. *O presente do fazedor de machados: os dois gumes da história da cultura humana*. Trad. Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1998.
- CAIVANO, Roque J., *Contrato de Distribución*, La Ley 1993-B, 840.
- CALÁBRIA, Marco Antonio Rocha. *A Representação Comercial e o Empresário*. Campinas, Alínea, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. Editora Max Limonad, 2002.
- CARDOSO, Fernando, *A Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado (Autonomia e o Contrato de Agência ou de Representação Comercial)*, Livraria Portugal. Mundo Editora, Lisboa - 1989.
- CARVALHOSA, Modesto, *Acordo de Acionistas*, Saraiva, São Paulo, 1984.
- CASES, José Maria Trepas. *Código Civil Comentado: arts. 693 a 817, volume VIII; Álvaro Villaça Azevedo (Coord.)*, São Paulo. Atlas, 2003.
- COASE, R. H. *La empresa, el mercado y la ley, versión española de Guillermo Concome y Borel*, Revisión técnica de Carlos Newland y Silvia Tudesco, Alianza Editorial.

- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro*, RT 655/7.
- DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, D. F., Editorial Porrúa, 1993.
- DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Editora Tecnos, 1994.
- DINIZ, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 3, 4. ed. , Editora Saraiva, São Paulo, 2002.
- _____, *Dicionário Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1988.
- DORAL, José Antonio, ARCO, Miguel Angel Del. *El Negocio Jurídico*, Ed. Trivium, 1982.
- FACHIN, LUIZ EDSON. *Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico*, Conseqüências práticas, Editora Educa, Curitiba-PR, 1988.
- FERNÁNDEZ, Wilfrido, PIERA, Alejandro. *Aspectos Resaltantes de La Peculiar Ley 194, Que regula las Relaciones Contractuales entre Firms DeL Exterior y sus Representantes, Agentes y Distribuidores en El Paraguay*, Revista da ABPI, n. 71, jul./ago., 2004.
- FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madrid, tradução espanhola, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 7. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1979.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- HOCSMAN, Heriberto S. *Contrato de Concesión Comercial*. Buenos Aires: La Rocca, 1994.
- LADARIA, J. Caldentey. *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Bosch, 1952.

- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madri, Revista de Derecho Privado, 1956.
- _____. *Derecho civil: parte general*. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEMES, Selma. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes, “in” Reflexões sobre arbitragem in memoria do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, Pedro Batista MARTINS e José M Rossani GARCEZ (orgs.), São Paulo, Ltr, 2002.
- LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*, v. 1, parte geral, 2. ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- LOTUFO, Renan (Coord.), *Direito Civil Constitucional*, Cadernos 1, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999.
- _____. *O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao direito civil constitucional*, RT, São Paulo: RT, v. 768, 1999.
- _____. *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. 2 Cadernos. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. *Algumas Questões Relativas ao Mandato*, Dissertação apresentada como exigência parcial de obtenção de título em curso de Doutorado – PUC/SP, 1993.
- LTr, SUPLEMENTO TRABALHISTA n. 023/05. *A Reforma do Judiciário e a Competência da Justiça do Trabalho*, Alípio Roberto Figueiredo Cara.
- LTr, SUPLEMENTO TRABALHISTA n. 058/06, *Relação de Trabalho – Conceito Jurídico - Competência da Justiça do Trabalho – EC n. 45/2004 – art. 114, inciso I da CF/88*, Antonio Nicacio.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, ed. Universitária, 2ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1990.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo, RT, 1999.
- MATTIA, Fábio Maria. *Aparência de representação*. São Paulo, Rumo Gráfica, 1984.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça. *Doutrina e Prática das Obrigações*, 2. ed., v. I, Ed. Francisco Alves & Cia., Rio de Janeiro, 1911.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo XLIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MIZRAJI, Guillermo J. H. *Caracterización de la agencia comercial, La Ley 1991-C, 1104*.
- MONTEIRO FERNANDES, António Lemos. *Direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de Agência, Anotação ao Decreto-Lei n. 178/86, de 3/7*, 3. ed., Livraria Almedina, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, 21. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1982.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 1989.
- NALIN, Paulo. *A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro*, in *Revista de Direito Privado*, n. 12.
- NANNI, Giovanni Ettore. *A Evolução do Direito Civil Obrigacional: A Concepção do Direito Civil Constitucional e a Transição da Autonomia da*

- Vontade para a Autonomia Privada*. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba. Ed. Juruá. 2001, v. 2.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
 - _____ . *Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais, in O Novo Código Civil, Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, São Paulo, LTr, 2003.
 - NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *A Função do Direito Privado no Atual Momento Histórico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
 - _____ . *Vínculo Obrigacional: Relação Jurídica de Razão (técnica e ciência de proporção)*. Tese de livre-docência. São Paulo, 2004.
 - _____ . *Contratos Mercantis* (no prelo).
 - _____ . *Ato e Atividade*, publicado na Revista de Direito Privado, n. 22.
 - NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1994.
 - OURLIAC, Paul; MALAFOSSE, J. de. *Historie du Droit Prive: 1/ Les Obligations*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969.
 - PALMA, João Augusto da, *Novo Código Civil e Comercial: Anotado e Comparado*, São Paulo, Editora LTr, 2002.
 - PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsóí, 1954.
 - RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo. Max Limonad, v. 1.

- REALE, Miguel. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, v. 5, n. 10, 1º semestre.
- _____. *O Projeto de Código Civil: Situação Atual e seus Problemas Fundamentais*; São Paulo, Saraiva, 1984.
- _____. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 91, DEDALUS, 1996.
- REQUIÃO, Rubens. *Da Representação Comercial*, 5. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1994.
- _____. *Aspectos Modernos de Direito Comercial (estudos e pareceres)*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. 2, 2. ed., 1998, vol. 1.
- REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma* (o contrato de agência e de distribuição no Código Civil de 2002). São Paulo, Saraiva, 2003.
- *REVISTA DE DIREITO PRIVADO*, n. 23, julho-setembro de 2005, Coordenação Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery.
- *REVISTA DOS TRIBUNAIS*, ano 93, volume 825, julho 2004, Ed. Revista dos Tribunais.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROSENVALD, Nelson, *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2005 (Coleção Agostinho Alvim).
- RUGGIERO, Roberto, *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1971.
- SAAD, Ricardo Nacim. *Representação Comercial*, 3. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.
- SAITOVITCH, Ghedale. *Comentários à Lei de Representação Comercial*, Editora Livraria do Advogado.

- SANCHEZ URITE, Ernesto A. *Mandato y representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- SILVA, Clóvis V. D. Couto e. *As Características do Estado Liberal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, edição n. 655/7, 1990.
- SILVA, Plácido de. *Vocabulário Jurídico*, v. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoría Del Negocio Jurídico*, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1959.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- ULHOA, Fábio Coelho. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 3. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2002.
- URQUIZA, Cristina Pellisé de. *Los Contratos de Distribución Comercial*. Barcelona: Bosch, 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)