

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

GERMANO ALBERTO DRESCH FILHO

EFEITOS DA DENÚNCIA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

**CURITIBA
2008**

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

GERMANO ALBERTO DRESCH FILHO

EFEITOS DA DENÚNCIA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

**CURITIBA
2008**

GERMANO ALBERTO DRESCH FILHO

EFEITOS DA DENÚNCIA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira

**CURITIBA
2008**

GERMANO ALBERTO DRESCH FILHO

EFEITOS DA DENÚNCIA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Prof. Dr. FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

Prof. Dr. ANTÔNIO CARLOS EFING

Prof. Dr. FÁBIO TOKARS

Curitiba, 28 de novembro de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação aos meus filhos queridos, Pedro, Luis e João.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, baluarte da nossa família, que me deu tudo.

Aos meus familiares, que mesmo distantes geograficamente, me apoiaram em todo o tempo em que cursei o mestrado.

Ao meu orientador, o professor Dr. Francisco Cardozo Oliveira, que ao longo do curso esteve sempre à minha disposição, com ensinamentos preciosos e uma orientação segura que possibilitou o encaminhamento da dissertação.

Aos professores Dr. Antônio Carlos Efig e Dr. Fábio Tokars pelos apontamentos e orientações apresentadas, tanto durante o curso como na banca de qualificação do projeto que resultou nesta Dissertação de Mestrado.

A todos os professores do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA.

Aos colegas do escritório, pelo apoio.

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
ZUSAMMENFASSUNG.....	08
INTRODUÇÃO.....	09
1 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO E A ESTRUTURA JURÍDICA DOS CONTRATOS.....	11
1.1 Ordem econômica.....	11
1.2 Ordem econômica na constituição federal de 1988.....	14
1.3 Estrutura jurídica dos contratos na ordem jurídica brasileira.....	16
1.3.1 As Normas da Constituição Federal.....	16
1.3.2 Princípios do Direito Contratual no Código Civil.....	20
1.3.2.1 Princípio da autonomia da vontade.....	29
1.3.2.2 Princípio da Obrigatoriedade dos contratos.....	32
1.3.2.3 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais.....	35
1.3.2.4 Princípio do equilíbrio econômico do contrato.....	36
1.3.2.5 Princípio da boa-fé objetiva.....	38
1.3.2.6 Princípio da função social do contrato.....	40
1.3.3 Cláusulas Gerais.....	42
1.3.4 Regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil.....	48
2 ANÁLISE DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	53
2.1 A definição dos contratos de distribuição no direito brasileiro.....	53
2.2 Características do contrato de distribuição.....	59
2.3 O contrato de distribuição como contrato entre empresas – regime jurídico – parâmetro interpretativo.....	62
2.4 O contrato de distribuição como contrato atípico.....	67
2.5 A extinção do contrato de distribuição	75
2.6 Denúncia imotivada do contrato de distribuição celebrado por prazo indeterminado.....	80

2.7 Indenização pela denúncia imotivada e abusiva do contrato de distribuição pelo fornecedor.....	84
2.7.1 Dano moral (dano à imagem da pessoa jurídica).....	88
2.8 O alcance das perdas e danos na denúncia imotivada e abusiva do contrato de distribuição pelo fornecedor.....	89
2.9 A denúncia motivada do contrato de distribuição celebrado por prazo indeterminado.....	91
2.10 Extinção do contrato de distribuição celebrado com prazo determinado.....	91
2.11 Extinção do Contrato de Distribuição por vontade das partes.....	91
3 O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NA REALIDADE EMPRESARIAL BRASILEIRA.....	93
3.1 A relevância do contrato de distribuição para o mercado brasileiro.....	93
3.2 A globalização da economia e o escoamento da produção.....	95
3.3 O contrato de distribuição e as redes contratuais	99
3.4 A necessidade de tipificação do contrato de distribuição no ordenamento jurídico brasileiro.....	109
3.5 A possibilidade de fixação prévia de indenização pela extinção do contrato de distribuição.....	111
3.6 Critérios para a solução do problema.....	112
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	118

RESUMO

O Contrato de Distribuição, entendido como uma convenção duradoura entre produtores e revendedores para a colocação da produção industrial no mercado, sempre se caracterizou como instrumento jurídico básico de que se valem os empresários para a consecução da atividade comercial de realizar a circulação de produtos na cadeia econômica entre a produção e o consumo. É certo, entretanto, que os contratos não são eternos, podendo ser firmados por prazo determinado ou indeterminado, comportando, em qualquer das modalidades, a rescisão, motivada ou imotivada, com reflexos na órbita jurídica como é curial. Tradicionalmente reconhecido como contrato atípico, com a vigência do nosso novo Código Civil, passou o Contrato de Distribuição a ser rotulado por alguns doutrinadores, como contrato tipificado, a teor do art. 710 do citado diploma legal, conclusão que deve ser desde logo afastada, posto que não existe no ordenamento jurídico qualquer regra específica que enquadre o contrato em comento, o qual permanece legalmente atípico, embora já possua constância e uniformidade que lhe confira *status* de contrato economicamente típico. Naturalmente que a extinção do Contrato de Distribuição gera efeitos na órbita jurídica, notadamente tratando-se de denúncia promovida por qualquer das partes envolvidas na relação, efeitos estes que devem ser analisados à luz dos princípios do direito contratual, sobretudo dos assim denominados novos princípios contratuais, dentre os quais destacam-se o da boa-fé objetiva e o da função social do contrato. Assim sendo, o regime de ruptura por denúncia do Contrato de Distribuição, haverá de ser encontrado no ordenamento jurídico vigente, considerando-se os princípios, cláusulas gerais e as regras de interpretação inerentes ao novo modelo de contrato, porquanto a Constituição Federal de 1988 destaca a função social do contrato e a superioridade dos direitos coletivos sobre os direitos individuais, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana e na livre iniciativa, preceitos próprios e fundamentais para a realização da cidadania. A indenização pela denúncia do Contrato de Distribuição será devida na medida em que se caracterize um abuso de direito praticado por um contratante em desfavor do outro, ou seja, um rompimento abusivo. São estes os pontos relevantes enfrentados no presente trabalho.

Palavras-chave: contrato de distribuição ; denúncia ; efeitos ; novo código civil; cláusulas gerais; princípios contratuais.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Vertriebsvertrag als ein zwischen Herstellern und Vertreibern verstandenes Einvernehmen, um die Industrieproduktion auf den Markt zu stellen, war immer als das grundsätzliche Rechtsinstrument dargestellt, das Unternehmer benutzen, um ihr Geschäftsgewerbe durch den Produktenvertrieb in der Wirtschaftskette zwischen Herstellung und Konsum zu verwirklichen. Aber die Verträge sind sicherlich nicht auf Ewigkeit gesetzt und können auf bestimmter und unbestimmter Zeit geschlossen werden, und in beiden Fällen sind sie der begründeten oder unbegründeten Kündigung mit Wirkung im Rechtsverkehr ausgeliefert. Gewöhnlich als untypischer Vertrag anerkannt, mit der Regelung des Zivilgesetzbuch Brasiliens wird er von manchen Autoren als typisierten Vertrag gemäß art. 710 CC angesehen. Diese Schlußfolgerung soll ausgeschlossen werden, da es in der Rechtsordnung keine Regelung gibt, die diesen Vertrag festlegt. Der bleibt weiterhin untypisiert, obwohl er schon Beständigkeit und Uniformität gewinnt, die ihn den *status* eines typisierten Vertrags verleiht. Die Beendigung des Vertriebsvertrags wirkt in der juristischen Welt, insbesondere bei der Kündigung seitens einer Partei. Diese Wirkungen sollen anhand der vertragsrechtlichen Prinzipien, insbesondere der neuen Vertragsprinzipien erleuchtet werden, darunter sind das Prinzip der objektivem Treu und Glauben und der sozialen Vertragsfunktion zu nennen. Wenn es so ist, soll die Beendigung des Vertriebsvertrags durch Kündigung in der Rechtsordnung Platz finden, wenn man die Prinzipien, die Allgemeinklauseln und die Auslegungsregeln in bezug auf das neue Vertragsmodell berücksichtigt, da die Bundesverfassung von 1988 die soziale Funktion des Vertrags und die Überlegenheit der kollektiven gegenüber den individuellen Rechten betont, wobei sie sich auf die Menschenwürde und freie Initiative beruft, d.h. diejenige Grundprinzipien zur Verwirklichung des Bürgerrechts. Der Schadensersatz aufgrund Kündigung des Vertriebsvertrags erfolgt, indem man als Rechtsmissbrauch charakterisiert, was eine Partei zu ungunsten der anderen vornimmt, also die missbräuchliche Kündigung. Diese sind die wichtigsten in dieser Arbeit behandelten Gesichtspunkte.

Stichwörter: Vertriebsvertrag ; Kündigung; Rechtswirkungen ; Neues Zivilgesetzbuch ; Allgemeine Klauseln ; Vertragsprinzipien.

INTRODUÇÃO

O contrato de distribuição é celebrado entre o fornecedor e cada um dos seus distribuidores, com a nítida função econômica de viabilizar o escoamento da produção, com vistas à exploração do mercado da forma mais competente, com um mínimo de perdas e o máximo de resultado.

Tal atividade é levada a efeito pelos empresários que foram definidos pelo art. 966 do Código Civil de 2002, sendo que a intensificação das relações mercantis no comércio globalizado erigiu a atividade de distribuição de mercadorias, serviços e produtos a um patamar de extrema relevância na cadeia que liga a produção ao mercado consumidor

É natural, pois, que o judiciário seja freqüentemente acionado, como de fato é, para resolver as demandas decorrentes da denúncia dos contratos de distribuição. Distribuidores que se sentem prejudicados com a extinção indesejada e forçada do contrato, procuram guarida no Judiciário para se ressarcirem das perdas e danos enfrentadas com a ruptura da relação estabelecida com o fabricante, relação esta que, no mais das vezes, caracteriza uma parceria de longos anos abruptamente interrompida.

Nesse trabalho serão abordados os principais aspectos enfrentados pelas partes e pelo Judiciário para a composição do litígio, de forma que a primeira seção tratará da estrutura jurídica dos contratos na ordem jurídica brasileira, tendo em conta a ordem econômica insculpida na Constituição Federal, à luz dos princípios contratuais e constitucionais que regulam a matéria, notadamente os assim chamados “novos” princípios contratuais inerentes ao solidarismo.

É a composição deste conflito o objeto da presente pesquisa científica. Evidencia-se a necessidade de analisar a questão, identificando as regras aplicáveis à espécie, o que demanda um perfeito enquadramento da natureza jurídica do

contrato de distribuição, bem como do estudo adequado do instituto da responsabilidade civil, tendo em conta, também o entendimento doutrinário. Assim sendo, a segunda seção tratará da análise do contrato de distribuição no direito brasileiro, o seu regime jurídico e parâmetro interpretativo pertinente.

Importante fazer sobressair que o contrato de distribuição analisado, é aquele *stricto sensu*, também denominado de contrato de concessão comercial, 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.

A relevância deste contrato na realidade empresarial brasileira, o escoamento da produção, as redes contratuais e a questão inerente à indenização decorrente da denúncia abusiva do contrato em comento serão tratados na terceira seção.

1 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO E A ESTRUTURA JURÍDICA DOS CONTRATOS

1.1 Ordem econômica

Compreendido o significado de ordem no sentido mais comum de *organização* de algo, temos que a ordem econômica pressupõe uma representação estrutural, cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada comunidade.

Ordem econômica é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, ou ainda, a expressão que designa o conjunto de todas as *normas*, qualquer que seja a sua natureza e significa, também, ordem *jurídica* da economia.

Para CARVALHOSA (1972, p.51), “no conceito de Ordem Econômica constitucional destaca-se *o modo de ser jurídico* do sujeito econômico, ou seja, a sua *função*: Função social e política (justiça social e desenvolvimento nacional) – atribuída à atividade produtiva pelo Direito Público.”

O Ministro Eros Roberto Grau, na sua obra *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*, (GRAU 2006, p.60, 65 e 66) leciona que:

Ainda que se oponha à *ordem jurídica* a *ordem econômica*, a última expressão é usada para referir uma parcela da *ordem jurídica*. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas – compreenderia uma *ordem pública*, uma *ordem privada*, uma *ordem econômica*, uma *ordem social*.

(...)

A expressão “ordem econômica” é incorporada à linguagem dos juristas, sobretudo – mas também do direito – a partir da primeira metade deste século. Sob esse uso, de expressão nova, repousa, indiscutida – e como se fora indiscutível – a afirmação de que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo foi rompida. Para tanto contribui, com enorme eficácia, a Constituição de Weimar, de 1919.

Entre nós, a referência a uma “ordem econômica e social”, nas Constituições de 1934 até 1967, com a Emenda n. 1, de 1969 – salvo a de 1937, que apenas menciona a “ordem

econômica” – e a duas ordens, uma “econômica”, outra “social”, na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica da expressão. O que se extrai da leitura despida de senso crítico, dos textos constitucionais, é a indicação de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, *social*.

Feitas estas considerações, à vista dos entendimentos doutrinários referidos, vale ressaltar que na ordem econômica se insere de maneira intensa o contrato, posto que é através deste que circulam as riquezas e a difusão de bens, o que caracteriza a função econômica do contrato.

Analisando a função econômica do contrato, Lucas Abreu Barroso , lembrando Humberto Theodoro Júnior, consigna que (BARROSO, 2008, P. 41):

Tendo em mente a sua função econômica, Humberto Theodoro Júnior acentua que o contrato apenas reconhece um fato inevitável do cotidiano social, procurando impor a ele certos condicionamentos, até porque seria descabida qualquer norma que visasse impedir o contrato ou que buscasse afastá-lo do campo das operações de mercado (*O contrato e sua função social*, p. 95)

Neste contexto, o contrato se afigura um instrumento propulsor da ordem econômica, ao exercer a tarefa de jurisdicizar e conferir segurança jurídica às relações inter-humanas e empresariais de índole particular, sendo categoria jurídica de fundamental importância para a organização da sociedade contemporânea.

Este é o motivo pelo qual não se pode mais vislumbrar o contrato, segundo Ricardo Luis Lorenzetti, como *fenômeno economicamente neutro*; ele passa a incorporar efeitos distributivos; consubstancia-se hodiernamente como *operação econômica distributiva*. Na verdade, “ a figura do contrato sempre cumpriu funções econômicas, individuais e macroeconômicas” (*Fundamentos do direito privado*, p. 541).

A vida econômica se desenvolve por intermédio de uma notável variedade de contratos, os quais a ordem jurídica disponibiliza aos sujeitos de direito, para que estes encaminhem os seus interesses conforme a lei.

Acerca do conteúdo econômico do contrato, sobressai o entendimento de THEODORO JÚNIOR (2008, p. 114):

O contrato é antes de tudo um fenômeno econômico. Não é uma criação do direito. Este apenas, conhecendo o fato inevitável na vida em sociedade, procura, ora mais, ora menos, impor certos condicionamentos e limites à atividade negocial. Seria contra a natureza qualquer

norma que impedisse o contrato e que o afastasse do campo das operações de mercado, onde a iniciativa pessoal e a liberdade individual são, acima de tudo, a razão de ser do fenômeno denominado contrato.

Para bem situar o contrato na ordem econômica, parece-nos de grande valia lembrar também a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, quando aborda os fundamentos constitucionais do contrato, a saber (LÔBO, 2005, p. 9):

A ordem econômica realiza-se, principalmente, mediante contratos. A Atividade econômica é um complexo de atos negociais direcionados a fins de produção e distribuição de bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais. É na ordem econômica e social que emerge o Estado social, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, e cristaliza-se a ideologia constitucionalmente estabelecida.

Diante disto, sendo certo que todo contrato tem uma função econômica e que a ordem econômica realiza-se, fundamentalmente, através dos contratos, abordaremos a seguir a ordem econômica na vigente Constituição brasileira, não sem antes lembrar a lição de Enzo Roppo, na sua obra O Contrato, quando aborda o papel do contrato e as formas de organização econômico-social (ROPPO, 1988, p. 24 e 26):

Uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações económicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações económicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra pelo modelo de organização económica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido.

A organização económica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, indetificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais. (Livraria Almedina – Coimbra)

1.2 Ordem econômica na Constituição Federal de 1988

O sistema econômico nacional é instituído pela Constituição vigente, que é resultado da ideologia de sua época, com base numa economia descentralizada, com respeito ao imperativo de que a atividade econômica não pode prejudicar os direitos fundamentais, antes, pelo contrário, auxilia-os, de forma que a livre iniciativa, entretida pelos contratos, não têm conotação estritamente econômica, mas deve ter em conta em todo o tempo a liberdade do homem enquanto indivíduo, considerado como pessoa.

Assim sendo evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 instituiu uma ordem econômica apoiada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, atentando para a função social da propriedade - e por conseguinte, do contrato - e a busca do pleno emprego.

Francisco Cardozo Oliveira, abordando o tema de uma nova racionalidade administrativa empresarial, ao tratar da atividade empresarial, registra o seu entendimento, no seguinte sentido (OLIVEIRA, 2006, p. 123):

No quadro da ordem econômica constitucional, a atividade empresarial está subordinada à finalidade de assegurar vida digna e justiça social. Não se trata de funcionalização específica da empresa. Do ponto de vista jurídico, não se poderia derivar a subjetivação de direitos diretamente de uma espécie de função social da empresa.

Desta forma, é incontestável que a ordem econômica tem que ser analisada de forma sistemática, ao efeito de que nos conflitos que abarcam questões empresariais, notadamente no que diz respeito aos contratos que daí sucedem, há que se observar os enunciados insculpidos nos arts. 1.º, IV e 3.º, I da constituição¹.

¹ “Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

Está claro, portanto, que as regras constantes da nossa Carta Magna orientam a formação dos contratos e, estes, devem sempre privilegiar a concretização dos direitos sociais, mesmo que em detrimento ao lucro que é perfeitamente compatível com a livre-iniciativa da atividade empresarial.

Neste sentido, lembramos a posição do Professor Reinhart Singer, docente em Berlim, por ocasião do Congresso Internacional de Direito Civil, realizado em Curitiba, em outubro de 2008, a saber:

Questão crucial que vem sendo debatida recentemente é sobre a renúncia aos direitos fundamentais, que vem encontrando atenção na literatura do direito privado. A razão disso é que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional, que através de suas decisões sobre a proibição da concorrência para representantes comerciais e sobre as cauções de membros familiares destituídos de patrimônio, analisou e avaliou a questão sobre os pressupostos e limites da liberdade contratual jurídico-civil pela primeira vez sob a perspectiva da proteção jusfundamental dessa liberdade. A partir daqui então há somente um passo para entender a celebração de contratos de direito privado não somente como aplicação dos direitos fundamentais, mas também como renúncia aos direitos fundamentais.² (SINGER, 2008, tradução nossa)

Ao tratar da ordem econômica no caput do seu art. 170, a Constituição de 1988 institui uma programação para a realização de objetivos que transparecem com clareza solar: “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. Daí porque sustentarem os doutrinadores que a constituição de 1988 é qualificada como dirigente ou diretiva, o que é enfatizado por GRAU (2006, p. 173):

“Que a nossa Constituição de 1988 é uma *Constituição dirigente*, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade

² „Das Thema Grundrechtsverzicht hat im privatrechtlichen Schrifttum erst in jüngster Zeit Beachtung gefunden. Die Tatsache, dass dies überhaupt geschieht, verdanken wir in Deutschland dem Bundesverfassungsgericht, das mit seinen Entscheidungen zum Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter und zu den Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger die Frage nach den Voraussetzungen und Grenzen bürgerlich-rechtlicher Vertragsfreiheit erstmals aus der Perspektive der grundrechtlichen Verbürgung dieser Freiheit betrachtete und bewertete. Von hier aus ist es dann nur noch ein kleiner Schritt, den Abschluss privatrechtlicher Verträge nicht nur als Grundrechts*gebrauch*, sondern auch als Grundrechts*verzicht* zu deuten.“

realizados, a ela confere o caráter de *plano global normativo*, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma *nova ordem econômica*.”

A esse respeito também vale conferir o entendimento de (LÔBO, 2005, p. 10):

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos arts. 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, demonstram que o paradigma de contrato neles vertido e o paradigma da codificação liberal não são os mesmos. Na acepção tradicional e liberal tem-se o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual de harmonização de interesses antagônicos, segundo o esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. [...]

A Constituição Federal brasileira apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. O Código Civil de 2002, em viragem completa, introduz a regulamentação geral dos contratos com o princípio da função social, determinante do conteúdo e dos limites da liberdade contratual. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da CF) A justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” Art. 3.º e inciso VII do art. 170 da CF). [...]

1.3 Estrutura jurídica dos contratos na ordem jurídica brasileira

1.3.1 As normas da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 reflete uma nova concepção de ordem pública, tanto que impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, de forma a adotar um novo conceito em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada.

A Autonomia da vontade e a relatividade dos efeitos que eram levados a extremos no sistema anterior, ainda que em flagrante afronta à boa-fé e aos

interesses de terceiros estranhos à relação contratual, deram lugar, no novel diploma, à prevalência aos interesses sociais, notadamente ao princípio da boa-fé nas relações negociais, de sorte que a autonomia privada passou a ser limitada pelo Estado, tendo em conta a função social dos contratos, a qual está claramente consagrada na Constituição de 1988, através da fixação do valor social da livre-iniciativa, dentre os fundamentos da República e será mais adiante focalizada.

É acertado dizer-se, pois, como o faz ROSENVALD (2007, p.159) que:

No Brasil, especificamente, a Constituição Federal de 1988 provocou o esvaziamento do Código, pois os direitos subjetivos patrimoniais nele enunciados foram atraídos pela Lei Maior, deslocando-se para ela a unidade do sistema. O Compromisso do Estado Democrático de Direito com a efetiva realização dos direitos fundamentais não apenas confere uma nova tábua axiológica ao direito, como propicia o influxo dos microssistemas. Trata-se de verdadeiros estatutos com tendência à permanência, que cuidam exaustivamente de extensas matérias, com regras exclusivas, muitas vezes multidisciplinares, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verifica-se, neste sentido, um Estado Social intervencionista, que vem regular a atividade econômica, justamente para proteger a parte mais fraca das relações de consumo: o ser humano exposto ao mercado, evidenciando que o Direito Contratual da pós-modernidade tem como pilar os direitos fundamentais do homem, direitos esses consagrados na atual Constituição, a qual contém um arcabouço axiológico, de cunho eminentemente solidarista.

Assim sendo, há que observar-se que a norma constitucional serve sempre como limite à legislação ordinária, legislação esta cuja validade depende de uma imprescindível harmonização com a lei fundamental da República.

Disso decorre o fato de que o Código Civil deixou de ser a única lei aplicável às relações privadas, na medida em que perdeu o *status* de ordem superior, posição esta que foi assumida pelo sistema de normas fundamentais insculpidas na Constituição, a qual regula a ordem econômica e social que nos orienta.

Evidencia-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, com a elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais que o orientam, sendo que as relações privadas passam a ter sua validade condicionada à observância dos preceitos condicionais, onde o homem ganha espaço dentro do texto constitucional, como já observou TORRES (2007, p. 38 a 40), que completa o seu raciocínio com a seguinte lição:

O trabalho do jurista, do aplicador do direito, deixa de ser o de mero repetidor das regras contidas no Código Civil, mas sim de verdadeiro intérprete das normas à luz dos fundamentos constitucionais.

(...)

O homem, na qualidade de ser humano que merece ser dignamente respeitado, hoje guarda posição de centralidade dentro do ordenamento jurídico civil, em detrimento da patrimonialização clássica. Sujeito capaz não é mais aquele que pode constituir família, adquirir patrimônio, mas aquele que possui direito à satisfação de suas necessidades mínimas de subsistência e sobrevivência.

(...)

Seguindo essa ordem de idéias, é possível dizer que o contrato, analisado a luz da Constituição, perdeu as características do individualismo que o fundamentaram na teoria clássica, passando-o a ser visto como instrumento de realização do trânsito jurídico, não apenas para a garantia dos direitos de família e de propriedade, mas também para garantir a satisfação dos interesses legítimos do homem, proteger sua subsistência, sua vida, sua dignidade.

Para NALIN (2006, p. 32) “A constitucionalização do Direito Civil não é o único, mas sim, representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados”.

Constata-se, pois, uma nova realidade do contrato, onde impera o assim denominado *solidarismo contratual*, que é reconhecido na Constituição Federal na medida em que esta estabelece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a dignidade da pessoa humana, como objetivo e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III).

A necessidade de se fazer uma releitura do Código Civil à luz da Constituição é abordada com a peculiar proficiência por TEPEDINO (2004, p. 1) ao tratar das Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, na aula inaugural do ano acadêmico de 1992 da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro:

Já é terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá.

Também sob a perspectiva do Direito alemão, evidencia-se uma ênfase nos efeitos das normas da Lei Fundamental sobre o direito privado:

Especialmente os direitos fundamentais não exercem sua função somente face ao Estado, na proteção contra intervenções estatais. Os direitos fundamentais também são uma garantia de certas instituições e uma fixação vinculadora de certos valores com validade em todos os âmbitos da comunidade. Dessa forma, bens jurídicos importantes como a liberdade pessoal, a propriedade ou a esfera íntima não são somente ameaçadas pelo Estado, mas também por grupos privados da economia (e da mídia). (ESSER, 1968, p. 8, tradução nossa)³

Implica dizer que em relação aos contratos, impõe-se uma nova abordagem, tendo em conta os princípios sociais insculpidos na Constituição, que é o que se verá na seqüência.

³ „Dabei ist die Einsicht ausschlaggebend, dass wichtige Rechtsgüter wie die persönliche Freiheit, das Eigentum oder die Intimsphäre nicht nur vom Staat her bedroht werden, sondern auch von privaten Machtgruppierungen der Wirtschaft und Presse.“ (ESSER, 1968, p. 8)

1.3.2 Princípios do Direito Contratual no Código Civil

A redação do Código Civil brasileiro de 1916, foi inspirada no modelo liberal ou moderno de contrato, o qual, por sua vez, foi construído a partir da idéia jusnaturalista moderna de que o indivíduo antecede o Estado, sendo portador de um modo de existir na sociedade com ampla liberdade, liberdade esta mitigada apenas pela necessidade de consenso, de coexistência, construída pelo contrato social, o que transportado para o direito contratual enseja a concepção liberal de contrato no sentido de um acordo livremente manifestado de vontades das partes, dando azo ao entendimento de que uma vez verificado o encontro de vontades, as partes estarão obrigadas a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, não sendo lícito a nenhuma delas, isoladamente, desistir do negócio (*pacta sunt servanda*). Também prevalece a idéia, neste modelo, de que não é dado ao juiz interferir no que fora livremente pactuado entre as partes.

Podemos afirmar, dessarte, que no modelo clássico de contrato, também denominado “dogma da vontade” formado a partir da ideologia liberal, verificou-se a ampla liberdade de contratar bem como a inteira subordinação a seus termos, como se fosse lei entre as partes.

Para melhor compreensão do tema, oportuno trazer à baila o entendimento de BIERWAGEN (2007, p. 45), que aborda a questão da ideologia liberal e do modelo clássico do contrato nos seguintes termos:

Por efeito de um novo panorama político, econômico e social que se instaurou no século XIX, com a consolidação de Estados liberais fundados na ideologia individualista pregada pela Revolução Francesa e o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução Industrial, os contratos revelaram-se instrumentos de grande valia no desenvolvimento da vida econômica da época: garantiam a regulação de interesses individuais com igualdade entre as partes contratantes, ao mesmo tempo que atendiam à necessidade premente de ampliação e difusão das relações de troca.

Formou-se a partir dessa ideologia liberal aquilo que hoje se denomina modelo clássico de contrato, assentando nas concepções de ampla liberdade de contratar e de total submissão a seus termos, como se fosse lei entre as partes. Os princípios de igualdade das partes, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade (liberdade

contratual), da relatividade dos contratos (efeitos restritos entre as partes), e da intangibilidade destes, se por um lado foram concebidos para garantir ampla e total liberdade entre os contratantes para dispor de seus interesses da forma como bem desejassem, por outro, o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor; o direito de propriedade levado a seus extremos viabilizou a concentração de capital.

Este paradigma, ensejou um fechamento da concepção de contrato e do direito contratual, tornando-se um sistema normativa e cognitivamente enclausurado na apriorística vontade das partes, sem considerar questões fáticas e sociais, de forma que não permitiu uma oxigenação e um aprendizado do subsistema jurídico frente à realidade social, donde sobressaem as naturais diferenças econômicas e políticas entre os cidadãos e as conseqüentes limitações no poder de barganha das partes ao entabularem um contrato.

A falta de oxigenação do precitado paradigma liberal de contrato, acabou por gerar a inadequação desse modelo para a complexidade do mundo industrializado e massificado, onde o poderio econômico das grandes indústrias impunha unilateralmente suas condições, de forma que os princípios da igualdade das partes e da obrigatoriedade dos contratos, inerentes a tal modelo, ao invés de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca.

Surge, então, um novo modelo de contrato, com base na escola jurídica chamada de Direito Social ou Solidarista, fundada por Duguit, Gurvitch, Salleines e Demongue, dentre outros, já no início do século XX, que procurou inserir o fenômeno jurídico (contratual) na realidade social, como esclarece TIMM (2008, p. 96):

Essa escola, embora com um discurso em prol do caráter descritivo da sociedade jurídica (plano do ser), na verdade escondia uma pretensão ideal e normativa (plano do dever ser) acerca do papel do Direito na ordem social, como forma de estimular a mudança ("progresso") e a estabilidade ("ordem") da sociedade ("solidarismo social"). E, mais ainda, de garantir a

prevalência dos interesses sociais sobre os indivíduos. Isso aconteceria pela proposição de leis cogentes e protetoras de interesses coletivos, que ensejariam uma atuação do Estado na realidade social, inclusive no âmbito do direito contratual (dirigismo contratual, intervenção judicial nos contratos), a fim de combater uma “anomalia” ou “anarquia” social de ausência de solidariedade. Daí se falar em um modelo de contrato solidarista ou “welfarista”, que, rompendo com os paradigmas liberais, foi construído sobre aquele ideal social totalizador.

Esse discurso jurídico encontrou eco nos parlamentos europeus, à medida que se aumentou a participação popular com o sufrágio universal, especialmente em tempos de crise na Europa, como nos períodos pós-guerra, refletindo uma série de leis e políticas públicas “welfaristas”. Novamente, pela circulação de idéias e de modelos jurídicos, o paradigma solidarista, surgido espontaneamente na Europa, chegou ao Brasil, timidamente, com a Lei de acidentes ferroviários e passa a ocupar papel importante com a Consolidação das Leis do Trabalho e com as Leis de Previdência Social. Entretanto, é com a Constituição Federal de 1988 e com a legislação infraconstitucional que lhe regulamentou (exemplificativamente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei da União estável, o Novo Código Civil) que o Direito Social se torna o núcleo duro do Direito Positivo brasileiro.

Trata-se, tardiamente, no âmbito da política legislativa nacional, da conhecida passagem do Estado Liberal ao Estado Social. Naturalmente que a modificação do paradigma legal foi acompanhado de uma mudança estrutural da economia e da sociedade brasileira, que passou de uma sociedade escravocrata e agrária de finais do século XIX a uma economia de serviços urbana, com todas as idiosincrasias, contradições e conflitos que caracterizam a sua estrutura social.

Essa nova realidade contratual levou o Estado a adotar uma postura mais participativa, passando a intervir nas relações privadas, seja criando, através da lei, uma superioridade jurídica que compensasse a inferioridade econômica ou social da parte mais fraca, seja reconhecendo e apoiando grupos organizados de representação como os sindicatos ou, ainda, apoiando o *dirigismo contratual*, consistente na proibição ou imposição de certo conteúdo a alguns contratos, ou condicionando sua eficácia à autorização do Poder Público.

Segundo doutrina alemã, sustentada por (LARENZ, 1970, p. 2):

A tarefa da lei seria a de uma regulamentação que complementasse a disposição das partes e que permitisse a solução de conflitos no sentido de uma justa equiparação dos interesses de ambas as partes, e também a proteção das expectativas justificadas de cada uma⁴. (tradução nossa)

⁴ „Darüber hinaus erstrebt das Gesetz eine, wenngleich zur Disposition der Parteien stehende, ergänzende Regelung, die es erlaubt, auftretende Konflikte im Sinne eines gerechten Ausgleichs der Interessen beider Teile zu lösen und die berechtigten Erwartungen eines jeden zu schützen.“ (LARENZ, 1970, p. 2)

Trata-se de uma nova visão do Direito Contratual, onde a vontade livre e soberana das partes que caracteriza o princípio da autonomia da vontade, bem como a força cogente ou obrigatória das convenções livremente ajustadas e que evidencia o princípio da força obrigatória, são mitigadas, já que o Estado passa a intervir nas relações contratuais, ao efeito de fazer prevalecer a compreensão da tradicional autonomia da vontade como autonomia privada, limitando-se a liberdade de contratar por intermédio de normas de ordem pública que contemplam interesses sociais, bem como condicionando a força obrigatória à necessidade de equilíbrio dos contratos, de forma a evitar situações em que uma das partes inferiorizada ou prejudicada pelo pacto se veja obrigada a cumpri-lo.

É sob essa influência que chega o novo Código Civil, limitando e dirigindo a liberdade contratual conforme sua função social e elegendo como princípios norteadores a probidade e a boa-fé, exigindo do intérprete uma revisão dos conceitos de tais princípios, os quais, vale dizer, não eram totalmente desconhecidos pelo Código de 1916.

Importante ressaltar que a funcionalização desse novel Direito Contratual se dá através das chamadas “cláusulas gerais”, que abrem o sistema para ordens normativas de outros subsistemas sociais (usos, costumes, boa-fé, abuso de direito), ensejando maior intervenção estatal nas relações privadas, em benefício da solidariedade social, de forma que o Poder Judiciário ganha um novo papel, já que a intervenção judicial nos contratos passou a ser tolerada, admitida e estimulada.

Neste sentido, vale registrar vez mais a posição de (LARENZ, 1970, p.2):

Em nenhum âmbito do Direito Privado a jurisprudência é tão fortemente presente na formação continuada, diferenciação e aprimoramento das normas legais como em questões dos direitos

das obrigações. Razão de inúmeras decisões judiciais são, atualmente, os princípios que foram colocados pela jurisprudência à luz da interpretação e aprimoramento de normas legais.⁵ (tradução nossa)

No Código Civil vigente verificamos as Cláusulas gerais constantes, por exemplo, do art. 187, que trata do abuso de direito; a do art. 421 que se refere à função social do contrato e a do art. 422 que aborda a boa-fé objetiva.

Princípios são normas, tal como as regras, mas com maior abrangência, aplicáveis segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sendo que, conforme já asseverado, diante das novas tendências do direito contratual moderno, é imprescindível uma renovação na compreensão de seus princípios, de modo a harmonizá-los com a concepção de contrato estabelecida pelo novo Código Civil.

Destarte, encontramos no ordenamento jurídico, determinados princípios que, malgrado não enunciados em nenhum texto de direito positivo, exercem papel de importância definitiva no processo de interpretação/aplicação do direito.

GRAU (2006, p. 157), ao abordar a questão inerente aos princípios e a interpretação da Constituição, esclarece que:

61. O sistema que o direito é compõe-se de:

[i] *princípios implícitos*, recolhidos no texto da Constituição ou da lei;

[ii] *princípios implícitos*, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional (exemplos: o *princípio da motivação do ato administrativo*, art. 93, X, da Constituição; o *princípio da imparcialidade do juiz*, arts. 95, parágrafo único, e 5.º, XXXVII da Constituição; e

⁵ „Auf keinem Gebiet des Privatrechts ist der Anteil der Rechtsprechung an der Fortbildung, Differenzierung und Verfeinerung der gesetzlichen Regeln so stark wie auf dem des Schuldrechts. (...) Maßgeblich für zahllose Entscheidungen sind heute die Grundsätze, die, wenn auch in der Auslegung und Fortbildung der Gesetzesnormen, erst von der Rechtsprechung aufgestellt worden sind.“ (LARENZ, 1970, p.2)

[iii] *princípios gerais de direito*, também *implícitos*, coletados no direito pressuposto, qual o da *vedação de enriquecimento sem causa*.

Note-se bem, mas bem mesmo, que estou a referir, aqui, princípios gerais de direito e não os chamados “princípios gerais do direito”.

THEODORO JÚNIOR (2008, p. 1 e 2), ao introduzir o tema inerente aos Princípios do Direito Contratual, faz referência inicialmente à ultrapassada visão do assunto sob a ótica do Estado Liberal, onde se consolidaram os três princípios clássicos da teoria liberal do contrato, quais sejam, o da *liberdade contratual*, o da *obrigatoriedade do contrato* e o da *relatividade dos efeitos contratuais*, para, logo em seguida, enfatizar o remanescimento do Estado Social, que acrescentou aos clássicos, mais três princípios, entendidos como o da *boa-fé objetiva*, o do *equilíbrio econômico* e o da *função social* do contrato, princípios estes que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais. Nesse sentido, o citado autor afirma que:

Na visão do Estado Liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. Salvo apenas pouquíssimas limitações de lei de ordem pública, é a autonomia da vontade que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes. O contrato tem força de lei, mas esta força se manifesta apenas entre os contratantes.

Todo o sistema contratual se inspira no indivíduo e se limita, subjetiva e objetivamente à esfera pessoal e patrimonial dos contratantes. Três são, portanto, os princípios clássicos da teoria liberal do contrato: a) o da *liberdade contratual*, de sorte que as partes, dentro dos limites da ordem pública, podem convencionar o que quiserem e como quiserem; b) o da *obrigatoriedade do contrato*, que se traduz na força de lei atribuída às suas cláusulas (*pacta sunt servanda*); e c) o da *relatividade dos efeitos contratuais*, segundo o qual o contrato só vincula as partes da convenção, não beneficiando nem prejudicando terceiros (*res inter alios acta neque nocet neque prodest*)

O Estado social impôs-se, progressivamente, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico, em graus que têm variado, com o tempo e com as regiões geográficas, revelando extremos de uma *planificação global* da economia em moldes das idéias marxistas; ou atuando com moderação segundo um *dirigismo*, apoiado em modelo em que o controle econômico compreende uma atuação mais sistemática e com objetivos determinados; ou, ainda, elegendo uma terceira atitude de *intervencionismo assistemático*, caracterizado pela adoção de medidas esporádicas de controle econômico, para fins específicos.

[...]

Afastada a ameaça do Estado-agente econômico, com intervenção plena na produção e circulação de riquezas, em que o intervencionismo extremo conduziria ao cancelamento ou à minimização dos princípios clássicos da teoria dos contratos, remanesce o Estado Social de Direito com sua tônica voltada para o aumento crescente das normas de ordem pública para harmonizar a esfera do individual com o social. Nessa altura é inegável que o direito contratual não se limita aos três princípios clássicos da liberdade de contratar, da força obrigatória das convenções e da relatividade de seus efeitos. A estes vieram somar-se outros três, como registra ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: a) o da *boa-fé objetiva*; b) o do equilíbrio econômico, e c) o da *função social* do contrato.

Oportuna a lição de ESSER (1968, p. 17), acerca da “justiça contratual”:

Na análise da lei e do negócio jurídico em vista ao “fim” ou ao “interesse a ser protegido”, questiona-se o que certo instituto jurídico deve garantir, assim não se pode passar ao largo de reflexões complementares de natureza jurídico-política e sociológica. A função do contrato é garantir, através do acordo de prestações valorativamente correspondentes entre si, um Optimum de justiça considerada “justiça contratual”.⁶ (tradução nossa)

Para discorrer sobre princípios contratuais no direito atual, é necessário analisar a teoria geral dos contratos à luz do Código Civil, o qual contém em seu sistema os valores essenciais da eticidade, socialidade e operabilidade.

Tais valores foram destacados por Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora e revisora do Anteprojeto do Código Civil de 2002, no seu pronunciamento na sessão de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras-APL, sob o título de Visão Geral do Novo Código Civil, onde fez sobressair que dentre as diretrizes que nortearam a codificação, encontra-se a da alteração geral do código de 1916, no que se refere aos precitados valores considerados essenciais.

⁶ „Für jedes mittels des Rechts verfolgte Zweckstreben setzte die sog. Interessenjurisprudenz den Begriff ‚Interesse‘. (...) Bei dieser Betrachtung von Gesetz und Rechtsgeschäft im Hinblick auf den ‚Zweck‘ oder das ‚zu schützende Interesse‘ (...) was ein bestimmtes Rechtsinstitut gewährleisten soll und kann, wobei ergänzende Überlegungen rechtspolitischer und soziologischer Natur unumgänglich sind. (...) dem Vertrag u.a. die Funktion, durch das Aushandeln von wertmäßig einander entsprechenden Leistungen ein Optimum an Gerechtigkeit als ‚Vertragsgerechtigkeit‘ herbeizuführen.“ (ESSER, 1968, p.17)

Esclarece Reale, discorrendo sobre a *eticidade*, que a opção por *normas genéricas*, ou *cláusulas gerais*, no Código, possibilita a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, tanto pelos advogados, como pelos juízes, de forma a possibilitar a contínua atualização dos preceitos legais, citando como exemplo os artigos (113, 187 e 422⁷) do novo diploma legal.

Abordando a *socialidade*, esclarece o mestre que se impunha, no novel diploma, a superação do manifesto caráter individualista do código então vigente, para que predominasse o social sobre o individual, citando como exemplos os artigos (421 e 423⁸) do Código. Também faz referência aos importantes avanços em relação à posse, destacando o art. 1.238 que fixa o prazo de 15 anos para a aquisição de propriedade imóvel, independente de título e boa-fé e ressalta igualmente o sentido social dos arts. 1.239 e 1240, além de registrar o caráter revolucionário dos imperativos constantes dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro, os quais conferem ao juiz um poder extraordinário.

Ainda, expondo acerca da necessidade de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador de direito, Reale enfatiza a resolução de se lançar mão, sempre que necessário, de *cláusulas gerais*, para realizar a *concretude*, do direito, o que se dá pela aplicação da norma ao caso concreto pelo juiz, à luz das circunstâncias ocorrentes, o que evidencia a *operabilidade*. Cita como um dos exemplos, o parágrafo único do artigo 575⁹ do Código

⁷ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. - Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. - Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁸ “ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. – Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

⁹ “Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito. **Parágrafo único.** Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.”

É o princípio da boa-fé que congloba a *eticidade*, que vem a ser a lealdade, a correção e a probidade que estão interpostos em todo o Código e que impõe limites à vontade das partes, de forma a fazer prevalecer a justiça contratual.

A *socialidade* contrapõe-se ao individualismo, com a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais na interpretação contratual, o que fica claro pela função social da propriedade, função social do contrato e a natureza social da posse insculpidas no Código, todas em consonância com a Constituição Federal.

A *operabilidade* instituída pelas *cláusulas gerais* consubstancia uma técnica para melhor aplicação do Direito, inerente ao chamado sistema aberto do Código, ensejando uma maior elasticidade ao ordenamento, acompanhando as mudanças culturais, econômicas e sociais, de forma que o sistema é integrado pelo juiz no momento da subsunção do fato à norma, quando então se dá a “concrettezza” de que fala Reale.

Tendo em conta, pois, a nova postura institucional verificada com a superação do modelo de contrato do Estado Liberal, com a atual constitucionalização do direito civil e a conseqüente despatrimonialização deste, evidencia-se uma nova concepção do contrato de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, ou seja, do Estado Social, o qual consagra a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Natural, deste modo, que seja dada uma nova configuração aos tradicionais princípios que regem os contratos, cuja estrutura não restou alterada, mas se faz necessária uma nova interpretação dos mesmos, diante dos modernos princípios sociais, o que será abordado na seqüência.

Com poucas variações denominativas, os doutrinadores pátrios elencam os seguintes princípios contratuais, dos quais os três primeiros são considerados “velhos” e os outros “novos”, a saber:

- 1) Princípio da autonomia da vontade;
- 2) Princípio da obrigatoriedade dos contratos;
- 3) Princípio da relatividade dos efeitos contratuais;
- 4) Princípio do equilíbrio econômico do contrato;
- 5) Princípio da boa-fé objetiva;
- 6) Princípio da função social do contrato.

1.3.2.1 Princípio da autonomia da vontade

Também conhecido como princípio da autonomia privada, consiste na liberdade que as partes contratantes possuem para celebrar ou não o contrato, bem como para a escolha da outra parte e ainda a liberdade de fixar o conteúdo dos contratos. Ou seja, envolve a plena liberdade de contratar, com quem contratar e do que contratar.

Significa que as partes, de forma livre, podem concorrer suas vontades com o propósito de criar, modificar ou extinguir direitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, pelo que, conforme sustentado por (ESSER, 1968, p. 80) “ [...] contrato assume, assim, caráter de fonte jurídica, e qualquer promessa de prestação acordada pode ser judicialmente requerida e assegurada com sanções quando do seu descumprimento¹⁰. (tradução nossa)

Na sua clássica obra sobre contratos, (GOMES 2008, p. 25 e 26) o consagrado jurista assim sintetiza:

O *princípio da autonomia da vontade* particulariza-se no Direito Contratual na *liberdade de contratar*. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse *poder*, toda pessoa

¹⁰ “[...] dem Vertrag also in diesem Sinne Rechtsquellcharakter zusprechen.”

capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão. Outros conceituam a *autonomia da vontade*, como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.

O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-gerência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

É de ressaltar-se, contudo, que a liberdade de contratar, propriamente dita, nunca foi ilimitada, posto que tanto a limitação de *ordem pública*, ou seja, o conjunto de regras cuja observância é considerada fundamental para a sociedade, como os *bons costumes* que correspondem ao conjunto das regras morais tidas como fundamentais pela sociedade, sempre lhe foram inerentes. O respeito à ordem pública e aos bons costumes é imposto pelo art. 122 do Código Civil¹¹

Portanto, as partes são livres para, através de convenções, estipular as condições negociais que melhor se adaptam às suas expectativas e necessidades, desde que tais ajustes não afrontem a moral, a ordem pública e os bons costumes. Caracteriza-se aí a supremacia da ordem pública sobre a autonomia dos contratantes, de forma a preservar os interesses essenciais ao Estado e à sociedade, em conformidade com as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade.

A *lei* também é considerada um limite à autonomia das partes contratantes, já que todo ato jurídico deve ser lícito, conforme os dispositivos legais aplicáveis. O princípio da legalidade está inserido no art. 5.º, II, da Constituição Federal e também nos arts. 104, II e 166, II, III, VI, do Código Civil.

¹¹ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

Existem também restrições quanto à *escolha do parceiro contratual*, o que se verifica, por exemplo, num contrato de locação não residencial, onde o locador é obrigado a contratar com o locatário que tem direito à renovação compulsória de que trata o art. 51 da lei 8.245/1991, situação em que se privilegia o fundo de comércio.

Também há delimitação à *liberdade de estipular o conteúdo do contrato*, como se vê, por exemplo, nas normas do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 51 lista as cláusulas consideradas abusivas em contratos de consumo. Igualmente a proibição de estipular a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, nos contratos por adesão, é uma limitação significativa, já que uma vez desrespeitada a regra constante do art. 424 do Código Civil, as respectivas cláusulas são nulas.

Importa mencionar também a ausência da liberdade de contratar nos chamados *contratos obrigatórios*, como no caso dos contratos de seguro obrigatório, ou nas concessões de água, luz, onde as concessionárias de serviços públicos são obrigadas a aceitar a adesão dos usuários.

Os novos princípios contratuais, como o da função social do contrato, o da boa-fé e do equilíbrio econômico ou equivalência material, advindos com a promulgação do novo Código, também limitam a atuação dos princípios clássicos, que restaram relativizados à luz dos princípios sociais, que devem ser estudados em consonância com os princípios tradicionais.

Não se pode falar que as partes não têm mais liberdade de contratar, ou na perda da autonomia da vontade, mas é necessário uma releitura da disciplina contratual, abandonando-se a concepção voluntarista em prol de valores dispostos no ordenamento jurídico.

Bem a propósito a lição de (BIERWAGEN, 2007, p. 55):

Não se trata, pois, de retirar a liberdade contratual das partes, obrigando-as a subsumir sua vontade em modelos previamente estatuídos em lei ou contratar ainda que não queiram; o indivíduo pode contratar com quem, como, quando e onde quiser e modelar as condições do contrato como melhor lhe aprouver. Esta é a regra. No entanto, impõe-se aos contratantes que essa liberdade seja exercida com responsabilidade, acatando comandos explícitos, como a função social, os princípios da probidade e da boa-fé, as vedações de ordem pública, e implícitos, como são os princípios da obrigatoriedade, da relatividade dos efeitos, da igualdade, da socialidade, da eticidade e da operabilidade, que decorrem do espírito da lei, não bastando mais limitar-se a agir conforme a moral e os bons costumes.

E também de (ESSER, 1968, p. 81):

A liberdade de contratar significa, portanto, a chance de se impor interesses, mas também o perigo de que a parte mais forte imponha suas condições contratuais na sua medida própria. A partir disso cresce para o Direito a dupla função de, a despeito dessa desigualdade de chances, garantir a necessária medida de divisão justa de bens, ou seja, de força econômica e evitar abusos na liberdade contratual. Nesse sentido atual, há que confluir medidas de direcionamento econômico por parte do Estado e controle contratual pelo juiz.¹² (tradução nossa)

Destarte, está claro que a autonomia da vontade, ou autonomia privada, é explicada sob novos paradigmas, mas continua sendo o princípio básico do direito contratual, interpretado segundo a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual.

1.3.2.2 Princípio da Obrigatoriedade dos contratos

Este princípio decorre do princípio da autonomia da vontade, pois, na medida em que as partes, no uso de sua liberdade, desejam se submeter a regras por elas mesmas estabelecidas, e, desde que observados todos os pressupostos e

¹² “Vertragsfreiheit bedeutet hier nunmehr die Eröffnung der Chance, seine Interessen durchzusetzen, und eher die Gefahr, dass der Mächtigere die Vertragsbedingungen nach seinem Ermessen festsetzt. Für das Recht erwächst hieraus heute die doppelte Aufgabe, ungeachtet dieser Chancenungleichheit ein zureichendes Maß an gerechter Güterverteilung, d.h. wirtschaftlicher Stärke zu gewährleisten und Missbräuche der Vertragsfreiheit zu hindern. Dazu wirken Maßnahmen staatlicher Wirtschaftslenkung und richterlicher Vertragskontrolle eng zusammen.“ (ESSER, 1968, p. 81)

requisitos impostos pelo ordenamento, o contrato obriga os contratantes, como se fosse lei imperativa, de forma que a nenhum dos envolvidos na relação negocial é dado alterar unilateralmente a avença.

É um princípio consagrado por nosso sistema jurídico, que dá segurança às relações entre as partes, proibindo a retratabilidade pura e simples e, malgrado seja um princípio não-escrito, sempre foi um princípio geral do direito contratual e sua desobediência, em todo o tempo foi sancionada por lei, sendo certo que a obrigatoriedade das convenções leva à intangibilidade dos contratos ou seja, o contrato faz lei entre as partes, ou os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Indica, pois, que as partes estão vinculadas ao cumprimento do pactuado e devem fazê-lo com *pontualidade*, tendo como corolários também a *irrevogabilidade* do vínculo e a *intangibilidade* do seu conteúdo.

Para GOMES (2008, p. 38):

O *princípio da força obrigatória* consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha que ser cumprido. Estipulado validamente seu *conteúdo*, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a *irretratabilidade* do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O Contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Ocorreu, contudo, um abrandamento do princípio da obrigatoriedade no direito atual, pois, desde que deve ser levado em conta a função social do contrato e as vantagens econômicas inicialmente previstas pelas partes, não obstante os contratantes terem se vinculado por livre e consciente vontade para ficar submetidas

à força imperativa, poderão ocorrer conseqüências por demais onerosas aos envolvidos na relação, ensejando a interferência do Estado para adequar o ajuste à realidade verificada da execução contratual.

A esse respeito vale lembrar a lição de BIERWAGEN (2007, p. 52 e 53), que destaca uma alteração no pressuposto sobre o qual se assentava o princípio da obrigatoriedade, qual seja, a liberdade, ante o poder econômico que foi retirando gradativamente o poder de barganha da parte economicamente mais fraca, obrigando-a a aceitar as condições da outra parte, sob pena de não contratar, para depois asseverar que:

Houve, assim, uma reestruturação do princípio da obrigatoriedade, tornando-o mais flexível, com a admissão da interferência do Estado para corrigir os rigores do contrato ante o desequilíbrio de prestações, fosse pela alteração radical das condições de seu cumprimento, fosse pela manifestação de vontade não completamente liberta.

A suavização do princípio da obrigatoriedade, no entanto, não significa o seu desaparecimento. Continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo contrato, tanto que o Código Civil, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. O que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra proveito injustificado.

Daí o novo Código Civil, atento a essa tendência de amenização do rigor do princípio, ter incorporado expressamente em seu texto a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos de execução continuada e diferida (arts. 478 a 480), assim como os institutos da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 156), que permitem a ingerência estatal, seja para resolver, seja para revisar as condições a que se obrigaram as partes.

A relativização do princípio da força obrigatória do contrato está presente na cláusula *rebus sic stantibus*, inerente à teoria da imprevisão, que na vigência do Código Civil de 1916, era declarada pelo Poder Judiciário, como ocorreu em grande escala na revisão dos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*) de veículos automotores ou mesmo de contratos de importação atualizáveis em moeda estrangeira (dólar), situação que impôs onerosidade excessiva para os devedores em decorrência da alteração da política cambial praticada pelo governo até 13 de janeiro de 1999.

A teoria da imprevisão, sobreleva ponderar, foi adotada expressamente no novo Código Civil, conforme imperativo legal constante do art. 478¹³.

1.3.2.3 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais

Trata-se do princípio, segundo o qual, os efeitos dos contratos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros. É dizer que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*.

Na medida em que a declaração de vontade se faz necessária para adquirir, modificar ou extinguir direitos, não podem terceiros, que não manifestaram expressamente a sua vontade, contrair obrigações nem se sujeitar àquelas contraídas por outros.

Tal entendimento é coerente com o modelo clássico do contrato, onde a satisfação de necessidades exclusivamente individuais das partes era o intuito.

Contudo, é mais uma concepção relativizada pelo atual ordenamento jurídico, onde não se entende mais o contrato apenas como instrumento de satisfação de finalidades individuais das partes envolvidas, mas se reconhece um valor social ao contrato, fixando-se um limite à liberdade das partes, limite este consubstanciado na função social do contrato, impondo-se um dever negativo de abstenção nas declarações de vontade. Ou seja, os contratantes não podem com seu negócio privado prejudicar o bem comum, o que está previsto no art. 421 do

¹³ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

Código Civil, que determina que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Há, ademais disso, exceções legais, formalmente previstas no Código, como ocorre na estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438 do CC), nos contratos por terceiro e com pessoa a declarar (arts. 467 a 471). Há quem entenda que esses terceiros podem ser considerados “partes”, eis que têm legitimação para agir no caso do devedor não cumprir o contrato. Vale citar ainda o art. 440 do Código, que trata da promessa de fato de terceiro, prevendo a possibilidade desse compromisso ser ratificado pelo terceiro e, nesse caso, este último assume a obrigação e passa a ser o devedor principal, eximindo o promitente.

Importa destacar que a reestruturação do conceito de relatividade dos efeitos contratuais somente opera nos aspectos externos dos contratos, ou seja, no que diz respeito a seus efeitos a terceiros no cumprimento da função social, posto que quanto aos denominados *efeitos internos*, ou seja, com relação às partes, seus direitos e obrigações, continua hígida a máxima de que somente as partes estão adstritas ao cumprimento das prestações contratuais.

1.3.2.4 Princípio do equilíbrio econômico do contrato

Conforme ressaltado por GOMES (2008, p. 48) “ O princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou do *sinagma*, encontra-se presente no Código Civil primordialmente como fundamento de duas figuras, a lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente.”

É o princípio que busca a *justiça contratual*, com prestações equivalentes, onde impere respeito, cooperação e lealdade entre as partes, vedando vantagens para um dos lados somente. Nesse sentido, opõe-se ao princípio da

obrigatoriedade dos contratos, bem como ao da autonomia da vontade, posto que, na busca do direito justo, limita-os.

No novo sistema de direito privado, pode-se dizer que o princípio do equilíbrio econômico, é consequência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, sendo certo que o contrato que prestigia o equilíbrio das prestações cumpre a sua função social.

THEODORO JÚNIOR (2008, p. 11 e 12), ao discorrer sobre os novos princípios do direito dos contratos, diz que:

b) Princípio do equilíbrio econômico do contrato: o sinalagma contratual leva a ordem jurídica a proteger o contratante contra a *lesão* e a *onerosidade excessiva*. No primeiro caso, torna-se anulável o contrato ajustado, por quem age, sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, art. 157). Na hipótese de superveniência de acontecimentos extraordinários, que tornem a prestação excessivamente onerosa para uma das partes contratantes e extremamente vantajosa para a outra, o que a lei faz é permitir a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, para restabelecer o equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação (Código Civil, arts. 478 e 479).

Diante do comando dos arts. 478 a 480 do novo Código Civil, admite-se, pois, a intervenção judicial para a adequação da cláusula desproporcional ou excessivamente onerosa, autorizando a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Do artigo 478 sobressaem os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, quais sejam : a) o contrato deve ser comutativo e sua execução, continuada ou diferida; b) após sua celebração deve ocorrer um fato que seja imprevisível e extraordinário; c) esse fato deve provocar excessiva onerosidade para uma das partes, com extrema vantagem para a outra.

Acerca da teoria da imprevisão, esclarece Antônio Carlos Eving (EFING, 2000, P. 81):

A teoria da imprevisão é invocada quando a onerosidade excessiva, decorrente de fatos extraordinários, cujas consequências não se poderiam prever na celebração do contrato,

repercute em efeitos supervenientes, imprevistos e não correspondentes aos interesses iniciais das partes. Percebe-se a presença da imprevisibilidade e extraordinariedade nos fatos supervenientes, como elementos a constituírem a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*

O artigo 157 autoriza a anulação do negócio jurídico, naqueles casos em que uma das partes assume, por inexperiência ou premente necessidade, prestação manifestamente desproporcional em confronto com a prestação oposta.

Também a regra do art. 317 do Código autoriza o juiz a corrigir a desproporção manifesta para assegurar o valor real da prestação.

1.3.2.5 Princípio da boa-fé objetiva

O Princípio da boa-fé objetiva consubstancia o entendimento de que entre as partes contratantes, malgrado defendam interesses economicamente opostos, prevalece o espírito de confiança e lealdade. É a eticidade dentro do direito das obrigações e na esfera contratual a boa-fé objetiva vem prevista no art. 422, que dispõe que “ os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Esse princípio representa a lealdade das partes nos negócios, objetivamente considerada, devendo existir colaboração recíproca que possibilite o cumprimento das obrigações assumidas, proibida a prática de atos desleais que obstem a extinção normal das obrigações contraídas, impondo-se que ajam de maneira proba, ou como diz LARENZ (1970, p.101): “Este princípio não nos oferece uma regra pronta, aplicável a cada caso se preenchidos certos requisitos, e sim,

cada caso concreto irá exigir um julgamento de valor a partir do qual se conclui o que se exige em dado momento ou local”.¹⁴ (tradução nossa)

Não obstante ser tão antigo quanto a tradição romano-germânica, o princípio da boa-fé objetiva somente foi consagrado como tal na legislação brasileira com a edição do Código de Defesa do Consumidor, conforme art. 4.º, III e na seqüência com o Código Civil de 2002, nos arts. 187 e 422.

A boa fé-objetiva implica a observância dos cânones da lealdade e do respeito à confiança gerada em todas as relações inter-humanas, estando inserida no Direito Moderno, como cláusula geral, caracterizando-se em importante instrumento colocado à disposição do operador da lei, para obtenção de soluções diferenciadas e justas, decorrentes, em especial, de controvérsia advinda de uma relação contratual. Assim sendo, para que haja boa-fé objetiva, o contratante deve agir como um ser humano reto, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade.

Em matéria contratual a boa fé-objetiva, que é cláusula geral de ordem pública, garante a conduta leal dos contratantes e, por conseguinte, a função social do contrato, de forma que se houver confronto deste princípio com as determinações contratuais, prevalecerá aquele, implicando seu conhecimento e aplicação *ex officio* pelo juiz, independentemente do pedido da parte ou do interessado, integrando-se o contrato com a cláusula de boa-fé, impondo o comportamento obrigatório das partes.

BIERWAGEN (2007, p. 77 e 79), ressalta tratar-se de um princípio cuja definição não é simples, manifestando-se nestes termos:

De fato, é difícil definir, num só conceito, o que vem a ser o *princípio da boa-fé*, não só porque apresenta múltiplos sentidos, ora se relacionando à idéia de justiça que deve imperar sobre todo o ordenamento ou sobre determinados ramos, auxiliando a interpretação ou a integração de suas normas, ora como regra de conduta (boa-fé objetiva) ou estado de espírito do sujeito

¹⁴ Larenz, op.cit., p. 101. “Eine fertige Regel, die wir auf den einzelnen Fall beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nur einfach ‘anzuwenden’ hätten, um daraus die Entscheidung abzulesen, gibt er uns nicht. Vielmehr wird von Fall zu Fall ein Werturteil erfordert, aus dem sich erst ergibt, was hier und jetzt gefordert ist.” (LARENZ, 1970, p.101)

(boa-fé subjetiva), mas principalmente porque em cada um desses sentidos a sua noção deve ser construída a partir de critérios próprios, que não permitem a sua unificação num único conceito. Desse modo, embora desejável definir boa-fé, dada sua amplitude e generalidade, certamente qualquer tentativa nesse sentido constituiria uma diminuição injustificável da riqueza de seu conteúdo.

Os doutrinadores apontam pelo menos três funções principais para a boa-fé objetiva, quais sejam: a) como regra de conduta obrigatória dos dois contratantes, conforme preconizado no art. 422 do Código Civil; b) como regra de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113) e; c) como limitadora dos direitos subjetivos de que trata o art. 187 do Código.

Conclui-se, assim, que o princípio da boa-fé objetiva, insculpido no art. 422 do Código Civil é norma de ordem pública, fonte de direito autônomo, sem relação com a declaração de vontade, limitando o princípio da autonomia da vontade, já que incide diretamente no conteúdo do contrato. Além disso, representa a consagração da eticidade, que inspira todo o Novo Código Civil, no direito das obrigações, aplicando-se tanto nos contratos paritários do Código quanto nos contratos de adesão e nas relações de massa de que trata o Código de Defesa do Consumidor.

1.3.2.6 Princípio da função social do contrato.

O princípio da função social do contrato caracteriza a funcionalização dos institutos de direito privado, a qual surge, primeiramente, no conceito de propriedade constante do art. 5.º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, que garante o direito de propriedade desde que atenda à sua função social. Tendo em conta que o fundamento do princípio da função social do contrato é constitucional, é necessário que tal princípio seja interpretado sempre à luz do texto constitucional,

respeitando-se a dignidade humana de que trata o art. 1.º, III, o valor social da livre iniciativa que consta do art. 1.º, IV, o princípio da solidariedade social entalhado no art. 3.º, I, bem como os fundamentos da ordem econômica que constam do art. 170, todos da Constituição Federal.

GOMES (2008, p. 48), leciona que:

O princípio da função social do contrato, inovação pioneira do Código Civil de 2002, vem expressamente previsto em seu art. 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*” Trata-se, como é evidente, de norma de ordem pública, como esclarece o art. 2.035, parágrafo único do mesmo Código. A locução “*função social*”, traz a idéia de que o contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais.

Percebe-se, que diante dos termos do citado art. 421, o princípio da função social interfere na liberdade contratual, limitando a autonomia da vontade, bem como o princípio da obrigatoriedade dos contratos, assim como o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, de forma que o interesse das partes contratantes não poderá prejudicar terceiros ou a coletividade frustrando a justiça social.

Instigante abordagem é feita por Luciano Benetti Timm, quando faz uma leitura autopoiética da cláusula geral do artigo 421 do Código Civil, expressando-se nestes termos (TIMM, 2008, p. 179 e 181):

A idéia, neste momento, é a de explicar a cláusula geral do artigo 421 não apenas por meio de sua fonte de inspiração imediata, o solidarismo jurídico, mas de acordo com uma visão mais consênsea com a complexidade social. Nesse sentido, o artigo 421 constituir-se-ia no grande marco regulatório do contrato como “sistema de ação social” no Novo Código Civil, o qual alberga um modelo normativo de contrato atento ao princípio da liberdade contratual ou da autonomia das vontades (ou ainda da autonomia privada como preferem alguns), mas que não renuncia aos elementos heterônomos à vontade, iluminados por todos os planos que se refletem na relação contratual, a saber: plano da interação, plano da instituição e plano social, especialmente levando em conta os conflitos com normatividades oriundas de outros subsistemas sociais (fundamentalmente a política e a economia).

Portanto, a cláusula geral do artigo 421 do Novo Código Civil deve ser vista mais do que como um exemplo de “socialização” do Direito Privado, representando um esforço “(...) feito para

enfrentar através de meios jurídicos os problemas originados pelo alto grau de diferenciação social, designadamente como processo de harmonização e coordenação das exigências sociais contraditórias manifestadas no seio da relação contratual¹⁵

[...]

Isso tudo permite visualizar o artigo 421, que trata da “função social” do contrato, como a cláusula geral responsável pela harmonização das exigências sociais contraditórias no seio da relação contratual concreta que se manifestam nos três planos antes citados conflitivamente. Seria este o artigo responsável pela manutenção, como seu próprio texto está a indicar da funcionalidade do contrato na sociedade, ou seja, da generalização das expectativas normativas nas relações privadas de troca econômica e social em um ambiente altamente diferenciado e complexo. Daí o seu alto grau de indeterminação ou de “vagueza semântica”, que deve ser bastante, para dar guarida à elaboração de “critérios de seleção” entre diferentes “alternativas de regulação”, que variam naturalmente consoante o plano considerado, cada qual contendo mecanismos auto-regulatórios e, eventualmente, falhas a serem corrigidas heteronomamente.

Portanto, o modelo de uma relação contratual deve albergar os diversos níveis e graus de interação das partes contratantes no caso concreto (que gerarão variados graus de expectativas – “programas pessoais ou situacionais”), as influências do mercado e das organizações (“programas funcionais ou normativos”) e a absorção de tarefas regulatórias sociais ou políticas (“programas finalísticos ou valorativos”). A opção definitiva se dará por deliberação judicial quando da aplicação da lei ao caso concreto, tendo em conta os fatores de indeterminação, os planos regulatórios envolvidos e seus critérios de racionalidade.

1.3.3 Cláusulas Gerais

Dentre as diretrizes seguidas na elaboração do anteprojeto do Código Civil de 2002, encontra-se a opção, muitas vezes, por *normas* genéricas ou *cláusulas* gerais, o que decorreu do reconhecimento da indeclinável participação, em nossos dias, dos *valores éticos* no ordenamento jurídico.

Tal opção teve a finalidade de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, tanto pelos advogados, como pelos juízes, ao fim de emprestar seguida atualização dos preceitos legais, conforme asseverado pelo professor Miguel Reale, no prefácio à 1.^a Edição do Código.

¹⁵ TEUBNER. *O Direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p.231.

O atual Código Civil, como já se viu, norteou-se por três princípios, quais sejam, a *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*, adotando como técnica legislativa as cláusulas gerais, ensejando, deste modo, a evolução do pensamento e do comportamento social, sem ofensa à segurança jurídica, o que o caracteriza como um código não-totalitário, propiciando uma atuação judicial mais criadora.

Rejeitando a pretensão de indicar um conceito, Judith Martins-Costa prefere assinalar os traços das cláusulas gerais, no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, posto ser aí, como diz, na contraposição à técnica da casuística, que o seu perfil começará a ser traçado (MARTINS-COSTA, 2000, p. 296 e 303):

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistematização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

Tais elementos, de que trata a autora, terão que ser reconhecidos no texto constitucional, cujos princípios haverão de ser observados em qualquer decisão, face o Estado Democrático de Direito, sendo certo que as normas constitucionais sobrepõem-se às infraconstitucionais.

Ao tratar da distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos, evidencia-se que parte da doutrina entende não haver diferença, sendo certo, entretanto, que os juristas são uníssomos em afirmar que as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação.

Nesse sentido, oportuna, vez mais, a lição de MARTINS-COSTA (2000, p. 324):

Em suma, não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípio são o mesmo, se tomarmos a expressão *princípio jurídico* em toda a extensibilidade que lhe é própria. É certo que, tanto quando às cláusulas gerais, aos princípios pode ser atribuída a vagueza semântica, mas esta, como se viu, pode ser observada em qualquer termo ou expressão, constituindo antes uma questão de grau do que de característica. Boa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre o *sinagma* cláusula geral e o *enunciado*, com a correspondente proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no “princípio da boa-fé”, inscrito no § 242 do BGB, e na “cláusula geral da boa-fé”, desenhada no mesmo texto legislativo, como se poderia falar no *conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão lingüística “boa-fé”*.

Dentre as cláusulas gerais adotadas pelo novo Código Civil, encontram-se a da boa-fé objetiva, a da função social do contrato e a da função social da propriedade e, no que diz respeito especificamente aos contratos, objeto do presente trabalho, evidencia-se uma nova disciplina para a matéria, posto que a autonomia da vontade, como princípio, resta bastante modificada, em decorrência das alterações atuais na forma e no conteúdo dos contratos, onde a boa-fé de que trata o Código Civil no art. 422, é a boa-fé objetiva, que impõe determinados deveres às partes, assumindo a função de fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual. Por outro lado, a adoção da cláusula geral da função social do contrato, cujo alcance deverá levar em conta o interesse coletivo, limitou o princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*), com destaque para a concretização das cláusulas gerais e o seu papel na chamada *eficácia interna do contrato*, bem como na *eficácia externa do contrato*.

Através das cláusulas gerais, que não prescrevem norma de conduta, mas definem parâmetro de interpretação, conferiu-se ao julgador maior poder de intervenção na escolha e na construção do direito, de forma que não está ele, o mesmo, adstrito à exegese apenas das normas casuísticas, de legalidade estrita, mas este poder criativo deverá ser exercido tendo em conta o texto constitucional, que é fonte primária dos princípios a serem observados, caracterizando uma

abertura do sistema de ordens normativas inerentes ao direito contratual, para outros subsistemas sociais, como usos, costumes, boa-fé, abuso de direito, atribuindo um novo papel para o Poder Judiciário, com uma nova postura do juiz, autorizado que está em utilizar-se da nova técnica legislativa ensejada pelas cláusulas gerais, tolerando-se, admitindo-se e estimulando-se a intervenção judicial nos contratos.

Para exemplificar, afirma-se que o art. 421 do Código Civil, modifica profundamente o conteúdo da atividade contratual, impondo às partes contratantes uma postura mais humana, de modo que a liberdade de contratar não pode ser exercida afastada da função social do contrato, princípio que dá fundamento não só à ordem econômica (art. 170 da nossa CF), como também à própria estruturação da República, firmada sobre o valor social da livre iniciativa (art. 1.º, IV, da CF), além de integrar os próprios objetivos constitucionais (arts. 1.º, III).

A propósito, como observa GODOY (2004, p. 108 e 109):

Nesse sentido, então, pode-se perfeitamente dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no novo Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), como observa Judith Martins-Costa, especificamente a respeito da função social, valendo-se, a propósito, da tipologia das cláusulas gerais elaborada por Menezes Cordeiro – e também um princípio. Isso porque, repita-se, enquanto forma legislativa impregnada de deliberada fluidez, a presente cláusula geral reenvia o juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento, como antes analisado.

Assim, a atuação do juiz na solução dos conflitos passou a ser fundada não apenas no conceito de legalidade, em que o julgador atua apenas na busca de uma regra específica que discipline os interesses em choque, mas sobretudo na busca de uma solução ideal de justiça, ensejando maior intervenção estatal nas relações privadas, em benefício da solidariedade social, de forma que o Poder Judiciário ganha um novo papel, já que a intervenção judicial nos contratos passou a ser tolerada, admitida e estimulada.

Mas é importante fazer sobressair que, não obstante resulte dessa nova atuação do juiz um papel mais atuante, criativo e livre para a jurisprudência, de forma a aproximar a solução judicial da realidade em que a respectiva decisão deva produzir efeitos, isso não quer dizer que as decisões estejam vinculadas aos precedentes judiciais, posto que nosso sistema processual continua hígido em fixar os limites subjetivos da coisa julgada nas figuras litigantes do processo. Sempre deverá ocorrer a ampla fundamentação para a necessária segurança jurídica, ou seja, o magistrado, ao qual é concedido uma diretriz para a procura da norma de decisão, haverá de orientar-se pelo conteúdo inserido no próprio sistema, valendo-se de critérios meta e extrajurídicos, tendo sempre em conta os valores fundantes constantes da Constituição Federal.

A segurança jurídica que deve prevalecer nas relações contratuais, não obstante a abertura do sistema privado, encontra proficiente abordagem na lição de NALIN (2006, p. 210 e 211):

Um novo perfil de segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o intérprete localizar, na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual contemporânea, baseada na idéia do equilíbrio das obrigações reciprocamente consideradas.

A segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega da lei do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida, mesmo que circunspecta a deveres de conduta, introduzidos pela boa-fé, mesmo antes de a atual codificação civil ter sido aprovada. Ela é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção, superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo devedor.

A segurança desejada pelo titular de uma situação subjetiva é a de que poderá cumprir sua parcela da avença, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto, se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé.

O enredo constitucional da segurança não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente, de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente seu contínuo equilíbrio.

A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas, no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato conforme a boa-fé.

Por sua vez, contrato conforme a boa-fé não significa descompromisso com os efeitos econômicos do contrato. Mas, sim, um contrato no qual concorrem efeitos econômicos e sociais.

Entendidas, por esta forma, as cláusulas gerais como um mecanismo conferido ao juiz, para a procura da norma de decisão ao caso concreto, deverá sempre ser observada a segurança jurídica que impõe uma prestação jurisdicional pautada nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

As vantagens das cláusulas gerais, consubstanciadas num sistema normativo inspirado em conceitos abertos, com normas legais em branco, são evidentes, mas também há riscos na sua utilização, posto que o julgador sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada, como adverte THEODORO JÚNIOR (2008, p. 142 e 151), cujo autor registra seu entendimento acerca do uso abusivo das cláusulas gerais, no seguinte sentido:

O grande risco, nesse momento de aplicação do conceito genérico, está na visão sectária do operador, que por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional apenas um de seus múltiplos e interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais. Com isto, o valor eleito se torna muito superior aos demais formadores da principiologia constitucional. Toda a ordem infraconstitucional, graças à superideologização do operador, passa a se alimentar apenas e tão-somente de forma sectária, unilateral e pessoal, muito embora aparentando respaldo em princípio ético prestigiado pela Constituição.

Enfatiza o citado autor que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito exige a submissão da exegese Constitucional à mecânica da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrando que foi uma visão exageradamente livre e ideológica do Direito que serviu de sustentação e legitimação ao nazismo e ao comunismo.

Não se pode admitir a aplicação distorcida de cláusulas gerais, impondo-se o respeito ao direito positivo, máxime ao princípio da legalidade (art. 5.º, III da CF), que impera no Estado de Direito, sendo lícito ao juiz suprir lacunas do ordenamento jurídico, mas com observância às regras e normas judiciais dispostas pelo legislador, de maneira a não transformar a Justiça em fonte primária da norma jurídica, colocando-se acima do Poder Legislativo.

A interpretação dos contratos, à luz do Código de 2002 deverá realizar-se com base na ordem constitucional vigente, onde atua a função social do contrato, com valorização da eticidade e socialidade, inerentes à boa-fé objetiva, cláusulas gerais estas que certamente adquirirão contornos mais nítidos com o tempo, através da jurisprudência. Vale registrar, a esse respeito, novamente o entendimento de THEODORO JÚNIOR (2008, p. 159):

A leitura do Código de 2002 não poderá ser feita por meio da ótica pandectista que serviu de sustentação ao Código de 1916. Não haverá, contudo, de servir de palco de uma destruição de valores conquistados da civilização que o gerou. E, jamais se admitirá que seus operadores se afastem dos princípios maiores que a ordem constitucional sobrepõe ao ordenamento privado. Nenhum princípio invocado pelo Codificador pode ser visto como absoluto e de aplicação desvinculada das garantias fundamentais traçadas pela Carta Magna. É nelas, acima de tudo, que os aplicadores deverão buscar os limites dentro dos quais legitimamente haverão de usar as cláusulas gerais e os princípios éticos preconizados pelo Novo Código Civil.

Além de serem considerados os princípios e as cláusulas gerais insculpidos no ordenamento jurídico, ao interpretar-se o contrato deverão ser consideradas as regras para tanto, assim as implícitas como as explícitas constantes do novo Código Civil, assunto que será analisado no tópico seguinte, ainda que superficialmente.

1.3.4 Regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil

O primeiro dispositivo a ser invocado, é o constante do art. 110 do Código, e que diz respeito à manifestação da vontade das partes contratantes.

Reza o precitado artigo que “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

Dita *reserva mental* trata-se de falsa declaração de uma das partes sobre a sua real intenção, com o fim de ludibriar a outra parte, sendo que uma vez que seja do conhecimento do outro contratante a *reserva* em comento, tal circunstância torna válida a cláusula respectiva, na medida em que não é lícito ao declarante, nestas condições, furtar-se ao cumprimento daquilo a que se obrigou. Caso contrário, ou seja, desde que a outra parte tinha conhecimento de que a declaração não se harmonizava com a real intenção do declarante, caracterizar-se-á, a invalidade do negócio jurídico por simulação, conforme imperativo constante do art. 167, § 1.º, II, do Código¹⁶.

Outra regra de interpretação é a constante do art. 111 do Código, que preceitua no sentido de que “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Como exemplo, podemos levantar a hipótese de, na constância de um contrato de distribuição, o distribuidor encaminhar um pedido de mercadorias ao fornecedor, pela forma comumente adotada entre as partes, passando, ato contínuo, uma vez que não houve a recusa imediata ao pedido formulado, a efetuar as vendas de tais mercadorias aos respectivos revendedores e clientes (contratos em rede), com evidentes reflexos na atividade empresarial. Diante do fato do fornecedor não ter recusado o pedido imediatamente, criou-se uma expectativa do distribuidor, de que a compra se tornaria perfeita, porquanto tudo se desenrolou exatamente conforme procedimentos anteriores entre as partes, em conformidade com a boa-fé objetiva. Neste caso, o silêncio do fornecedor implicou numa anuência para com o

¹⁶ “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1.º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: [...] II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

pedido que lhe foi encaminhado, ou seja, uma forma de manifestação da vontade, comumente denominada de *silêncio qualificado*, completando o vínculo contratual, ensejando inclusive ruptura do contrato na hipótese de não atendimento do pedido, já que houve lesão (rescisão), impondo-se ao inadimplente o ônus de reparar os danos decorrentes do seu comportamento lesivo.

Também no art. 112 do Código Civil encontra-se entalhada uma regra de interpretação do contrato: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Vale dizer, tem mais valor o que as partes realmente pretendiam dizer ou convencionar na avença, do que o que restou efetivamente consignado. Não basta ao intérprete considerar o que foi dito, ou escrito, sendo necessária a verificação da vontade, tendo em conta inclusive as tratativas anteriores, os pré-contratos, à luz da boa-fé objetiva, conforme padrões de honestidade, transparência e lealdade contratual.

Ainda se encontra uma regra de interpretação contratual no art. 113, do citado diploma legal: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Acerca da boa-fé na interpretação e integração dos contratos, escreveu com propriedade MARTINS-COSTA (2000, p. 428 e 429):

Segundo já assinalava Couto e Silva na década de 60, “não se pode recusar a existência de relação entre hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”. Com efeito, a primeira função, hermenêutico-integrativa, é a mais conhecida. Atua aí a boa-fé como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenômenos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes.

A conjuntiva que assinala a denominação desta função deve ser bem marcada. “Em muitos casos” – é novamente Clóvis do Couto e Silva quem ensina – “é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora”. Esta, embora sirva para “aumentar o conteúdo do negócio jurídico”, tem, todavia, como ponto nuclear, “a pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do negócio, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora

de direitos (...) e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações”. Se a diferença é de âmbito e de método, e o “rigor científico exige a separação” entre ambas, a conjuntiva serve para exemplificar que, neste tema, não atua a boa-fé apenas como recurso para a interpretação flexibilizadora da vontade das partes: também a integração das lacunas a ela se liga.

Isso porque, observa Giovanni Maria Uda, para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.

Assim sendo, na medida em que surjam dúvidas acerca dos termos empregados pelas partes contratantes, deverá o intérprete, além de guiar-se pela vontade dos contratantes, utilizar como parâmetro o critério da boa-fé, analisando se a conduta dos envolvidos no negócio jurídico consubstanciado no contrato está ancorada num procedimento leal e honesto.

Bem apropriada a posição de NALIN (2006, p. 139), para quem:

A boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, somada a princípios contemporâneos outros, dela derivados – transparência, confiança, equidade – sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.

O atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes. A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação. Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.

A adoção dos usos do lugar da celebração do contrato como critério interpretativo já constava do revogado art. 130 do Código Comercial, tendo sido

incluído tal dispositivo na parte geral dos negócios jurídicos, abrangendo tanto os contratos de natureza mercantil como os de natureza civil.

Quando as partes contratantes agem de um certo modo na execução de determinado contrato, como por exemplo, num contrato de distribuição, a imediata substituição de uma determinada mercadoria defeituosa, pelo fornecedor, ou mesmo a concessão de um prazo para o pagamento do preço das mercadorias adquiridas pelo distribuidor junto àquele, caracteriza-se uma prática útil à interpretação das declarações das vontades das partes, *uso* este que pode ser preexistente ao negócio jurídico entabulado, ou mesmo verificar-se na constância do pacto.

2 ANÁLISE DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A definição dos contratos de distribuição no direito brasileiro

O termo “contrato de distribuição” pode se referir a um gênero amplo que abarca todos os tipos contratuais de que um determinado empresário pode se utilizar para realizar o escoamento de sua produção. Há que se distinguir, destarte, entre um sentido lato e um estrito para tal expressão. No presente trabalho será abordado apenas o contrato atípico de distribuição com exclusividade, ou o contrato de distribuição *stricto sensu* como é denominado por alguns doutrinadores, ou, ainda de Concessão Mercantil/Comercial como é designado por outros.

Assim sendo, com foco no contrato de distribuição atípico, não será tratado no presente estudo da concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, sobre o que dispõe a Lei n.º 6.729, de 28 de novembro de 1979, a chamada Lei Ferrari, que foi alterada pela Lei n.º 8.132, de 26 de dezembro de 1990.

A nomenclatura que ora usamos, considerando as expressões contrato de distribuição e contrato de concessão mercantil como sinônimos, adota, neste particular, a orientação de Orlando Gomes e Paula Forgioni.

Aliás, GOMES (2008, p. 464 e 465), ao discorrer sobre o contrato de distribuição, registra seu entendimento de que o *distribuidor* é comerciante autônomo, cuja atividade, consistente na revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona. O autor aborda as questões inerentes à denominação, objeto, forma e caracterização do contrato de distribuição, nos seguintes termos:

O contrato de *distribuição* é denominado, na lei, *concessão comercial*. Adotada esta terminologia, ter-se-ia de chamar as *partes*, respectivamente, *concedente* e *concessionário*, mas como estes termos se empregam em relações jurídicas bastante diferentes, preferiu-se

chamá-las *produtor* e *distribuidor*. Melhor fora designar o produtor – vocábulo genérico – como *fabricante*, por isso que tem esta condição, basicamente no contrato de distribuição, o industrial que fabrica as máquinas, que realiza a fabricação, como se exprimiu o legislador. O fabricante é sempre uma *sociedade* proprietária da empresa. A outra parte, a *distribuidora*, é a pessoa física ou jurídica que se obriga a *revender* os produtos comprados ao industrial e, conforme o objeto da concessão, a prestar assistência técnica às máquinas revendidas.

Objeto do contrato é a *comercialização* dos bens produzidos e fornecidos pelo fabricante. Completa-se, não raro, com a obrigação de prestar assistência técnica e com a de usar a marca da fábrica.

Quanto à *forma*, exige-se que o contrato se celebre por instrumento particular, impraticável como seria, em face da complexidade da relação, o emprego da forma verbal. [...]

Quanto ao entendimento do autor no sentido de que a parte *distribuidora* pode ser uma pessoa física e de que quanto à *forma* impõe-se seja o contrato de distribuição necessariamente firmado por instrumento particular, inadmitindo-se a forma verbal, permitimo-nos discordar do consagrado mestre, porquanto pensamos que o contrato em comento é sempre um *contrato entre empresas*, o que pressupõe que as partes sejam pessoas jurídicas, ainda que de um lado se encontre um empresário individual.

Assim entendemos, pois a distribuição tem como característica do negócio a compra e venda de mercadorias, o que seria impossível de ser realizado senão através de uma empresa, inclusive e sobretudo pela questão tributária inerente à transação, que inviabilizaria a operação se o distribuidor fosse pessoa física. Sobreleva ponderar que no trecho da obra citada, na revisão do atualizador, o contrato de distribuição é caracterizado *pela atividade empresarial de revenda de bens*, posição que, salvo melhor juízo, corrobora a nossa forma de pensar. (grifamos)

Por outro lado, quanto à *forma*, nossa convicção é no sentido de que trata-se de um contrato não-solene, não havendo exigência legal de forma¹⁷, pelo que pode ser celebrado por escrito ou verbalmente, não obstante reconhecermos

¹⁷ “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

que a grande maioria dos contratos de distribuição é celebrada por escrito, dada a complexidade de seu conteúdo.

Os contratos em comento são instrumentos que agasalham uma política e estratégia de vendas uniforme e eficaz para toda uma rede de distribuição do produtor, e que emprestam a este último uma completa organização, além de uma perenização e fidelização no que diz respeito às relações entre fornecedor e revendedor integrantes da rede de distribuição.

A propósito, é necessário registrar nossa filiação ao entendimento doutrinário de que os contratos de distribuição *stricto sensu* não estão regulamentados no nosso ordenamento jurídico, de forma que se caracterizam em contratos complexos e atípicos, para cuja formulação jurídica se lança mão de vários elementos tomados por empréstimo a outros contratos típicos, sendo certo que o traço mais marcante de outro contrato neles encontrado, é o de compra e venda. Tal modo de pensar decorre, principalmente, das lições de Rubens Requião, Fábio Ulhoa Coelho, Paula Forgioni e Humberto Theodoro Júnior.

É inegável que atualmente há uma pujante controvérsia em torno da manifestação indireta decorrente da regulamentação do contrato de agência e distribuição pelo Código Civil, gerando acalorados debates que envolvem os mais renomados doutrinadores pátrios. Vale citar a posição de GOMES (2008, p. 464 e 465), em trecho com a RA (revisão dos atualizadores) Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a saber:

O Código Civil de 2002 não contribuiu para dirimir a confusão, por vezes feita, entre agência e distribuição. Ao contrário, designou como “distribuição” a modalidade de contrato de agência em que o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada, em depósito ou consignação, não transforma a agência no contrato de distribuição propriamente dito, caracterizado, como visto, pela atividade empresarial de revenda de bens, por conta e risco do distribuidor. Conclui-se que o contrato de distribuição previsto no Código Civil não se identifica com o tipo social do contrato de distribuição, o qual, não obstante vir tratado com o mesmo nome do tipo legal, possui características dele distintas. A distribuição, no sentido de *revenda de bens por conta e risco do distribuidor*, permanece contrato atípico no direito brasileiro, à exceção da

revenda de veículos automotores. É neste sentido, tecnicamente mais correto e mais relevante do ponto de vista prático, que a expressão vem empregada no presente capítulo.

Tal polêmica se instalou porquanto o Código Civil de 2002 adotou o *nomen iuris*¹⁸ de “contrato de agência e distribuição” para o contrato típico disciplinado pelos arts. 710 a 721, e por isso há quem considere ter sido unificado o regime jurídico do contrato de representação comercial, também denominado de contrato de agência por alguns, com o de concessão comercial que agora seria denominado de *distribuição*.

Essa unificação, entretanto, não ocorreu, o que se infere em função da completa diversidade de conteúdo e natureza que se verifica entre as duas modalidades negociais, pois enquanto a agência se desenvolve a partir da idéia da prestação de serviços: “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculo 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”, a distribuição, por seu turno, tem como característica fundamental a compra e venda continuada.

Nesse sentido é a lição de FORGIONI (2004, p. 111), para quem a diferença entre agência e representação comercial é “meramente terminológica e não substancial”:

À primeira vista, a polissemia do termo *distribuição* pode levar à conclusão de que os arts. 710 e seguintes do Código Civil teriam tipificado o negócio. Essa assertiva seria, contudo, incompatível com a natureza do contrato de distribuição (=concessão comercial), bem como com a nossa tradição doutrinária e jurisprudencial. A despeito 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 representante 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*

¹⁸Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Adriana Theodoro de Mello. ...*situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial*. In RT, vol. 825, p. 35;

Código, é uma espécie de agência; a distribuição comercial, de que tratamos neste trabalho (= concessão comercial), permanece atípica.

Colocadas essas breves considerações, é apropriado enunciar agora os atributos essenciais e específicos do contrato de distribuição, predicados estes que o tornam inconfundível com outros contratos.

A concessão comercial (contrato de distribuição *stricto sensu*) é um contrato 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.

Vários autores definem o Contrato de Distribuição. Uma boa abordagem é feita por CAMILO JÚNIOR, (2006, p.494):

O contrato de distribuição *stricto sensu* – objeto do presente texto – pode ser definido como aquele pelo qual um empresário, chamado concessionário ou distribuidor, exerce a atividade de revenda dos produtos disponibilizados por outro, comerciante ou industrial, denominado concedente, sob supervisão e com assistência deste último, em território determinado, com vantagens especiais (margem de preços; em geral exclusividade) e obrigações ligadas a formação de um mercado e a conquista de clientela (publicidade, assistência técnica, etc...) A revenda dos produtos pode se fazer diretamente ao consumidor, mas, em geral, é destinada aos comerciantes atacadistas e/ou varejistas.

O jurista paranaense Rubens Requião, lembra a definição proposta pelo Prof. Champaud, da Faculdade de Direito de Rennes, a qual tem sido muito aceita, inclusive pelos autores Buisson, Lagger e Tradeau de Marsac, que a consideram em França a mais completa. Definiu o Prof. Champaud o contrato de concessão comercial:

[...] como uma convenção pela qual um comerciante, chamado concessionário, coloca sua empresa de distribuição ao serviço de um comerciante, chamado concedente, para assegurar, exclusivamente, sobre um território determinado, durante um período limitado e sob a fiscalização do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe é

concedido (“La concession commerciale”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1963, pág. 471, n. 24) (REQUIÃO, 1988, p. 121)

Paula Forgioni, ressalta que desde o estudo pioneiro de Rubens Requião, na década de 70, a doutrina nacional vale-se da lição de Champaud para definir o contrato de distribuição, mas, antes de dar a conhecer uma proposta própria de definição, apresenta-se esquadrinhando a referência à “distribuição” nos arts. 710 e seguintes do Código Civil, asseverando que a resposta à indagação neste sentido, parece indicar que, à época da elaboração do texto, não estavam aclaradas, entre nós, as características do contrato de distribuição, que acabaram sendo consagradas pela prática, pela doutrina e pela jurisprudência. Ressalta, demais disso, que o artigo de Requião, iniciando a disseminação das idéias de Champaud entre nós, foi publicado na *Revista de Direito Mercantil* 7, no ano de 1972, e que a definição então entabulada era adequada à época em que foi talhada, quando as características essenciais do contrato de distribuição ainda não estavam sendo reconhecidas pela prática e pela doutrina.

Na seqüência, a consagrada jurista apresenta a sua proposta, não sem antes consignar seu entendimento de que chegou o momento de aceitar, no Brasil, uma nova definição de contrato de distribuição ou de concessão comercial, “que saliente suas características essenciais, consagrando o negócio que a prática e a jurisprudência consolidaram”, ressaltando ainda que a doutrina de Champaud é e sempre será de grande valia, mas que a realidade dos contratos de distribuição dos últimos quarenta anos nos autorizaria a delinear a figura diversamente, da seguinte maneira (FORGIONI, 2004, p. 116):

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

2.2 Características do contrato de distribuição

As principais características do contrato de distribuição são abordadas por diversos doutrinadores, dentre os quais Champaud, sendo que Paula Forgioni analisou uma a uma as principais que foram identificadas por aquele, esclarecendo inicialmente que chama indistintamente fabricante, fornecedor ou concedente, aquele que vende o produto para o distribuidor, concessionário ou revendedor, que por sua vez, o adquire com fins de revenda.

São sete as características apontadas por Champaud e analisadas pela precitada autora as quais serão nesta oportunidade apenas elencadas, a saber (FORGIONI, 2004, p. 57 a 63):

“(i) *O concessionário é um comerciante que negocia o bem profissionalmente e em caráter não eventual*: o que evidencia ser o contrato de distribuição um negócio comercial, empresarial.

(ii) *A aquisição pelo concessionário é efetuada para a revenda*: o distribuidor adquire o bem e revende-o, tirando seu proveito econômico do eventual lucro auferido, onde residiria a grande nota distintiva do contrato de distribuição, posto que o distribuidor não faz a intermediação ou agencia vendas, ao contrário do que ocorre com o representante comercial.

(iii) *Ao distribuidor é assegurado um monopólio de revenda*: também reconhecida como exclusividade territorial, característica esta que hodiernamente não acontece, porquanto no mais das vezes o fornecedor reserva-se o direito para indicar outro distribuidor na mesma área ou mesmo efetuar vendas diretas, o que, no entanto, não descaracteriza o contrato ora em estudo, conforme asseverado por Paula Forgioni, que lembra que nem a própria Lei Ferrari assegurou aos distribuidores de veículos automotores a exclusividade territorial.

(iv) *O monopólio de revenda refere-se a uma área determinada (zona, território ou setor de concessão):* característica necessária porque o mercado relevante possui *sempre*, como diz a autora, uma dimensão geográfica, sendo que num extremo, esta pode ser o mundo; em outro, um certo raio em torno da loja. Pode haver previsão contratual no sentido de que o distribuidor não pode atuar além dos limites do seu território, caracterizando a *reclusão do distribuidor*. Ademais pode ser previsto contratualmente que o distribuidor não será invadido por outros distribuidores da mesma marca ou pelo próprio fornecedor, quando estaria evidenciada a *exclusividade de atuação*.

(v) *Há uma integração do distribuidor a uma rede de concessionários:* esta característica apontada por Champaud também é questionada por Forgioni, com absoluta razão, posto que, como ressaltado, pode existir um distribuidor único, que inicia a comercialização de um produto estrangeiro no mercado brasileiro. Neste caso, é evidente que o contrato de distribuição existe ainda que não esteja inserido em uma rede.

(vi) *O distribuidor assegura a exclusividade ao concedente:* normalmente tal característica esta presente nos contratos de distribuição, mas é possível que o distribuidor não seja exclusivo, o que vai depender do grau de poder econômico e interesses de um e de outro contratante.

(vii) *O concedente possui um certo controle externo sobre o concessionário e sobre suas atividades:* também neste caso, trata-se de uma característica peculiar à maioria dos contratos de distribuição, mas é possível que dito controle externo esteja nas mãos do próprio distribuidor, como acontece com frequência em muitos dos contratos entre fornecedores e grandes varejistas, o que não desnatura o contrato de distribuição.”

THEODORO JÚNIOR e THEODORO MELLO (2007, p. 44, 45, 59 e 60) apontam com muita propriedade as seguintes características ao contrato de

concessão mercantil: a) contrato entre profissionais; b) contratos de integração; c) contratos com controle e dependência econômica; d) contratos de colaboração; e) contratos de duração e f) contratos por adesão, indicando também os requisitos necessários para a configuração jurídica do contrato de distribuição, conforme a seguir referido:

- a) um dos contratantes deve ser o *fabricante* e o outro o comerciante que se encarregará da revenda dos produtos do primeiro;
- b) entre as duas partes contratuais estabelece-se uma obrigação de compra e venda continuada, não eventual nem periódica. O contrato não é de execução instantânea, mas de execução contínua, no que se confunde com o contrato de fornecimento;
- c) o contrato de distribuição importa “vantagens especiais ao distribuidor”, pois se isto não existir, a relação será de compra e venda simplesmente;
- d) o produto comercializado deve ser efetivamente fabricado pelo concedente, pois, do contrário, haverá apenas revenda e não contrato de concessão;
- e) o produto vendido pelo concedente ao concessionário tem de ser destinado à revenda. Se fosse destinado ao consumo do distribuidor, o contrato seria apenas de fornecimento e não de distribuição;
- f) o distribuidor deve ter uma área geográfica delimitada para atuação, exclusiva ou não;
- g) a atividade econômica do distribuidor, embora seja de sua exclusiva responsabilidade, não pode fugir do sistema geral planejado pelo fabricante para padronizar e controlar a qualidade da rede de concessionários.

Tratando-se de um contrato atípico, e como não há regulamentação legal acerca dos direitos e obrigações inerentes, as partes têm liberdade para estipular as condições e fixar as normas contratuais de acordo com os seus interesses e necessidades, o que dependerá da situação fática enfrentada.

Assim sendo, é natural que cada contrato seja esculpido com as obrigações e os direitos que o fornecedor e o distribuidor entenderem apropriadas ao desenvolvimento de sua atividade econômica. As mais habituais foram previstas por FORGIONI (2004, p. 65 e 66), e que relacionamos logo a seguir, acrescidas de outras que reputamos usuais, a saber: (i) exclusividade do distribuidor; (ii) exclusividade do fornecedor; (iii) obrigatoriedade ou possibilidade de prestação de assistência técnica aos adquirentes, incluindo eventual treinamento de pessoal; (iv) obrigatoriedade de investimentos mínimos; (v) mandato ou empreitada para viabilizar o adimplemento da obrigação de garantia assumida pelo fornecedor; (vi)

obrigatoriedade de o distribuidor informar ao fornecedor dados sobre o mercado e as preferências dos adquirentes; (vii) obrigações de empreender ou participar das despesas efetuadas com publicidade; (viii) vendas casadas; (ix) licença de uso de marca; (x) determinação ou sugestão de preços de revenda; (xi) aquisição mínima de certa quantia de produtos; (xii) manutenção de estoque e/ou peças de reposição; (xiii) proibição de venda para terceiros com escopo de diminuir os efeitos ou evitar a comercialização paralela dos produtos distribuídos com cláusula de exclusividade; (xiv) prazo para pagamento dos produtos adquiridos pelo distribuidor; (xv) prestação de garantia real ou fidejussória pelo distribuidor; (xvi) anuência do fornecedor com a transferência de controle societário do distribuidor ou ingresso de novos sócios , classificando o contrato de distribuição como *intuitu personae*.

Contudo, ao entabularem contrato de distribuição, que é atípico, a despeito de terem as partes plena liberdade de dispor de seus interesses, podendo fixar suas obrigações, criar suas próprias regras tendo em conta as características dos seus respectivos negócios, deverão observar e respeitar as normas gerais dos contratos, dentre as quais se evidencia o atendimento à sua função social, além dos princípios inerentes ao direito contratual.

2.3 O contrato de distribuição como contrato entre empresas – regime jurídico – parâmetro interpretativo.

As atividades civis e comerciais têm natureza e características próprias, de tal sorte que o intérprete de um contrato levado a efeito entre empresas deve ter em conta o regime jurídico de regência da relação.

Nessa linha de pensamento vale citar o entendimento de BITTAR (2005, p. 3):

São comerciais os contratos que se celebram nas atividades mercantis, reunindo, de um lado, empresários entre si, em relações de cunho institucional ou associativo (criação de sociedades, formação de associações ou de grupos econômicos ou jurídicos), ou organizacional (definição da estrutura da empresa, de participações contratuais ou societárias e outras) e, de outro, os empresários com os fornecedores ou os utentes dos bens ou dos serviços oferecidos, em relações de caráter operacional (venda de bens, prestação de serviços, financiamentos, locações e outros negócios jurídicos cabíveis, em razão do gênero de atividade)

O Código Civil de 2002 promoveu a unificação do direito das obrigações, revogando o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916, de forma que o código comercial revogado foi substituído pelo Livro II da Parte Especial do novo Código, que trata do *direito de empresa*, de forma que restou parcialmente unificado o Direito Comum e o Direito Comercial.

Extinguiu-se a figura do *comerciante*, substituída que foi pela do *empresário*.

A unificação é parcial, já que o referido *direito de empresa* cuida do empresário e das sociedades empresárias, mas continuam sendo regidos por leis especiais o Direito Falimentar, os títulos de crédito e as Sociedades Anônimas, por exemplo.

Vigora, pois, um só diploma legal para aqueles que eram qualificados como contratos civis e comerciais, o que não implica dizer que o direito comercial/empresarial perdeu sua autonomia, pois a doutrina é quase unânime ao reconhecer a autonomia do direito empresarial mesmo diante da unificação legislativa.

A autonomia material do direito empresarial é tratada com a peculiar habilidade e objetividade por Fábio Tokars, que defende a existência de uma nova principiologia para o direito empresarial, fundada em dois pilares, quais sejam: o *incentivo ao empreendedorismo* e a *máxima tutela do crédito*, assim externando o seu entendimento (TOKARS 2007, p. 16):

O direito empresarial não pode ser concebido como um simples conjunto de normas de caráter técnico. Há uma evidente função econômica na sua aplicação, que infelizmente tem sido esquecida em diversas situações. O Direito empresarial é essencialmente um instrumento de política econômica.

Para que o Estado possa implementar sua política social, o primeiro passo é a criação de um ambiente econômico que propicie a geração de empregos. Se o ordenamento jurídico não oferecer um nível razoável de segurança aos empreendedores e investidores, inviabiliza-se qualquer política social por ausência de substrato econômico.

Para além da proteção aos empreendedores (que parte da redução de seus riscos pessoais), há a necessidade de se estruturar um ordenamento jurídico que torne eficiente a tutela do crédito. Se não houver uma proteção satisfatória neste campo, os custos sociais do crédito (juros) tornam inviável a estruturação e o alavancamento da atividade empresarial, fato que também bloqueia a geração de empregos.

Tais são as linhas mestras a serem seguidas na interpretação do direito empresarial para que sua função sócio-econômica seja alcançada. Linhas mestras que se convertem em princípios hermenêuticos. Princípios que revelam a autonomia material do direito empresarial no contexto do direito privado brasileiro.

Assim, ainda que não mais se verifique a autonomia formal do direito empresarial, seus princípios regentes autorizam a conclusão no sentido da preservação da autonomia material deste ramo do direito.

Seguindo esse raciocínio, é natural que a interpretação de um contrato de distribuição, que é firmado entre empresas, tenha como base a ordem econômica constitucionalmente prevista, o que é ressaltado por BITTAR (2005, p. 5):

De fato, o regime jurídico dos contratos comerciais compõe-se, de início, de normas de ordem pública, ditadas a partir de princípios e de postulados que inspiram o ordenamento privado e à luz das balizas postas pela Constituição vigente quanto à ordem econômica (arts. 170 e segs.). Disposições codificadas e de diplomas apartados do Código; normas de cunho administrativo e ético e orientações jurisprudenciais e doutrinárias complementam a complexa estruturação jurídica das atividades comerciais, com reflexos diretos sobre a contratação privada, dada a intensa intervenção estatal no âmbito comercial. Outrossim, prescrições ditadas pela vontade das partes, dentro da autonomia privada, fecham o circuito regulador dos contratos, dentro do poder reconhecido às pessoas para a auto-regulação de suas relações negociais, respeitados sempre os limites próprios. Por fim, na conciliação concreta do sistema, deve-se observar a regra da especificidade, sempre que exista disposição própria, envolvendo-se no mais para o direito comum a interpretação.

No novo Código Civil verificamos regras gerais ligadas à interpretação dos negócios e dos contratos em poucos artigos, notadamente no art. 112, que destaca a preponderância da intenção consubstanciada nas declarações sobre o

sentido literal da linguagem; no art. 113, cujo comando estipula que para os negócios jurídicos em geral, deve imperar a interpretação conforme a boa-fé e os usos e costumes; no art. 114, que trata da interpretação restritiva para a renúncia; no art. 157 que aborda o instituto da lesão; no art. 421, que condiciona a liberdade de contratar à função social do contrato; no art. 422, que vez mais impõe a boa fé para os contratantes; no art. 423, que encaminha a interpretação a favor do aderente e no art. 424, o qual proíbe a renúncia a direito decorrente da natureza do negócio por parte do aderente.

A intenção das partes, ou seja, a “vontade objetiva” evidencia o subjetivismo que carrega o art. 112 do Código Civil, exigindo do intérprete um grande esforço para o desempenho de seu mister, mas é certo que trata-se de um princípio, sendo que a vontade a ser considerada é a “comum”.

A boa-fé objetiva que deve nortear as partes no contrato de distribuição está ligada umbilicalmente aos usos e costumes empresariais, aos *Standards* comportamentais esperados do empresário ativo e probo, de forma a ensejar a objetivação da conduta esperada, permitindo a confiança no contrato, aumentando o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado.

A função social do contrato, que está positivada na Constituição Federal de 1988 e prevista no art. 421 do Código Civil deverá ser o norte do intérprete do Contrato de Distribuição e constitui, a nosso ver, um grande desafio ao efeito de acelerar o processo evolutivo de interpretação/aplicação do direito.

A esse respeito, oportuna, vez mais, a lição de TOKARS (2007, p. 227):

Já no campo da função social dos contratos realizados entre empresários, deve-se conceder segurança jurídica a ambas as partes, como mecanismo de garantia de maior segurança na atividade de concessão de crédito, fato necessário ao bom desenvolvimento de nossa economia.

[...]

De qualquer forma, defendemos que haja um questionamento mais profundo sobre o claro movimento de reforma dos preceitos gerais do direito contratual, no qual é voz comum o pleno afastamento do princípio da força vinculante dos contratos. Faz-se necessária a percepção de que o contrato realizado entre empresários tem natureza diversa da das relações de consumo, devendo ser fixadas premissas próprias de interpretação e aplicação, sob pena do desvirtuamento da função social desta modalidade contratual, em clara ofensa ao disposto no art. 421 do Código Civil.

Assim sendo, somente o tempo nos dirá, através de sólida jurisprudência, que a inovação trazida pelo art. 421 teve o condão de modificar a realidade jurídica.

Deste modo, ante a conclusão de que o direito empresarial mantém sua autonomia, mesmo após a unificação do tratamento legislativo, podemos afirmar que em relação aos contratos interempresariais, como o de distribuição, o Código Civil baliza as relações contratuais com os princípios da boa-fé e da função social do contrato, prevendo também regras especiais para os contratos de adesão, reconhecendo a vulnerabilidade do aderente, transferindo o eixo central do direito privado dos códigos para a constituição, na chamada constitucionalização do direito civil.

Implica dizer que o tratamento oferecido aos contratos realizados entre empresas não se encontra em consonância com a atualidade, seja por não adotar um modelo legal adequado, seja por não observar as peculiaridades desse tipo de contratação.

E não há dúvida de que o contrato de distribuição atípico estabelece entre as partes envolvidas uma cooperação empresarial, ou seja, uma parceria, como asseverado por BORGES (2004, p. 96):

Em verdade, a cooperação empresarial no caso específico do contrato de distribuição, bem como nos demais contratos que integram o sistema de distribuição comercial, reside no fato de o fabricante distribuir seu produto sem qualquer ônus e de o distribuidor comercializar um produto com nome já conhecido no mercado. Dessa forma, ainda que independentes

juridicamente, as partes de um contrato de distribuição estabelecem entre si uma interdependência econômica própria das parcerias empresariais.

O contrato de distribuição, que continua atípico não obstante a sua evidente importância no contexto econômico, é exemplo apropriado para evidenciar a carência de tratamento legal específico a seu respeito, impondo-se, atualmente, a sua interpretação à luz dos textos legais em vigor, notadamente das cláusulas gerais constantes do Código Civil e utilizáveis na regulamentação dos contratos, bem como, sobretudo, dos princípios constitucionais.

2.4 O contrato de distribuição como contrato atípico

Nos primórdios do Mundo Romano, o formalismo não admitiu a existência de contratos inominados (ou atípicos), que ficaram à margem da proteção jurídica.

Contudo, como explica Álvaro Villaça Azevedo, ao por em foco a importância na distinção entre contrato típico e atípico e a limitação da liberdade contratual, “quando os romanos sentiram que os problemas socioeconômicos clamavam por justiça, escudados no princípio da equidade, acobertaram com o manto do Direito os *negotia nova*. Na sequência o autor conclui que (AZEVEDO, 2004, p. 146):

O reconhecimento dos contratos inominados entre os romanos, consoante já referido, foi uma conquista na época, dada a apontada rigidez com que se oferecia esse primitivo sistema contratual.

Todavia, não podemos esquecer que essa conquista transmudou-se até nossos dias, pois vemos, hoje, não somente uma divisão contratual fria e sem significado, mas com sentido de acompanhar o desenvolvimento do progresso dos povos.

Há que ver-se essa distinção não pelo simples ângulo de figurarem ou não, com nome na lei, os contratos, mas pelo reconhecimento da existência dessas categorias contratuais, que devem ser cogitadas e reguladas pelo Direito positivo de cada nação, para que não fiquem suas sociedades à mercê das cogitações doutrinárias.

As relações jurídicas permeiam a vida dos homens desde os primórdios, de forma que as regulamentações legais de tais relações se efetuam bem depois do seu aparecimento, sendo certo que a atuação dos homens cria, modifica e extingue os fenômenos jurídicos.

Onde está a sociedade, está o direito e as necessidades socioeconômicas são determinadas pelo progresso, de forma que os usos e costumes que orientavam os primeiros contratos, com o passar do tempo, foram consolidando as mais diversas formas contratuais.

Como bem anota AZEVEDO (2004, p.126 e 127):

Com o passar do tempo, os usos e costumes foram sedimentando certas formas contratuais, as quais a sociedade preferiu e tornou tradicionais. Pelo surgimento dessas contratações, fizeram-se necessárias normas de conduta humana, que, por sua complexidade, reclamaram uma regulamentação sistemática, que veio sendo aperfeiçoada até nossos dias. Com essa transformação constante, nasceram as várias espécies de contrato até a época moderna, fixando-se, com suas normas, no direito positivo dos vários países, existindo, ainda, infinitas formas contratuais, clamantes por regulamentação, que são impossíveis, mesmo em sua grande gama, de regularem-se, porque se confundem com a própria vida, em constantes mutações.

[...]

A liberdade no âmbito contratual revolucionou os meios jurídicos, e foi responsável, ainda, pelo desaparecimento dos formalismos exagerados vindos dos romanos. A liberdade de contratar abriu novos horizontes aos indivíduos, que iniciaram a criação de inúmeros contratos, nos moldes de suas necessidades atuais, aumentando o elenco de convenções inéditas, ao lado dos contratos tradicionais, que chegaram até nós por meio da mencionada depuração pelo tempo, sedimentando-se no ordenamento jurídico positivo, com regulamentação particular.

Essas novas figuras contratuais, que vão nascendo nas necessidades apontadas, reclamarão, a seu tempo, uma regulamentação legislativa sistemática e peculiar.

Com efeito, é consabido que na elaboração de um contrato as partes têm total liberdade de dispor de seus interesses, como melhor lhes aprouver, tendo em conta, naturalmente, os princípios e regras que regem os contratos e, quando tal ajuste não se enquadra em nenhuma das figuras contratuais previstas pelo Código ou pela legislação extravagante, estarão diante de um contrato atípico, como é o caso do contrato de distribuição ora em comento.

A propósito, o entendimento de RODRIGUES (2006, p.36 e 37), que assevera:

Contratos nominados ou *típicos* são aqueles a que a lei dá denominação própria e submete a regras que pormenoriza. Inominados ou *atípicos*, são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico.

Contudo, a referida liberdade (autonomia privada) concedida às partes para que disponham de seus interesses, está condicionada a certos princípios de convivência subjetiva, ou seja, normas gerais do Código Civil, das quais o intérprete terá que fazer uso para a interpretação e integração do pacto, conforme impõe o art. 425 do Código Civil.

Portanto, quando a disciplina jurídica de um contrato vem estabelecida numa lei específica (legislação extravagante) ou mesmo no Código Civil, diz-se que o contrato é típico. Já quando os contratos não possuem estrutura de direitos e obrigações especificadas em lei, a esses contratos se dá o nome de atípicos.

A importância do assunto em comento está ligada à interpretação e integração do contrato, pois se as partes firmarem um contrato típico, a sua interpretação se fará pela disciplina jurídica constante da lei (legislação extravagante ou Código) e, mesmo que se verifique eventual omissão no pacto, haverá uma integração do que foi ajustado, através das normas supletivas ou dispositivas previstas no texto legal.

Já nos contratos atípicos, a missão do intérprete é mais difícil, pois terá que valer-se das normas gerais do Código Civil para a interpretação e integração do pacto, conforme imperativo constante do art. 425, o que exige uma compreensão plena da regra insculpida no art. 112 do Código Civil. É por isso que a celebração de um contrato atípico como o de distribuição, por exemplo, impõe às partes o cuidado de elaborar com minúcias o conteúdo das cláusulas contratuais, pois na solução de eventual controvérsia entre os contratantes, o julgador terá de invocar, no suprimento do conteúdo das cláusulas próprias, os princípios gerais do direito contratual aplicáveis, ou mesmo os princípios legais relativos ao contrato típico mais próximo.

Orlando Gomes, na sua obra clássica, ao tratar dos contratos atípicos e coligados, condena a inserção de figuras atípicas no esquema de contratos típicos, recurso utilizado por muitos juízes, esclarecendo que (GOMES, 2008, p. 119, 125):

No direito moderno, é facultado ao sujeito de direito criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei. Desfrutam, numa palavra, a *liberdade de contratar* ou *de obrigar-se*.

As relações econômicas habituais travam-se sob as *formas jurídicas* que, por sua *freqüência*, adquirem *tipicidade*. As espécies mais comuns são objeto de regulamentação legal, configurando-se por traços inconfundíveis e individualizando-se por denominação privativa. É compreensível que a cada forma de estrutura econômica da sociedade correspondam espécies contratuais que satisfaçam às necessidades mais instantes da vida social. Em razão dessa correspondência, determinados *tipos* de contrato preponderam em cada fase da evolução econômica, mas outros se impõem em qualquer regime, embora sem a mesma importância. Esses tipos esquematizados pela lei chamam-se contratos *nominados* ou *típicos*. Os que se formam à margem dos *paradigmas* estabelecidos – como fruto da *liberdade de obrigar-se* – denominam-se contratos *inominados* ou *atípicos*. A expectativa dos litigantes de que as sentenças sejam fundadas em artigos de lei leva os juízes a forçar a inserção de figuras atípicas no esquema de contratos típicos, em vez de recorrerem aos princípios gerais do direito contratual. Essa tendência manifesta-se a pretexto de resguardar a certeza do direi

O novo Código civil, ao tratar da formação dos contratos, prevê a situação, registrando que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais nele fixadas, conforme se lê no art. 425, dentre as quais se

destaca o atendimento à sua função social, bem como os princípios de probidade e boa-fé insculpidos nos arts. 421 e 422 do mesmo diploma.

Mas não é apenas o atendimento às regras gerais como determinado pelo citado artigo 425 que garante a ausência de dúvidas na interpretação do ajuste atípico entre as partes, valendo, neste particular, lembrar que a interpretação também se orienta (i) pelas regras gerais comuns a todos os contratos (ii) pela vontade das partes, conforme o que se afirmou ou foi declarado, tendo em conta a boa-fé objetiva; e (iii) pelas disposições aplicáveis ao contrato típico mais próximo.

O contrato de distribuição, como contrato atípico que é, subordina-se, pois, às regras gerais do Direito Contratual, tanto as que governam os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as inerentes as obrigações e, sobretudo os princípios contratuais constantes do nosso ordenamento jurídico.

A esse respeito, encontramos a lição de GOMES (2008, p. 125), com revisão do atualizador:

Os *contratos atípicos* subordinam-se às regras gerais do Direito Contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações. Têm irrecusável aplicação nos contratos atípicos, mas, evidentemente, não bastam. Regras particulares são necessárias. Como não estão previstas especialmente na lei, cabe ao juiz procurá-las, utilizando-se de um dos métodos propostos pela doutrina. Via de regra, a tarefa é facilitada pelas próprias partes. O problema simplifica-se, com efeito, pelo emprego corrente do *princípio de autodisciplina* dos contratos. Os estipulantes de um contrato atípico costumam regular mais explicitamente seus efeitos, porque sabem que inexistem regras supletivas de sua vontade. Além disso, os usos que se vão formando, se não adquirem, para logo, o valor de fonte normativa, auxiliam o intérprete e o aplicador do Direito. Por fim, o princípio da boa-fé, em sua função criadora de deveres jurídicos, também desempenha importante papel na determinação dos efeitos dos contratos atípicos.

Sobre o assunto, e mais especificamente em relação ao contrato de distribuição, Claudinei de Melo manifestou seu entendimento (MELO, 1987, p. 39):

A tipicidade de um contrato, segundo a doutrina mais conservadora, advém da sua regulamentação legal, sendo atípicos, portanto, todos os contratos não previstos em lei, mesmo que consagrados pelas práticas sociais. De acordo com essa concepção o contrato de

distribuição é atípico, no direito brasileiro, pois não há lei que o regule, e assim deverá ser considerado após a conversão do Projeto de Código Civil em lei, visto que ali não se contém qualquer disposição a regulá-lo.

A nosso ver, entretanto, a tipicidade de um contrato não se adstringe à sua previsão legal, mas decorre da formulação que permita distingui-lo de quaisquer outros tipos contratuais. Na medida em que um contrato possa ser perfeitamente indetectável, por requisitos próprios e específicos, que o tornem distinto e inconfundível com qualquer outro tipo contratual, e ainda que não regulado em lei, mas garantido pelo direito, ele é típico. É a tipicidade de fato, e não de direito.

Quando foi tratado acerca da definição dos contratos de distribuição no direito brasileiro, item 2.1 supra, restou evidenciado o entendimento de que os contratos de distribuição não estão regulamentados no nosso ordenamento jurídico, de forma que se caracterizam em contratos complexos e atípicos.

Assim sendo, está o contrato de distribuição submetido ao art. 473 do Código Civil que dispõe:

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

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

Aliás, a hipótese tratada no precitado artigo é bastante comum em contratos de distribuição, onde o fornecedor/fabricante promove a rescisão unilateral, mediante denúncia notificada ao distribuidor.

O citado artigo contém dois termos vagos, quais sejam: *investimentos consideráveis* e *prazo compatível*.

Acerca da interpretação de normas ou tipos normativos abertos, cujos termos são caracterizados por vagueza comum, encontra-se importante lição na obra de Jorge Tosta, cujo manual de interpretação do Código Civil contém estudo das normas de tipo aberto e os poderes do juiz, ressaltando o autor que os termos

vagos dos conceitos jurídicos, permeados pela chamada *vagueza comum*, são aqueles preenchíveis mediante regras de experiência, sem recurso a valorações. Esclarece ainda o autor que tais regras podem estar relacionadas com a sabedoria popular, com a arte, com a técnica, com o exercício das profissões, com as atividades comerciais e econômicas, concluindo que (TOSTA, 2008, p. 34):

Avulta aqui, indubitavelmente, a própria vivência do juiz e a sua experiência adquirida ao longo do exercício da judicatura, a partir da análise reiterada de casos. A arte de julgar é um dom que se refina dia-a-dia e melhor qualifica o processo interpretativo-subsuntivo, em especial no que respeita à concreção judicial nas normas caracterizadas por *termos vagos*.

É intuitivo, no entanto, que, na aplicação das *regras de experiência*, a vivência pessoal e profissional do juiz pode ser suprida por meio do recurso à *pesquisa* de casos ou situações ocorridas de forma reiterada, temperada com uma dose de *bom senso*.

Acerca da disciplina jurídica inerente aos contratos atípicos, oportuna a posição de Francisco Paulo De Crescenzo Marino (MARINO, 2006, p. 26 e 27), que ressalta a existência de quatro teorias:

Diversas teorias têm sido propostas a fim de determinar a disciplina jurídica dos contratos atípicos. Em apertada síntese, *teoria da absorção* preconiza a identificação de um tipo de referência predominante, cuja disciplina será aplicada para regular o contrato atípico. Atentando para a inexistência, em todos os casos, de um tipo claramente predominante, a *teoria da combinação* prescreve a combinação da disciplina dos diversos tipos de referência. A *teoria da analogia*, por sua vez, entende os contratos mistos como unidades e não meras somas de grupos de normas, sustentando que as regras pertinentes a tipos de referência somente podem ser aplicadas por analogia. Por fim, a *teoria da criação* prevê, à falta de um tipo de referência e na hipótese de não ser possível a analogia, a criação de uma solução concreta, através da interpretação complementadora, com base nos princípios e cláusulas gerais tais como a boa-fé e a equidade.

As quatro teorias acima expostas não são mutuamente excludentes. Será possível aplicar ao caso concreto qualquer uma delas, recaindo a escolha naquela que melhor se adaptar à natureza e à estrutura do contrato atípico em concreto. Parece possível, não obstante, apontar a maior aptidão das teorias expostas para disciplinar algum ou alguns dos subtipos de contratos atípicos. Assim, para regular os *contratos atípicos puros* a *teoria da criação* parece a mais apta, vez que nestes não há (ou não é possível identificá-lo) um tipo de referência cuja modificação ou combinação tenha originado o contrato atípico. Os contratos atípicos *mistos de tipo modificado*, a seu turno, permitem a identificação de um tipo de referência razoavelmente nítido, cuja disciplina jurídica, *a priori*, deverá ser aplicada. A *teoria da absorção*, então, parece a mais adequada para os regular. Contudo, ainda neles pode haver espaço para a *teoria da criação*, no que diz respeito a prestações atípicas. No que toca aos *mistos de tipo múltiplo*, pode-se aplicar, conforme o caso, a *teoria da combinação* ou a da *criação*. De se notar, por fim, que a *teoria da analogia* fornece a base para a aplicação das normas dos tipos

de referência, seja mediante absorção ou combinação. Com efeito, a doutrina atual entende de modo pacífico que a aplicação das referidas regras não é direta, mas analógica.

Sempre que o tipo de referência não fornecer solução adequada para o problema concreto, deve-se recorrer às demais fontes de regulação. As fontes de regulação comumente apontadas são: (i) regras livremente estipuladas pelas partes (a chamada “vontade das partes”); (ii) regras e princípios gerais reguladores do negócio jurídico, das obrigações e dos contratos em geral; (iii) normas dos tipos contratuais de referência; (iv) aplicação do princípio da boa-fé objetiva; e (v) usos (em função interpretativa e integrativa). A jurisprudência brasileira adota posição semelhante.

Esclarece o autor, demais disso, que no âmbito dos contratos atípicos, o princípio da boa-fé objetiva, previsto nos arts. 113 e 422 do Código Civil, assume papel de grande importância, assim como também os usos assumem papel de grande relevo, principalmente nos casos de contratos atípicos porém *sócio-jurisprudencialmente típicos*, como o são os contratos de distribuição.

Como se viu, o contrato de distribuição, segundo proposta de definição delineada por Paula Forgioni, tem, entre várias de suas características, o de ser um contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto.

Diante disto, para determinar-se a disciplina jurídica dos contratos de distribuição, de acordo com a ótica de MARINO, a de maior aptidão seria a *teoria da absorção*, conjugada com as demais fontes de regulação retro apontadas.

Por fim, importa destacar a abordagem que o autor faz do art. 425 do Código Civil, com a qual concordamos (MARINO, 2006, p. 28):

Não foi feliz a redação do art. 425 do Código Civil, o qual dá a entender que somente “as *normas gerais fixadas neste Código*” são aplicáveis aos contratos atípicos. A menção a “normas gerais fixadas neste Código” não deve induzir a afastar a aplicação analógica, quando possível, das *normas reguladoras dos tipos de referência*, de papel fundamental para o regime dos contratos atípicos, bem como das demais fontes de regulação apontadas.

2.5 A extinção do contrato de distribuição

O término da relação entre o fornecedor e o distribuidor é uma das questões jurídicas mais controvertidas do contrato de distribuição.

As reflexões que seguem, acerca da extinção dos contratos em geral, aplicam-se, *mutatis mutandis*, ao contrato de distribuição *stricto sensu* objeto da presente pesquisa.

O contrato, que tem a característica da transitoriedade, ou seja, nasce para se extinguir depois de realizar o interesse visado pelas partes contratantes, é a principal fonte das obrigações e caracteriza-se em negócio jurídico bilateral, extinguindo-se quando na origem há impossibilidade absoluta ou invalidade (causas concomitantes, entre as quais estão a nulidade, a anulabilidade, a redibição e o abuso de direito), ou na medida em que ocorreu uma causa superveniente, que destrói os seus efeitos e, com isso, extingue a própria relação originária (causas supervenientes).

Ricardo Luis Lorenzetti, ao tratar da extinção do contrato, registra o seu entendimento quanto às causas (LORENZETTI, 2004, p. 573):

Los casos que hemos estudiado a lo largo del capítulo pueden ser examinados desde la perspectiva de uno de sus efectos: el extintivo.

Las causas por las cuales um contrato se extingue son:

- La revocación.
- La rescision unilateral o bilateral (distracto).
- La resolución.
- La imposibilidad de cumplimiento.
- El agotamiento del plazo extintivo.
- La muerte del deudor

Percebe-se não haver uma teoria uniforme acerca das causas extintivas contratuais, mas os doutrinadores se referem a causas anteriores, contemporâneas e supervenientes à formação contratual.

Neste sentido vale lembrar a posição de Maria Ligia Coelho Mathias e Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, que abordam a questão inerente à extinção dos contratos nos seguintes termos (MATHIAS e DANELUZZI, 2008, p. 60):

O contrato, na qualidade de negócio jurídico, é, portanto, um fato jurídico, o qual, por sua vez, vem a ser um acontecimento que produz efeitos jurídicos, em razão do qual nascem, se modificam, subsistem e se extinguem relações jurídicas, também cumpre esse caminho, originando-se na convergência de vontades até sua execução ou extinção sem cumprimento ou durante o seu curso.

Daí, embora não haja uma teoria uniforme acerca das causas extintivas contratuais, podemos asseverar, com fulcro na clássica doutrina, que existem causas anteriores, contemporâneas e supervenientes à formação contratual, seguindo a natureza dos próprios negócios jurídicos.

Diante disso, podemos apresentar as formas básicas de extinção contratual: a) extinção normal dos contratos; b) extinção por fatos anteriores ou contemporâneos à formação; c) extinção por fatos posteriores ou supervenientes à formação; d) extinção por morte de um dos contratantes.

Para as autoras, a extinção normal dos contratos ocorre com o cumprimento da obrigação entabulada, como, por exemplo o escoamento do prazo assinalado pelas partes. Lembrem, apropriadamente, que o plano eficaz do contrato restou ampliado pelo princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato (arts. 187, 421 e 422 do Código Civil), posto que mesmo após a extinção da avença, são produzidos efeitos. De fato, como reza o art. 422, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A extinção por fatos anteriores ou contemporâneos à formação do contrato, por seu turno, diz respeito à nulidade (absoluta), como nos casos de ausência de elementos essenciais à formação do vínculo obrigacional, o que se caracteriza, por exemplo, quando o negócio jurídico é praticado por pessoa absolutamente incapaz, sem a devida representação; ou nulidade (relativa) que se evidencia quando, por exemplo, um negócio jurídico é praticado por relativamente incapaz sem a devida representação. Também a condição resolutiva (arts. 475 e 476 do Código Civil), é elencada como causa extintiva contemporânea à formação do

contrato, assim como também o é o direito de arrependimento de que trata o art. 420 do Código Civil.

O Código Civil, no Livro III, Título I, Capítulo V, art. 166¹⁹ e seguintes, trata das causas de extinção do negócio jurídico por invalidade, ao passo que no Capítulo II do Título V (arts. 472 a 480), cuida dos casos de extinção do contrato posteriores à sua celebração, e entre eles arrola o distrato, a rescisão unilateral, a resolução por inadimplemento e a resolução por onerosidade excessiva. Ocorre também a extinção do contrato pela execução, com o cumprimento de todas as obrigações contratuais.

Como o cerne do presente trabalho está na denúncia do contrato de distribuição, trataremos a seguir apenas dos casos de extinção do contrato posteriores à sua celebração.

Entre os fatos posteriores, ou supervenientes, estão os resultantes da vontade das partes, de ambas ou de apenas uma delas, como acontece na rescisão, que compreende o distrato, que é bilateral, e a rescisão unilateral, que se evidencia nas modalidades de revogação, desistência, denúncia, arrependimento, renúncia ou resgate, ou, ainda, pela resolução, que é um meio defensivo contra o inadimplemento ou em face da onerosidade excessiva.

Importa abordar que a denominação *rescisão do contrato*, é tradicionalmente usada na prática forense para as ações destinadas à extinção do contrato, mas tecnicamente não é indicada assunto que é polêmico entre os doutrinadores.

¹⁹ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Em síntese, a *resilição* pode ser exercida de modo bilateral ou unilateral. Na bilateralidade há o distrato, sendo que a unilateral é exercida por meio de declaração de vontade de uma só das partes, e isto nos contratos de trato sucessivo pactuados sem prazo determinado. Neste caso (unilateral) a manifestação poderá ter seus efeitos suspensos, se uma das partes houver feito investimento vultoso, e não ter transcorrido prazo hábil para a recuperação daquele.

A *resolução*, de outra parte, visa por fim ao contrato diante do incumprimento de uma das partes e pode ser utilizada nas hipóteses de inadimplemento, de mora, de cumprimento inexato e de quebra antecipada do contrato. Importante registrar que a resolução pode verificar-se por inexecução voluntária do contrato, relacionada com o ilícito contratual, evidenciando-se a culpa pela inexecução da avença, sendo certo que o inadimplente estará sujeito à indenização por perdas e danos, que abará dano emergente e lucro cessante (Código Civil, arts. 389 e 475). Também pode caracterizar-se a resolução de um contrato, por inexecução involuntária do mesmo, o que decorre de fatos não desejados ou alheios à vontade dos contratantes, provenientes de caso fortuito ou de força maior, conforme previsto no art. 393 do Código Civil. Por último, convém registrar a resolução por onerosidade excessiva, assunto disciplinado nos arts. 478 a 480 do Código Civil

Enzo Roppo (ROPPO, 1988, p. 254), afirma que “A resolução do contrato, em geral, pode acontecer por três causas: quando a prestação devida por uma parte se torna impossível, quando a prestação devida por uma parte se torna excessivamente onerosa e quando a prestação devida por um dos contratantes não foi (exactamente) cumprida”.

Importante fazer sobressair que a *resolução* encontra limites quando for possível purgar a mora e também nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Ademais, também há limites para a resolução ante a teoria do inadimplemento substancial.

A extinção dos contratos de distribuição se opera, comumente, por expiração do prazo convencional, ou por resolução motivada por inadimplemento de qualquer das partes, podendo ainda ocorrer a rescisão unilateral (denúncia) na hipótese de contrato por prazo indeterminado.

O certo é que a extinção dos contratos de distribuição ocorre, no mais das vezes por denúncia imotivada, o que enseja o surgimento de questões complexas e de grande importância e que ao longo dos anos têm sido submetidas à apreciação do Judiciário, notadamente porquanto no mais das vezes o rompimento das relações negociais parte do fornecedor, que goza de maior poderio econômico e pode se dar ao luxo de rescindir o contrato sem sofrer grandes alterações em sua estrutura empresarial nem sacrificar o resultado de sua atividade econômica.

Ao tratar da extinção do contrato de distribuição, Paula Forgioni introduz o assunto com as seguintes ponderações (FORGIONI, 2004, p. 448 e 449):

A prática dos contratos de distribuição demonstra que a sua extinção é geralmente ligada a eventual abuso da parte que goza de maior poderio econômico. Partindo dessa ótica, devemos considerar que o rompimento unilateral do contrato possui uma *dimensão interna*, relacionada à ligação entre fornecedor e distribuidor, bem como uma *dimensão externa*, que leva à análise dos impactos do ato sobre a concorrência.

As razões que o [sic] impelem o agente econômico ao rompimento unilateral do contrato de distribuição podem ser as mais variadas²⁰, por exemplo, visar à manutenção da sua reputação, liberando-se de um distribuidor desidiioso ou eliminar *free riders* que incitam o não-investimento pelos demais revendedores. Mas, concomitantemente, a denúncia pode significar uma retaliação contra aquele que não aderiu a um plano anticoncorrencial ou recusou-se a seguir determinações que lhe seriam prejudiciais. Ademais, o fornecedor pode pretender tomar para si ou para outrem o mercado conquistado pelo distribuidor.

Constata-se, entretanto, que não há no nosso ordenamento jurídico nenhuma regra acerca da extinção do contrato de distribuição, o qual permanece legalmente atípico como vimos. É certo, ademais, que tal contrato pode ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado e em qualquer destas formas de

²⁰ Esclarece a autora que, à vista da realidade brasileira, tomou por premissa que a parte que denuncia o contrato, geralmente, é o fornecedor. Não obstante, esclarece que as observações que fez no capítulo em questão, podem e devem ser aplicadas, *mutatis mutandis*, aos casos em que a ruptura é operada pelo distribuidor.

contratação está presente a temporariedade, posto que mesmo quando firmado por tempo indeterminado, a avença fica sujeita à denúncia unilateral sendo que qualquer dos contratantes pode desvincular-se, já que não se admite a imposição de obrigações eternas.

Ressalte-se que em muitos casos, o rompimento unilateral de um contrato de distribuição pode levar o distribuidor à falência, acaso o seu grau de dependência econômica em relação ao fornecedor seja muito elevado.

Há, portanto, reflexos e conseqüências da extinção, o que será abordado a seguir.

2.6 Denúncia imotivada do contrato de distribuição celebrado por prazo indeterminado

Quando se fala em denúncia imotivada, vem à baila o termo *resilição*, porquanto é como restou designado o modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos contratantes. Trata-se de termo de origem francesa e adotado pelo legislador brasileiro de 2002, conforme consta do art. 473 do Código Civil, o qual, resta vez mais transcrito, para maior elucidação:

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

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

São vários os fundamentos da faculdade de resilir, sendo que a natureza do poder de resilir unilateralmente o contrato não sofre contestação, como adverte Orlando Gomes, ressaltando o autor que se trata de um *direito Potestativo*,

externando seu entendimento acerca da rescisão unilateral nestes termos (GOMES, 2008, p. 223 e 224):

O fundamento da faculdade de rescindir varia conforme a modalidade do contrato. Na *rescisão unilateral dos contratos por tempo indeterminado*, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, que se reservaram a faculdade de, a todo tempo, rescindir o contrato. O fundamento do poder de rescindir seria, assim, a vontade presumida das partes. Outras vezes, o contrato distingue-se pelo elemento *fiduciário* que encerra, de modo que só subsiste enquanto existe confiança de uma parte na outra. Justo que a lei autorize sua rescisão pelo contratante que a perdeu. Por último, os próprios sujeitos reservam-se o direito, uma vez que se sujeitem ao pagamento de multa prevista especialmente para esse fim. Em todas essas hipóteses, embora a *ratio legis* da autorização para rescindir unilateralmente seja diferente, justifica-se o poder que a lei confere aos contratantes.

Nos *contratos por tempo indeterminado* a rescisão unilateral é o meio próprio de dissolvê-los. Se não fosse assegurado o poder de rescindir, seria impossível ao contratante libertar-se do vínculo se o outro não concordasse.

O poder de rescindir é exercido mediante *declaração de vontade*, da parte a quem o contrato não mais interessa. Costuma-se designá-la pelo nome de *denúncia*, mas, entre nós, seu uso não era corrente até o advento no novo texto do Código Civil de 2002²¹. Para valer, a denúncia deve ser notificada à outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento. É, portanto, *declaração receptícia de vontade*. [...]

Via de regra, a *denúncia* deve ser acompanhada de aviso expedido com certa antecedência, a que se dá o nome de *aviso prévio* ou *pré-aviso*. O fim da exigência é prevenir as consequências da ruptura brusca do contrato, mas o *aviso prévio* não é requisito necessário à validade da *rescisão*, que será eficaz ainda que não tenha sido dado. O aviso prévio deve ser compatível com a natureza e o montante dos investimentos que a outra parte houver realizado a fim de executar o contrato, levando-se em conta o tipo contratual em questão. Embora válida, a *denúncia* desacompanhada de *aviso prévio* sujeita o denunciante ao pagamento de *indenização* dos prejuízos que a outra parte sofre, no caso, *evidentemente*, de ser obrigatório o pré-aviso. [...]

Em princípio, a *denúncia*, não precisa ser justificada. Meio lícito de pôr termo ao contrato por tempo indeterminado, sabem as partes que, em qualquer momento, pode ser desfeito mediante simples declaração unilateral de vontade, mas em certos contratos exige-se que obedeça à *justa causa*. Não obstante, a inexistência de causa justa não impede a rescisão do contrato, mas a parte que o rescindiu injustamente fica obrigada a pagar perdas e danos.

A *rescisão unilateral dos contratos por tempo indeterminado* produz efeitos para o futuro. Dá-se *ex nunc*. Não opera retroativamente como a resolução, nem precisa de pronunciamento judicial para ser eficaz. Produz seu efeito liberatório por força da própria declaração de vontade da parte, isto é, a denúncia notificada à outra parte.

Como está claro, o nosso ordenamento jurídico autoriza o rompimento unilateral e o principal problema enfrentado geralmente gira em torno da licitude da

²¹ Art. 473 do Código Civil.

ruptura, sendo certo que quem está no exercício regular de um direito não pratica ação passível de gerar ressarcimento, conforme imperativo constante do art. 188, I do Código Civil.

Contudo, não há dúvida de que haverá direito à indenização quando a denúncia imotivada for injusta, *abusiva*.

O assunto é tratado com a costumeira clareza por Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 452 e 453):

A vedação do exercício abusivo do direito de denúncia aplica-se ao contrato de distribuição celebrado por prazo indeterminado; a ausência do dever de indenizar foi temperada, dando lugar à proteção de outros valores que não apenas a irrestrita liberdade de se desvincular. *Mais uma vez, o caminho foi trilhado por nossa jurisprudência: atribui-se ao fabricante o direito à denúncia, ao mesmo tempo em que se exige que ela não seja “abusiva”.*

Do exame sistemático dos julgados e da doutrina até hoje produzida, concluímos que a quebra do contrato de distribuição é abusiva quando efetuada de forma “abrupta”. Por sua vez, uma denúncia “abrupta” é aquela em que não se concede ao distribuidor *aviso prévio* em “tempo razoável”. Esse “tempo razoável” é fixado caso a caso e dependerá de grande número de variáveis, inclusive as características dos agentes econômicos e do mercado em que atuam. De qualquer forma, o embasamento da maioria das decisões é o dever de *boa-fé* e de lealdade que deve presidir as relações comerciais.

Sendo o contrato de distribuição celebrado por prazo indeterminado, o fornecedor pode denunciá-lo a qualquer momento, fazendo-o através de notificação à outra parte. Contudo, na hipótese de ter o distribuidor feito investimentos consideráveis para exercer a atividade contratada, a denúncia em questão somente produzirá efeitos, depois de transcorrido prazo razoável compatível com a natureza e o vulto do investimento.

É curial que para a incidência da regra, a natureza do contrato justifique investimentos consideráveis e que estes sejam de um certo volume, na proporção do negócio, bem como de que o prazo seja tanto que possibilite ao notificado recuperar os investimentos, ou seja, um tempo para que o notificado afaça receita com a atividade, no montante necessário a recuperar o total de dispêndios aplicados.

O Código Civil normatiza a hipótese aventada no art. 473 e no seu parágrafo único, supra transcrito.

Na medida em que o fornecedor denunciante não conceda ao distribuidor o prazo razoável previsto no parágrafo único referido, o contrato continuará irradiando sua eficácia plena até o escoamento de tal prazo de forma que não poderá negar o fornecimento os bens para a distribuição, sob pena, inclusive de execução específica nos moldes do art. 461 do CPC ou perdas e danos.

Contudo, há que analisar-se o caso de não terem sido realizados investimentos consideráveis pelo distribuidor. Entendemos, que mesmo assim, terá ele direito a uma indenização, pois certamente lhe serão impingidos prejuízos consistentes em lucros cessantes e danos emergentes e perda do fundo de comércio, além de danos morais, o que será tratado mais adiante.

A propósito do que dispõe o citado art. 473 do Código, é de notar-se que, de qualquer maneira, o que não deixa dúvidas, é que o término da relação negocial evidentemente influirá sobre a situação do notificado, seja ele o distribuidor ou o fornecedor, com prováveis danos aos seus interesses.

O Código, entretanto, não estabelece regra sobre a forma ou o prazo de tal notificação, evidenciando-se a forma livre, salvo existência de convenção ou regra expressa constante do contrato, a exigir a forma escrita. De qualquer sorte, esta notificação, expressa e por escrito e ainda com comprovante de entrega, nos parece a melhor alternativa, posto que evita questionamentos desnecessários, até porque pode acontecer que o notificado se recuse a ter ciência do conteúdo da notificação.

Quanto ao prazo a ser dado, a questão deverá ser analisada frente ao caso concreto, mas é certo que a denúncia não perderá a sua natural eficácia, de forma que o contrato estará definitivamente extinto. Entretanto, é curial que o pré-

aviso deverá respeitar uma antecedência razoável, seja a prevista no próprio contrato, seja aquela necessária a permitir o encerramento de sua atividade ou mesmo a reorganização de seu negócio.

Realizada a denúncia (que pode ser levada a efeito independentemente de motivação especial ou de imputação de falta à parte) antes do prazo de amortização dos investimentos, no caso de ser o notificado o distribuidor, o fornecedor notificante ficará sujeito a pagar uma indenização àquele, para ressarcir-lhe os prejuízos impingidos pelo abusivo e ilícito ato praticado, dos quais trataremos logo a seguir.

2.7 Indenização pela denúncia imotivada e abusiva do contrato de distribuição pelo fornecedor

O direito à indenização da parte prejudicada pelo rompimento unilateral do contrato de distribuição é determinado pela teoria do abuso do direito.

A expressão *abuso do direito* como assegurado por Daniel M. Boullos, é “consagrada na Doutrina e na Jurisprudência de diversos países para designar a repressão que se faz, há alguns séculos, às situações em que o titular de um direito excede os limites a ele peculiares” (BOULLOS, 2006, p. 31, 224), sendo que o artigo 187 do Código Civil em vigor “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, traz, segundo o autor, a *concepção objetiva do abuso do direito*, esclarecendo que:

Trata-se da consagração legislativa da *teoria objetiva da ilicitude* que, como visto, defende que o juízo de valor que redundava na antijuridicidade do ato não leve em conta o espírito e sequer a consciência do sujeito que o praticou. A fim, portanto, de caracterizar o abuso do direito ou, mas amplamente, o exercício abusivo de posições jurídicas subjetivas, não é necessária a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites impostos pela lei. Não há que se falar, nesta sede, quer em dolo,

quer em culpa *stricto sensu* em qualquer das suas modalidades (isto é, negligência, imprudência e imperícia).

Basta, para caracterizar a hipótese normativa do artigo 187 (e, portanto, o abuso qualificado pela lei de ilícito), que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito. A análise do exercício do direito, portanto, será levada a efeito de forma objetiva. Se, objetivamente, tais limites forem ultrapassados, ainda que o titular sequer tenha consciência disso, o abuso estará caracterizado.

[...]

Uma vez configurado o ato ilícito tal como definido no artigo 187 do Código (que, como se disse, se dá *objetivamente*), e desde que dele irradiem danos (quer morais, quer materiais, quer ambos) na esfera jurídica de outrem, o titular do direito (ou de qualquer outra prerrogativa abrangida pela mencionada norma) incorrerá em responsabilidade civil que, neste caso, por óbvio, é *objetiva*.

O artigo 187, portanto, ao impor genericamente limites ao exercício de qualquer situação jurídica subjetiva, criou uma nova manifestação possível para a ilicitude civil decorrente da inobservância manifesta de tais limites e que, se ocorrente, dentre outras conseqüências, pode ensejar a responsabilidade civil do titular do direito (art. 927, *caput*, e artigo 187).

Por se tratar, como visto anteriormente, de modalidade de ilícito objetivo, quando for configurada a hipótese normativa do artigo 187, isto é, quando o titular de determinada prerrogativa do art. 187, isto é, quando o titular de determinada prerrogativa jurídica exceder os limites legais impostos para o seu respectivo exercício, bastará que haja danos a terceiro para que reste estabelecida a responsabilidade civil do titular da prerrogativa jurídica em face do referido terceiro prejudicado.

Portanto, trata-se, por certo, de hipótese de responsabilidade civil objetiva que independe, pois, da presença da culpa *latu sensu* para a sua configuração.

Neste aspecto, destarte, o Código Civil brasileiro está em absoluta consonância com a evolução da responsabilidade civil, a qual permanece tendo na modalidade subjetiva a sua principal sede, mas amplia, crescentemente, a presença da modalidade objetiva.

Como visto, o direito de denunciar o contrato que vigora por prazo indeterminado é corolário do princípio da liberdade contratual, mas tal liberdade não é ilimitada.

A conseqüência pelo rompimento abusivo do contrato de distribuição por prazo indeterminado, será a responsabilização civil do denunciante, com ressarcimento das perdas e danos, inclusive os danos morais impingidos ao denunciado.

A rescisão unilateral é abusiva quando efetuada de forma repentina, vale dizer, quando não se concede ao distribuidor um aviso prévio em tempo razoável, tempo este que é fixado no caso concreto, tendo em conta o montante de investimentos efetuados no negócio pelo distribuidor, os anos dedicados ao desenvolvimento da distribuição, o número de funcionários envolvidos, o campo de atuação (área de exclusividade), a dependência econômica do distribuidor em face ao fornecedor e inúmeras outras variáveis inerentes às características dos agentes econômicos e do mercado em que as partes atuam.

Não podemos olvidar que se por um lado as partes devem conservar a sua liberdade de dar por findo um negócio por prazo indeterminado, de outro, impende considerar que a extinção da relação pode significar o fim da fonte exclusiva de renda do distribuidor, e no mais das vezes isso realmente acontece.

O imperativo legal insculpido no artigo 473 do Código Civil aplica-se aos contratos de distribuição sem prazo certo de duração, o que autoriza ao fornecedor extinguir a relação comercial entabulada, mediante notificação, independentemente de motivação especial ou de imputação de falta ao distribuidor. Deverá, entretanto, dar-lhe aviso prévio com antecedência razoável ao efeito de ensejar a reorganização empresarial do denunciado, ou a plena recuperação dos investimentos realizados para a consecução da atividade objeto do contrato. É o que preceitua o parágrafo único do precitado artigo do Código.

Uma vez que a rescisão seja precedida de aviso prévio nos termos do precitado artigo, há entendimento de boa parte da doutrina de que não há responsabilidade civil a ser imputada ao denunciante. Nesse sentido a lição de THEODORO JÚNIOR e THEODORO DE MELLO (2004, p. 73):

Em face da legitimidade da conduta do fornecedor e da ausência de preceito de lei expresso que dê origem a uma obrigação indenizatória, o exercício regular da rescisão do contrato de distribuição, precedido de aviso prévio, ou a recusa à sua renovação, quando expirada a vigência inicialmente prevista, é fato jurídico que não enseja responsabilidade civil, porque sustentado em razões econômicas e sociais que o direito ampara.

Realmente só se há de pensar em indenização não pela simples extinção ou mera denúncia do contrato de concessão comercial, mas pelo abuso do direito eventualmente praticado por um contratante contra o outro, como nas rupturas abruptas e desleais, em que não se respeita o prazo necessário para compensação dos investimentos exigidos do contratante, ou não se dá aviso prévio compatível com o vulto e a complexidade do negócio.

Sob essa ótica, a responsabilidade civil do denunciante somente se verificará na hipótese de se evidenciar que o mesmo agiu com abuso do direito na extinção do contrato, pautando-se a indenização pela cláusula geral inscrita no art. 187 do Código Civil, cuja norma consagra o espírito socializante do Código de 2002.

Como esclarece BOULOS (2006, p. 252 e 253), ao tratar do abuso do direito na extinção do contrato:

Um caso típico de abuso do direito na extinção do contrato se dá nos contratos por prazo indeterminado. Nestes contratos, não raro fica estabelecido que as partes podem, a qualquer tempo, desvincular-se bastando, para tanto, que dêem ciência desta intenção à contraparte com algum tempo de antecedência.

Esse direito é corolário do *princípio da liberdade contratual*, na medida em que, ao não estabelecer um prazo determinado para a vigência do contrato, as partes não podem ser obrigadas a permanecerem vinculadas *ad eternum*. Tendo em vista a limitação do patrimônio (e da própria liberdade) que a obrigação implica, a transitoriedade é uma característica do Direito das Obrigações.

Entretanto, como salientado em outra sede, a liberdade contratual, como as demais, não é ilimitada, comportando restrições estabelecidas pelo mesmo ordenamento jurídico que a assegura.

De fato, ao garanti-la, o Direito tem em conta a necessária liberdade que o indivíduo deve ter de escolher, dentre as alternativas existentes, aquela que melhor compadece com os seus interesses, dentro de um ambiente de correção e de probidade que deve presidir as relações sociais.

Se, ao exercê-la, entretanto, o sujeito contraria esse fim, o mesmo Direito que assegura a liberdade contratual reage contra o seu mau exercício. A reação do Direito implica na imposição de limites ao exercício dessa liberdade, nos seus mais variados aspectos, inclusive quando traduzida na prerrogativa de o indivíduo romper o vínculo jurídico existente sem um termo final pré-fixado.

Diante dessas considerações, em cotejo com o art. 473 do Código Civil, o que se percebe é que a lei garante às partes o direito de denunciar o contrato de distribuição que vigore por prazo indeterminado, mas tal denúncia somente

produzirá efeitos após um lapso temporal determinado pelo juiz, evitando-se, desta maneira, que “...um contratante *abuse do seu direito* de colocar fim ao vínculo jurídico ao qual está adstrito, fraudando uma legítima expectativa do outro contratante”, como diz Boulos (2006, p. 255).

2.7.1 O Dano moral (dano à imagem da pessoa jurídica)

A indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V da Constituição do Brasil²², merecendo a seguinte interpretação por Alexandre de Moraes (MORAES, 2006, p. 210):

A indenização por danos morais, portanto, terá cabimento seja em relação à pessoa física, seja em relação à pessoa jurídica e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos ou coletivos); mesmo porque, como já estudado anteriormente, são todos titulares dos direitos e garantias fundamentais, desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais.

O que precisa ser abordado é que, tratando-se o contrato de distribuição de um contrato entre empresas, evidencia-se que o dano moral ora em comento é o dano moral inerente à pessoa jurídica. E, nesse passo, importa mencionar que existem os chamados *danos morais subjetivos*, atinentes à dignidade, decoro, auto-estima, dores físicas, sofrimento do espírito e que são exclusivos do ser humano. Por outro lado, são conhecidos os *danos morais objetivos*, estes refletidos na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade e que são comuns à pessoa natural e à pessoa jurídica.

Oportuno o esclarecimento encontrado nas palavras de Américo Luiz da Silva, quando trata do dano moral na Constituição Federal de 1988 e examina o

²² “Art. 5.º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”;

dano à imagem da pessoa jurídica, ressaltando também o teor do Enunciado 227 do STJ²³ (SILVA, 2005, p. 258):

O “dano à imagem da pessoa jurídica” diz respeito, evidentemente, ao ato que vem, de uma forma ou de outra, abalar o prestígio da própria estrutura empresarial (reputação, crédito, etc.), tanto no seu plano interno como no seu plano externo. No entanto, o dano moral causado a pessoa jurídica restringe-se a este aspecto – prejuízo a sua imagem -, já que não se situando ela, existencialmente, no plano físico (sua existência somente se dá no plano jurídico ou abstrato), não há que se falar em sofrimentos espirituais de tal espécie de pessoa.

Viu-se que o citado art. 187 fala em ato ilícito que igualmente é referido no art. 186, onde está previsto a dano , ainda que exclusivamente moral. É pouco mais que óbvio que uma resilição injusta (abrupta) de um contrato de distribuição, pode acarretar um abalo moral ao distribuidor, que de uma hora para outra vê todo o seu empreendimento ruir, sem ter condições, em muitos casos, de se reestruturar empresarialmente, chegando inclusive a fechar as portas do seu estabelecimento, tendo que suportar o descrédito e a violação de sua imagem perante a sociedade, com manifesto abalo na reputação perante clientes, fornecedores, bem como diante da sociedade como um todo.

2.8 O alcance das perdas e danos na denúncia imotivada e abusiva do contrato de distribuição pelo fornecedor

As perdas e danos deverão ser indenizadas ao distribuidor, tendo em conta o prejuízo enfrentado bem como o valor arbitrado em face do atentado à imagem sofrido pela empresa em decorrência da resilição unilateral e abusiva praticada pelo fornecedor.

São variados os fatores a serem considerados para o cálculo de tais perdas e danos, sendo que o juiz deverá ter em conta, por exemplo, a pujança

²³ Súmula 227 STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer danos morais”.

econômica do distribuidor; o tempo em que exerce a distribuição; número de empregados; despesas de instalação, inclusive de eventuais filiais; estoque; possibilidade ou não de reorganização da empresa após a extinção do contrato, dentre outras.

A indenização da clientela se impõe, porquanto o distribuidor, ao longo da vigência do contrato de distribuição, certamente abriu o mercado para os produtos do fabricante, tornando-os conhecidos na área que lhe foi atribuída, fidelizando clientes. Naturalmente que o distribuidor deverá provar a sua participação no aliciamento de tal clientela, bem como de que a mesma será mantida pelo fabricante em seu proveito, após a ruptura do contrato.

As despesas de instalação também deverão compor as perdas e danos, posto que para levar a efeito a distribuição, o distribuidor teve gastos com a instalação, aparelhando-se para atender a demanda pelos produtos do fabricante. Ora, uma vez rompido o contrato, tais instalações restarão obsoletas, pois geralmente não poderão ser reaproveitadas em outra atividade.

Também o estoque deverá ser indenizado, já que este pouco ou nada vale para o distribuidor, posto que este não pode mais efetuar normalmente as vendas de tais mercadorias face a ruptura do contrato, notadamente em decorrência de não mais prestar assistência técnica o que afasta a venda de peças de reposição, por exemplo. Deverá, pois, o fabricante recomprar o estoque ou indenizá-lo.

As indenizações trabalhistas decorrentes da demissão dos empregados envolvidos na distribuição também são fator importantíssimo a ser considerado nas perdas e danos indenizáveis, posto que o pessoal necessário na execução dos serviços que decorrem da distribuição não será mais necessário, tanto aqueles empregados na venda, como na pós-venda dos produtos do fabricante.

Também deverão ser indenizados os lucros cessantes, correspondentes aos valores que o distribuidor auferiria com a venda dos produtos distribuídos, isto projetado num tempo razoável a ser arbitrado pelo juiz, que deverá considerar dentre outros fatores, o tempo que durou a distribuição, bem como os valores do faturamento.

A reparação do dano à imagem empresarial deverá ser reparado, levando-se em conta a capacidade econômico-empresarial do nome empresarial e/ou marca que está sendo abalado pelo dano, tendo em vista também a capacidade econômico-financeira do ofensor, bem como todas as demais circunstâncias inerentes ao caso concreto e que ocasionaram o dano à imagem.

2.9 A denúncia motivada do contrato de distribuição celebrado por prazo indeterminado

Sempre que uma das partes integrantes do contrato de distribuição inadimplir com a sua obrigação, enseja-se o término da relação contratual por iniciativa da parte inocente, conforme previsto no art. 474 do Código Civil, o qual prevê duas hipóteses distintas de cláusulas resolutivas, a expressa e a tácita, sendo que em ambas a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos conforme previsto no art. 475.

Assim sendo, o inadimplemento dá a parte que cumpriu suas obrigações o poder de extinguir o contrato, o que configura o exercício lícito de um direito e não enseja indenização para a parte faltosa, a não ser que se configure o enriquecimento sem causa.

A propósito, vale lembrar vez mais a lição de Paula Forgioni (FORGIONI, 2005, p. 485 e 486):

No entanto, sem embargo de tantas dificuldades, um princípio há de ser fixado com base no texto do Código Civil e na tradição jurídica brasileira: do rompimento unilateral do contrato de distribuição, ainda que motivado, não pode resultar a apropriação do trabalho e dos investimentos do distribuidor pelo fornecedor, sem que aquele receba a devida compensação.

2.10 Extinção do contrato de distribuição celebrado com prazo determinado

Os contratos de distribuição geralmente são celebrados por prazo indeterminado, mas quando o são por prazo determinado, expiram-se ao seu termo e não há que falar-se em qualquer indenização, a não ser que o distribuidor tenha sido levado a crer na prorrogação, como, por exemplo, se no último ano foi instigado a fazer grandes investimentos no seu empreendimento.

2.11 Extinção do Contrato de Distribuição por vontade das partes

Não convindo mais às partes a continuidade do contrato celebrado, podem levar a efeito a rescisão por mútuo acordo, quanto, então se evidenciará o distrato, podendo nele ser regulada a forma de extinção da avença, com as condições e regras que fornecedor e distribuidor acharem mais apropriadas e convenientes aos seus interesses.

3 O CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NA REALIDADE EMPRESARIAL BRASILEIRA

3.1 A relevância do contrato de distribuição para o mercado brasileiro

Um dos mais destacados, necessários e importantes métodos de colocação de produtos no mercado é o sistema de distribuição, o que decorre da identificação entre o produtor e o comerciante na busca do consumidor, liberando aquele dos ônus inerentes à implementação de um aparato próprio de vendas.

A globalização vem intensificando extraordinariamente as relações mercantis no mundo todo, e numa velocidade vertiginosa, pelo que a atividade de distribuição de mercadorias passou a representar elemento de vital importância na organização empresarial brasileira, inclusive, porque somos uma nação emergente, com intensificação perene de importações e exportações, o que instiga o empresariado nacional a buscar contratos de colaboração para a consecução dos seus respectivos objetos sociais.

Com efeito, mesmo que determinados produtos já sejam reconhecidos como de boa qualidade e atraiam o interesse de potenciais adquirentes, o fabricante ou fornecedor precisa que o fruto de sua atividade econômica chegue ao consumidor final de uma forma ágil, com manutenção dos atributos originais, sem onerar demasiadamente o custo final e, sobretudo, com manutenção intacta da marca, do bom nome e dos valores agregados.

E isto somente poderá ser alcançado se dentre as etapas de produção restar inculpada uma eficiente distribuição de bens, perfeitamente adequada à oferta e à demanda, o que certamente deverá envolver, como de fato abrange, profissionais das mais diversas áreas, como por exemplo: marketing, economia, logística, administração, dentre outras, os quais deverão se movimentar com toda a sua experiência à volta de qualquer empresa que tenha ultrapassado o estágio primário

e se encontre numa escala mais desenvolvida do processo industrial, tendo já alargado sua esfera de ação, atingindo, inclusive, o mercado globalizado, evidenciando uma produção em massa.

São várias as formas contratuais de colaboração disponíveis para que o empresário possa atuar além dos limites físicos do estabelecimento, ao ensejo de melhor colocar as suas mercadorias junto ao consumidor. As mais conhecidas são a Representação Comercial, a Franquia, a Comissão, a Corretagem, a Agência e a Distribuição com Exclusividade.

O contrato de distribuição ora em comento exerce uma relevante função social, com destacada utilidade econômica, já que tem por papel principal o de "...promover o abastecimento social, estabelecendo vínculos de responsabilidade contratual entre fabricantes e distribuidores; vínculos de responsabilidade extracontratual entre fabricante e consumidores; e vínculos de responsabilidade por danos ao meio ambiente entre fabricante, distribuidores e a comunidade em geral" (MELO, 1987, p. 71).

Com efeito, trata-se de um instrumento jurídico utilizado para regulamentar a venda das mais variadas mercadorias, que carecem de eficiente comercialização, de forma que o contrato de distribuição *stricto sensu* encontra-se enraizado não só na comercialização de produtos industriais para o escoamento das respectivas manufaturas, mas igualmente está presente junto a grandes empresas comerciais, sobretudo importadoras, que também sendo concessionárias exclusivas das empresas estrangeiras, formam redes de empresas revendedoras dos artigos estrangeiros importados, ensejando o fluxo entre os mercados globalizados.

São comuns os contratos de distribuição firmados entre empresas nacionais, com bom potencial de penetração no mercado brasileiro, e empresas estrangeiras, que buscam a nossa força de consumo, como país emergente, para a colocação de seus produtos.

No Brasil, país de carências em praticamente todas as áreas de fornecimento, a ampliação de redes de distribuição de produtos é um dos caminhos a serem seguidos na busca do pleno desenvolvimento sócio-econômico, posto que, por trás da quase totalidade de aquisições de produtos no mercado moderno, encontram-se redes complexas, com intenso fluxo de relações contratuais, para que o produto chegue até seu uso e consumo final.

3.2 A globalização da economia e o escoamento da produção

Ao se tratar do assunto “globalização” vem à baila um termo que está na ordem do dia e que para muitos é o caminho mais direto para a felicidade, o irremediável destino do mundo sem fronteiras e, para outros, um manancial de questionamentos e de insatisfações latentes, diante do entendimento de que as pessoas mais necessitadas, na verdade, não se beneficiam nem desfrutam da circulação de riquezas, notadamente com a volatilidade do capital, o qual pode ser transferido num piscar de olhos, como ocorre com os mega-investidores, os quais aproveitam a maré favorável da alta taxa de juros que lhes remunera e, tão logo os ganhos não se evidenciem satisfatórios, transferem seus investimentos para outro mercado mais promissor.

As empresas são dirigidas pelas pessoas que nelas investem e que tomam as decisões, ou seja, pelos empreendedores, sendo certo que os empregados, os fornecedores e toda a comunidade que circunda as grandes companhias, no mais das vezes não são consultados e nem, tampouco, observadas minimamente as suas postulações.

Ao contrário, são descartados, considerados irrelevantes, posto que aquelas, as empresas, podem mudar de lugar, dentro ou fora do país onde estão instaladas, simplesmente quando as condições econômicas não lhes forem convenientes, posto que atuam num mercado financeiro dominado por atividades especulativas.

É evidente que tal comportamento afronta o princípio da função social da empresa, mas este não permeia, como é axiomático, os pensamentos da maioria dos investidores, os quais têm o lucro como objetivo final, senão o único.

Há, naturalmente, empresas que operam no mundo todo e que buscam a integração com as comunidades onde se instalam, que cumprem a sua função social. E não são poucas.

Com a globalização o mercado se integra internacionalmente através de trocas de mercadorias, de tecnologia, de informações, de matéria prima, enfim, de tudo que proporcione o constante aprimoramento das técnicas de produção.

Vivemos um momento em que importantes empresas brasileiras começam a percorrer o caminho da globalização, muitas já o trilham há tempos e, por outro lado, cada vez mais companhias multinacionais se voltam para o lado dos países assim denominados *emergentes*, dentre os quais encontra-se, evidentemente, o Brasil.

Os bons negócios não têm mais fronteiras, o progresso estrondoso da informação e da comunicação aproximou os povos e, com o passar dos dias, a atividade econômica torna-se maior e mais forte naturalmente, independentemente de qualquer tipo de regulação, sendo certo afirmar-se, entretanto, que se forem implementadas facilidades para o intercâmbio de produtos e serviços entre os países, notadamente no que diz respeito à atividade econômica da distribuição indireta, qual seja, daquela efetuada não pelo produtor, mas por um empreendedor

especializado, dando ensejo ao contrato de distribuição que é objeto do presente estudo, estar-se-á atendendo à demanda dos agentes econômicos no mercado mundial.

O objetivo neste tópico não é o aprofundamento do estudo do fenômeno da globalização e tampouco uma análise de grande intensidade do comércio internacional e dos contratos internacionais a ele vinculados, mas, apenas, observar a crescente integração das economias e das sociedades dos vários países, especialmente no que toca ao escoamento da produção de mercadorias, que tem como um dos principais instrumentos jurídicos o contrato de concessão ou distribuição mercantil, ou simplesmente de distribuição como é aqui preferencialmente denominado.

Basta registrar o fato de que o alargamento dos limites geográficos do mercado, este compreendido como um espaço em que são realizadas as trocas de bens, ensejou aos empreendedores a abertura de novas fronteiras para aquisição de matéria-prima e para a venda de bens, o que impõe uma reflexão acerca das obrigações e dos efeitos desta movimentação na contratação inerente ao escoamento de ditos bens entre as nações.

É que as obrigações são contraídas através de um contrato e no desenvolvimento da atividade econômica as partes envolvidas realizarão inúmeros negócios jurídicos contratuais, ou seja, qualquer empreendedor necessitará de uma estabilidade jurídica no tratamento dos contratos, o que revela ser da maior importância a existência de regras bem definidas acerca dos contratos de distribuição, se não em solo estrangeiro, mas pelo menos em terra brasileira.

A expansão significativa dos mercados ocorrida no final do Século XIX e início do XX decorrente do advento da produção em massa e da transformação radical dos transportes e das comunicações, aliado ao fenômeno das marcas e o desenvolvimento do marketing faz surgir a figura do distribuidor.

E é este empresário, o distribuidor, que vai atuar no escoamento da produção, difundindo os produtos do fornecedor, tornando-se um elo entre o fabricante e o comércio atacadista e varejista, desempenhando papel de destaque na conquista de mercados para as marcas dos fabricantes com quem concretiza uma parceria empresarial, através de um contrato de colaboração como o é o de distribuição. Vale registrar que outros instrumentos jurídicos são igualmente importantes na colocação dos mais variados produtos e serviços junto ao consumidor final, a exemplo dos Contratos de Franquia; de Representação Comercial; de Comissão, dentre outros, cada um merecendo, pela sua importância como contrato de colaboração, um estudo específico, o que não é, entretanto, nossa intenção neste trabalho.

No mesmo tempo em que o distribuidor auxilia sobremaneira na construção da força da marca na região em que atua, não há dúvida de que também desta marca se beneficia, posto que a ela se vincula uma clientela normalmente fiel e estável.

Temos que ter em conta, ademais, que o escoamento da produção, tanto no mercado globalizado como no mercado local, se dá, invariavelmente, através da colaboração entre si das empresas, as quais, mantendo sua autonomia, independência e personalidade jurídica na busca de um objetivo comum que é colocar junto ao consumidor final o produto oriundo da consecução dos respectivos objetos sociais das partes envolvidas.

Oportuna a lição de Agnes Pinto Borges nesse sentido:

Empresários são parceiros quando cooperam uns com os outros na realização de determinada atividade. Não é necessário ter uma empresa comum, mas tão somente um mesmo objetivo. Assim, um contrato de distribuição estabelece claramente uma parceria entre as partes. Isso porque, ainda que não tenham um empreendimento comum, possuem um mesmo objetivo, isto é, a distribuição de determinada mercadoria, e cooperam entre si para a consecução desse objetivo. (BORGES, 2004, p. 47)

3.3 O contrato de distribuição e as redes contratuais

A flexibilização do princípio da relatividade dos contratos já foi abordada no item 1.3.2.3 supra, evidenciando-se uma nova concepção contratual, com respeito à função social do contrato, onde este deixa de ser analisado como autônomo em relação à sociedade, assumindo uma concepção social, gerando efeitos sobre toda a comunidade atingida por seus efeitos.

Assim sendo, necessário lembrar que a definição de contrato não pode ficar atrelado ao conceito jurídico, mas deve ter em conta a realidade econômica e social que lhe é inerente, assunto do qual já se ocupou com a peculiar maestria Enzo Roppo (ROPPO, 1987, p. 7):

Contrato é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a funda, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade econômico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico).

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação econômica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para a ideia de operação econômica.

Para Andreza Cristina Baggio Torres, que desenvolve estudo sobre a teoria contratual pós-moderna, e aborda o assunto inerente às redes contratuais, estas têm a seguinte conotação (TORRES, 2007, p. 60, 61 e 62):

Com a evolução do tráfego comercial, surge uma figura com efeitos jurídicos não prevista pelo legislador, nem mesmo no Código Civil em vigor: são as redes ou sistemas contratuais como novas formas de intercâmbio de bens ou serviços na sociedade de consumo.

Conforme já se expôs no capítulo anterior, dentro dos novos paradigmas do Direito Contratual está justamente a preocupação com os efeitos do negócio entre as partes, com a justiça distributiva, com a proteção à dignidade humana e legítimas expectativas das partes, principalmente da parte mais fraca na relação jurídica.

[...]

Os processos de fabricação de produtos de consumo atingiram elevado grau de complexidade, pois o produtor ou distribuidor é normalmente uma grande empresa na qual trabalham várias pessoas, organizadas segundo princípios da divisão do trabalho, ou ainda, várias empresas organizadas de forma a prestar conjuntamente um serviço ou fornecer um produto.

A globalização tornou possível às empresas colocar no mercado internacional produtos fabricados em países estrangeiros, que, muitas vezes, obedecem a normas de segurança diversas das do país em que foram fabricados, desencadeando grandes riscos e dificultando a apuração de responsabilidade.

[...]

A criação de contratos atípicos, como exercício da autonomia privada e resultado da complexidade das relações jurídicas atuais, são uma forte característica do direito contratual pós-moderno.

[...]

Diariamente empresas e particulares concluem simultaneamente diversos contratos com vínculos de dependência, típicos ou atípicos, formalmente independentes, mas que do ponto de vista funcional se relacionam de forma recíproca.

Analisando o tema dos contratos conexos, contratos coligados ou redes contratuais como exemplo da pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais, Luciana Antonini Ribeiro, sustenta que (RIBEIRO, 2007, p. 438, 443 e 445, 446 e 447):

...a função social do contrato, neste novo contexto nos quais os valores constitucionais do solidarismo e de construção de uma sociedade mais justa permeiam a teoria geral dos contratos, traz como impactos evidentes a flexibilização do princípio da relatividade contratual e a busca da justiça contratual como cânones principiológicos.

[...]

Neste novo contexto jurídico-normativo, em que as fronteiras da teoria geral dos contratos são alargadas, na qual o dogma da autonomia da vontade convive com os princípios valorativos do solidarismo e da justiça social, impondo-se a busca pela função social do contrato, muitas vezes importando na quebra do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, insere-se a análise de um novo fenômeno das sociedades massificadas, quais sejam os chamados contratos conexos ou coligados.

Mosset Iturraspe, em obra dedicada à análise do tema, refere que o individualismo contratual cedeu espaço para a **contratação grupal**, sendo pretendida uma “operación económica global”, operação esta que pode ser **perseguida por um conjunto de empresas**, mas cujo objetivo é a realização de um “todo contractual para um mesmo y único negócio. (grifamos)

[...]

Neste sentido, interessante é o exemplo apresentado por Lorenzetti. Veja-se o **caso dos distribuidores de produtos**. Cada qual tem um contrato autônomo e individual com a empresa matriz, na qual são regulados direitos e obrigações. A empresa matriz, interessada na venda em larga escala de seus produtos, cria uma rede de distribuição. Cada um dos distribuidores terá sua área própria de atuação e responderá à matriz por suas atividades. A rede formada, entretanto, acaba por gerar deveres de colaboração entre os distribuidores, criando-se deveres e obrigações recíprocos, haja vista que uma atitude negativa de um dos distribuidores pode afetar negativamente aos demais. Há uma necessidade econômica de os distribuidores atuarem de forma coordenada. (grifamos)

Assim, conforme concluiu a Comissão 3 da 5.^a Jornada Argentina de Direito Civil, os contratos conexos abrangem: (a) as relações de consumo entre grupos de fornecedores e grupos de consumidores (que poderiam ser chamados contratos de gestão colaborativa); (b) as relações interempresariais, as quais incluem redes associativas e cadeias contratuais, bem como as terceirizações.

Em qualquer das hipóteses apresentadas, os contratos, como sustenta Iturraspe, passam a ter uma relação de interdependência entre si, uma conexão. Não mais o contrato isolado pode ser considerado, mas a malha contratual na qual o contrato está inserido. O contrato tem todos os elementos formais para configurar sua independência e autonomia. É um contrato individual, com validade e eficácia asseguradas do ponto de vista jurídico. Seu sentido econômico, entretanto, guarda relação de estrita dependência (não a dependência formal, mas a econômica) com um conjunto contratual que lhe é relacionado. Desta feita, passa a ser entendido dentro do sistema que compõe.

[...]

Individualmente, os contratos que formam a rede ou sistema contratual são atos jurídicos bilaterais (ou plurilaterais) que produzem relações contratuais típicas ou atípicas. **Entretanto, por estarem em um sistema ou rede, as vicissitudes de um tal (tal como a rescisão) produzem efeitos indiretos sobre os demais contratos que compreendem a rede.** (grifamos)

A jurisprudência brasileira já se pronunciou acerca da projeção de uma relação jurídica contratual sobre a esfera jurídica de quem não foi parte do contrato, o que restou consubstanciado na súmula n.º 308 do STJ, que tem o seguinte texto: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

O assunto é tratado com proficiência por Rodrigo Xavier Leonardo sob o título *A súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior*

Tribunal de Justiça, quando o autor versa sobre a *para-eficácia* contratual e a teoria das redes contratuais, nos seguintes termos (LEONARDO, 2006, p. 440):

A noção de *redes contratuais* remete o intérprete ao reconhecimento de que entre relações contratuais aparentemente diversas pode haver um determinado vínculo capaz de gerar conseqüências jurídicas autônomas – verdadeiros efeitos *para-contratuais* para além das fronteiras dos contratos singulares.

Entende-se por redes contratuais a “coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável *nexo-econômico funcional e sistemático*, capaz de gerar conseqüências jurídicas particulares, diversas daquelas pertinentes a cada um dos contratos que conformam o sistema. Em síntese: reconhece-se que dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados (entre partes diferentes e com objeto diverso) podem estar unidos, formando um sistema destinado a cumprir uma função prático-social diversa daquela pertinente aos contratos singulares individualmente considerados.

É certo que a súmula n.º 308 do STJ dá uma solução diversa acerca do puro e simples poder de seqüela e eficácia *erga omnes* da garantia hipotecária, mas ao mesmo tempo dá uma interpretação pós-moderna do princípio dos efeitos relativos do contrato e nada obsta que tal jurisprudência seja apropriada para os casos que envolvam os contratos de distribuição, posto que, de qualquer forma, nestes se percebe uma rede, onde a ligação entre os diversos contratos (entre fornecedor e distribuidor, entre o distribuidor e representantes comerciais, entre os representantes comerciais e seus colaboradores etc.) reflete-se uma mesma operação econômica, que é o escoamento da produção do fabricante até o consumidor final, a qual é propiciada pela união referida.

Bem a propósito a lição de Ruy Pereira Camilo Júnior, que ao analisar o contrato de distribuição ou concessão mercantil, aborda a questão atinente à rede de concessionárias, consignando que (CAMILO JÚNIOR, p. 465):

É característica dos contratos de distribuição darem eles origem a redes, integradas por vários concessionários, e centradas no fornecedor.

A natureza jurídica da rede de distribuição é polêmica, recorrendo a doutrina aos conceitos de grupo de contratos, instituição, contrato plurilateral e até à personalidade jurídica para tentar explicar tal fenômeno.

O que é relevante, em termos operativos, é identificar as relações jurídicas que derivam da rede, e que podem ser verticais (entre fornecedor e cada um dos distribuidores) ou horizontais (entre os distribuidores integrantes da rede)

No que toca às relações verticais, entende-se que o fornecedor tem a obrigação de zelar pela organização e disciplina na rede de distribuição, respondendo por sua omissão. Assim, por exemplo, se houver invasão do território de um distribuidor por outro, por meio de vendas ativas, estabelecimento de filiais, etc..., o fornecedor deve tomar as providências cabíveis, sob pena de indenizar o distribuidor prejudicado.

O autor destaca que há quem negue que tenha um distribuidor direitos frente a outro, por inexistir entre eles vínculo contratual direto, aplicando-se o Princípio da Relatividade das Convenções. Mas ressalta, por outro lado, haver teorias que buscam fundamentar tal ação direta do distribuidor voltada ao outro integrante da rede em três bases: a) a invasão da área implicaria responsabilidade aquiliana do invasor, por afronta a uma situação jurídica de exclusividade estabelecida no contrato do prejudicado com o fornecedor, que deveria ser por ele respeitada; b) embora o contrato de distribuição seja bilateral, algumas de suas obrigações teriam natureza plurilateral; c) a obrigação de um distribuidor de respeito às áreas de exclusividade, prevista no contrato com o fornecedor, constituiria uma estipulação em favor de terceiros: os distribuidores das demais áreas.

Parece não haver dúvida entre os doutrinadores de que a concepção moderna do princípio da relatividade dos efeitos contratuais contém o imperativo de que os negócios jurídicos pactuados entre as partes não podem prejudicar a terceiros, sendo certo que as restrições à autonomia privada, inerentes ao princípio em comento, não se dão apenas no momento da formação do contrato, posto que a relação jurídica inerente deve ser interpretada igualmente na constância do seu desenvolvimento ou execução, o que, aliás, está previsto no art. 422 do Código Civil que preceitua que “ Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Neste sentido vem a posição de Marcos Jorge Catalan, que ao tratar do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, assevera que o contrato deve respeitar terceiros (CATALAN, 2008, p. 134):

Outra diretriz emanada do princípio abordado há de ser analisada, pois atualmente não é possível ignorar que o ordenamento impõe que os negócios jurídicos pactuados não venham a prejudicar terceiros, e deste modo, consoante ensina Ricardo Lorenzetti (*Fundamentos do direito privado*, p. 112), a leitura do princípio da relatividade das convenções foi limitada, estendendo-se aos terceiros a possibilidade de tutela de seu direito, de modo preventivo ou curativo, se lesados por negócios alheios.

Viu-se que o contrato de distribuição é um contrato realizado entre empresas, o que remete a sua base interpretativa para a Constituição Federal, onde trata dos princípios gerais da atividade econômica no art. 170.

Para o escoamento de sua produção, a empresa fabricante nomeia outra empresa como sua distribuidora vendendo-lhe seus produtos. A distribuidora, por sua vez, organiza-se para a colocação dos produtos no mercado, o que normalmente é feito por intermédio de empresas revendedoras.

Outrossim, é comum que a empresa distribuidora nomeie representantes comerciais para intermediar a venda das mercadorias junto aos seus clientes, sendo que tais representantes têm a sua atividade regulada pela Lei 4.886, de 09 de dezembro de 1965, cujo art. 1.º assim os define:

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

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

E o art. 27, letra “j” da precitada lei prevê indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a um doze avos (1/12) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

E para esta situação que se chama a atenção. Imaginemos um contrato de distribuição, em decorrência do qual, o distribuidor tenha contratado dezenas de representantes comerciais para o perfeito escoamento da produção, contratos de representação estes que no mais das vezes representam a única atividade econômica dos representantes, tendo estes também montado uma estrutura para o desempenho de sua atividade, com a contratação de funcionários e equipes de intermediação de vendas. Há contratos em rede, sem dúvida.

Ocorre que, em determinado momento da relação contratual, pode ocorrer que o contrato de representação comercial tenha que ser rescindido em decorrência da denúncia abusiva praticada pelo fornecedor, que de uma hora para outra interrompe o fornecimento de produtos ao distribuidor, resiliendo o contrato de distribuição mediante denúncia abusiva.

Teria, neste caso, o representante comercial alguma ação em desfavor do fornecedor que resiliu abrupta e abusivamente o contrato de distribuição? Pensamos que sim, à vista do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, já que na hipótese em comento, os efeitos da extinção do contrato de distribuição prejudicarão, indubitavelmente, o representante comercial, que é terceiro em relação ao fornecedor.

Verifica-se, então, que estas empresas (fabricante/fornecedor, distribuidor, representante comercial etc.) firmam simultaneamente diversos contratos com laços de dependência, sejam estes contratos típicos como é o caso do de representação comercial, sejam atípicos como é o de distribuição.

Trata-se, pois, a distribuição, de uma operação econômica complexa, que necessita de vários contratos para a sua concretização, ou seja, para que o produto do fabricante chegue ao seu destino final, várias etapas deverão ser

ultrapassadas, etapas estas que serão reguladas através de cadeias de contratos, surgindo, desta forma, as redes contratuais.

Importa ressaltar que a função social do contrato e o princípio da boa-fé caracterizam-se em limitadores da autonomia privada e da relatividade dos efeitos contratuais.

A esse respeito, importa registrar o entendimento de Andreza Cristina Baggio Torres, na sua obra *Teoria Contratual Pós-Moderna* (TORRES, 2007, p. 184):

Outro tema cujo debate é importante no estudo das redes contratuais, é o clássico princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o qual, em face da mudança de paradigmas do Direito Contratual pós-moderno, deve ser analisado com restrição, não podendo servir de meio a impedir a justa reparação de um dano causado por um fornecedor unido em rede. Lembre-se que a importância das relações contratuais perante a sociedade, ou seja, perante terceiros que não fizeram parte do vínculo contratual, é reconhecida como um dos novos paradigmas do Direito Contratual.

A observância da função social do contrato é hodiernamente uma imposição de justiça concreta, amparada na inovação operada pelos princípios insculpidos na Constituição Federal e nos dispositivos constantes dos artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro, segundo os quais, ressalte-se vez mais, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé”.

É certo, ademais, que quando o Código fala em *função social* para o contrato, está cogitando dos efeitos externos, ou seja, daqueles que repercutem na esfera de terceiros, como bem restou colocado por Humberto Theodoro Júnior ao analisar a estrutura da nova codificação antes referida (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 38 a 41):

Em face dessa estrutura da codificação inovada, a conceituação de função social do contrato não deve ser tão genérica que abranja tanto o comportamento interno dos contratantes entre

si, como o comportamento externo deles, perante o meio social em que o negócio projeta seus efeitos.

Não é que se deva minimizar a importância do princípio ético ou de inferiorizá-lo diante do princípio social. Ambos são imprescindíveis ao tratamento jurídico moderno do contrato. Cada um, porém, se instala em terreno próprio e bem limitado, até mesmo para que sua conceituação não se dissipe em excessiva generalidade, que não se presta, obviamente, para prestigiar a figura jurídica nem para emprestar-lhe maior utilidade prática.

Quando o instituto é focado e analisado com perfeita segurança em torno de seu *objeto* e de seu *objetivo*, o jurista logra, sem dúvida, resultados técnicos muito mais proveitosos, seja pelo prisma científico e conceitual (teórico), seja no tocante à extração de conclusões úteis para a sua aplicação operacional (prática).

Quando há um século o Código Civil alemão afastou-se do positivismo do velho Código Francês, para introduzir o dado ético (boa-fé) na sistemática do contrato, certamente sofreu influências do pensamento social que, então, já questionava o individualismo egoísta e estéril do Estado Liberal. Não se imaginava, contudo, atribuir uma função social a um instituto privado e restrito ao relacionamento dos contratantes. Tanto assim que, mesmo após a previsão da boa-fé e lealdade como exigências do comportamento contratual, continuou a prevalecer o princípio de sua relatividade.

Foi bem mais recente o movimento doutrinário em torno do tratamento social do contrato, que se originou na França e cuja preocupação era precisamente a análise do negócio jurídico em face de terceiros. Nessa altura, o enfoque era mais voltado para a ilicitude do que propriamente para a força contratual. Chegava-se à conclusão de que o abuso de direito, em terreno algum, deveria ser tolerado, e tampouco no domínio do contrato. **A liberdade de contratar, nessa ótica, não poderia redundar em prejuízos injustos para terceiros e para a sociedade em geral.** (grifamos)

O que surgiu desses estudos da interferência do contrato no meio social foi a sistematização dos denominados “efeitos externos das obrigações”. A consequência imediata se fez sentir na flexibilização que se teve de admitir para o clássico princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Quando o art. 421 do novo Código brasileiro fala em *função social* para o contrato está justamente cogitando dos seus efeitos externos, isto é, daqueles que podem repercutir na esfera de terceiros.

Especificamente sobre a função social do contrato de distribuição já se pronunciou Claudineu de Melo, em sua dissertação acadêmica de 1986, enfatizando que a empresa (distribuidor/fornecedor) tem interesses próprios, para além dos interesses comuns de seus titulares, idéia lançada por Walter Rathenau, logo após a Primeira Grande Guerra, como diz o autor, cujas palavras continuam atuais e merecem destaque no presente estudo (MELO, 1987, p. 68 e 71):

A partir daí generalizou-se a idéia de que o complexo de interesses assenhoreados pela empresa não se limitavam aos seus titulares, mas ainda aos dos trabalhadores, fornecedores,

clientes e da comunidade em que ela se inseria. E mais recentemente, após a Segunda Grande Guerra, em razão do maravilhoso avanço tecnológico experimentado pelas sociedades como um todo, e pelas empresas em particular, é que a esse rol de interesses difusos se adicionou aquele outro relativo ao meio ambiente.

Reconhecida assim a existência de interesses próprios da empresa, representados pela soma de interesses dos trabalhadores, fornecedores, clientes e da comunidade em geral, assim como interesses relativos ao meio ambiente, subordinou-se o interesse individual ao interesse coletivo; submeteu-se o dogma da liberdade de contratar ao axioma da justiça concreta.

[...]

Daí a conclusão de que o contrato de distribuição é, hoje, o regulador do mais moderno e avançado sistema de comercialização de produtos, revolucionário da estertorante ideologia comercial clássica.

De tudo o que se vem expor decorre que não há falar em função social do contrato de distribuição, sem falar implicitamente de sua função econômica. São realidades que caminham *pari passu*, e que se afetam reciprocamente em momentos de crise.

Destarte, o contrato de distribuição tem por função precípua promover o abastecimento social, estabelecendo vínculos de responsabilidade contratual entre fabricante e distribuidores; vínculos de responsabilidade extracontratual entre fabricantes e consumidores; e vínculos de responsabilidade por danos ao meio ambiente entre fabricante, distribuidores e a comunidade em geral.

[...]

Portanto, fechando este Capítulo por onde principiámos, mister se faz retomar o princípio axiomático da justiça concreta, para justificar a função social do contrato de distribuição como sendo, em última instância, um instrumento de obtenção de felicidade, a serviço do homem; ou seja, ele é um instrumento de abastecimento de produtos no mercado consumidor, com paz e segurança jurídica.

Nesta concepção, o contrato de distribuição desempenha um papel relevante no meio social, gerando a satisfação da comunidade e a proteção da natureza. Tudo, enfim, voltado para o homem e seu bem-estar.

Diante disso, evidencia-se que na hipótese, por exemplo, de um contrato de distribuição - que vai muito além da simples compra e venda de mercadorias como ficou claro na sua definição retro articulada, implicando sobretudo na celebração de outros contratos acessórios - , não cumprir com sua função social, tanto na execução como na conclusão, tal inobservância trará como conseqüência a possibilidade de argüição de nulidade, o que poderá ser levado a efeito por qualquer das partes unidas em rede contratual e que sejam expostas às práticas lesivas.

3.4 A necessidade de tipificação do contrato de distribuição no ordenamento jurídico brasileiro

A importância econômica do contrato de distribuição na realidade empresarial brasileira, supra destacada, leva ao questionamento das razões pelas quais ainda não foi tipificado este extraordinário mecanismo de circulação de riquezas.

É que a falta de tipificação gera uma insegurança para as partes envolvidas na relação, principalmente para a que é mais fraca economicamente, ou seja, o distribuidor, o qual, no mais das vezes, após anos de dedicação à distribuição dos produtos do fabricante, vê-se alijado do mercado mediante uma simples denúncia efetuada pelo fornecedor.

Ora, salta à vista, que o nosso ordenamento jurídico não agasalha a contento os interesses do distribuidor, posto que para buscar uma justa indenização pela rescisão unilateral e imotivada do contrato de distribuição, terá que amparar-se em regras gerais, que demandam interpretação do julgador.

Pensamos que o Código Civil de 2002 poderia ter resgatado essa carência de legislação específica para os contratos de distribuição *stricto sensu*, mas infelizmente isso não ocorreu.

A Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965 regulamentou o exercício da atividade de representação comercial, apaziguando os permanentes conflitos entre representantes e representados. Veio para resguardar ao máximo a liberdade das partes, dar maior nitidez aos direitos e deveres recíprocos, com o que lucrou toda a sociedade, ante a melhor condução dos negócios comerciais, em clima de harmonia e cooperação, conforme se vê da “exposição de Motivos” que acompanhou a Mensagem do Poder executivo, na época. Serviu, sobretudo, para proteger a parte economicamente mais fraca nessa importante categoria contratual de colaboração,

de forma que hoje os Representantes Comerciais sabem de antemão em quanto devem ser indenizados na hipótese de rescisão imotivada do contrato, conforme consta do art. 27, j, da mencionada lei.

Também a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre restou tipificada no nosso ordenamento jurídico, através da Lei n.º 6.729, de 28 de novembro de 1979, da chamada Lei Ferrari, preenchendo uma lacuna até então existente.

Em grau de importância econômica e social, o contrato de distribuição, objeto do presente trabalho, não deixa nada a desejar aos dois contratos antes referidos, em vista do que, pelos mesmos motivos que ensejaram a criação de tal lei, justificar-se-ia a criação de uma lei para os contratos de distribuição *stricto sensu*, protegendo-se, destarte, a parte economicamente mais fraca da relação, com evidente desenvolvimento da atividade empresarial.

Ainda que se entenda não ser conveniente a elaboração de uma lei específica para os contratos de distribuição, é inevitável reconhecer-se a conveniência de regulamentação, em nosso ordenamento jurídico, dos contratos atípicos (dentre os quais está o de distribuição). Nesse sentido oportuna a lição de, Álvaro Villaça Azevedo, que ao tratar da necessidade de regulamentação da teoria geral e estrutura dos contratos atípicos, manifestou o seguinte entendimento, (AZEVEDO, 2004, p. 199, 200 e 201):

O contrato atípico deve, como já concluí, possuir uma regulamentação no ordenamento jurídico para que haja segurança no contratar, mesmo que a sistematização seja de ordem geral.

Inicialmente, deve o contrato atípico ser definido na lei, bem como o típico, para que não parem dúvidas quanto ao sentido das respectivas expressões e para que se estabeleça, na lei, a distinção entre as mesmas classes contratuais.

[...]

Nossa legislação, como nenhuma outra, não pode deixar de reconhecer um negócio jurídico atípico, que se fez, livremente, entre partes contratantes, sem ofender a lei, os bons costumes e os princípios gerais de Direito, mesmo deixando de mencioná-los em seu texto.

Não se concebe que a classificação dos contratos, em típicos e atípicos, não se encontre em nossa legislação, com a devida regulamentação, técnica e precisa.

Mesmo no tocante ao Código Civil, a situação permanece a mesma, pois o art. 425 reconhece tão-somente que existem contratações atípicas, sem esboçar qualquer regulamentação.

Não se pode ficar a alegar que não tem interesse prático essa regulamentação, uma vez que os contratos atípicos estão providos de ação em juízo.

[...]

Ressalto, mais, a imperfeição de nossa lei e a necessidade de considerar, em seu texto, também regulado, o contrato atípico, embora em linhas gerais, para que as partes possam discutir, em pé de igualdade e nos moldes da boa-fé objetiva, as circunstâncias informadoras de suas relações para a livre estipulação da *Lex privata*, que emerge da avença.

3.5 A possibilidade de fixação prévia de indenização pela extinção do contrato de distribuição

É claro que as partes envolvidas num contrato de distribuição, podem regular no instrumento próprio uma indenização para a hipótese de rescisão unilateral e injusta do contrato, pois é livre a sua manifestação de vontade.

Mas isso não ocorre na realidade empresarial brasileira e é muito pouco provável que venha a concretizar-se, pois trata-se de um contrato de adesão, onde o fabricante/fornecedor estipula as cláusulas gerais da avença, de acordo com as suas conveniências, e as submete ao distribuidor, o qual raramente tem condições de impor a sua vontade àquele, que no mais das vezes é a parte de maior pujança econômica e financeira da relação.

Desta forma, é razoável concluir que a única forma de dar maior transparência aos direitos e deveres das partes integrantes de um contrato de distribuição, é elaborando uma lei que disponha sobre a matéria, com o que estar-se-á auxiliando e incentivando o desenvolvimento da atividade empresarial, atendendo-

se o princípio da livre iniciativa, valorização do trabalho humano e da justiça social que norteiam a ordem econômica, em conformidade com a Constituição Federal.

3.6 Critérios para a solução do problema

Os efeitos da denúncia dos contratos de distribuição foram antes examinados, transparecendo que não existem parâmetros no nosso ordenamento jurídico para a fixação da indenização devida na hipótese de rescisão unilateral imotivada, a qual se realiza através da denúncia.

O art. 473 do Código Civil aplica-se aos contratos de distribuição, mas não oferece uma regra objetiva para o deslinde da questão, já que fala de “investimentos consideráveis” e “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”, o que remete a solução para o convencimento do juiz, que certamente enfrentará tarefa árdua para encontrar os fundamentos de sua decisão, dado à alta subjetividade das referidas expressões.

É natural que os contratos de distribuição envolvam vários segmentos da sociedade empresarial, vinculando empresas de todos os portes, pequenas, médias e grandes, inclusive multinacionais, pelo que não é tarefa fácil arrolar critérios para a fixação, por lei, de uma indenização por ruptura unilateral e abrupta de um contrato.

Mas é razoável pensar-se que a vasta jurisprudência existente neste sentido, deva ser aproveitada para tal mister, já que o judiciário vem se posicionando há décadas sobre o assunto, concedendo, ou não, as indenizações submetidas à sua apreciação pelas partes em conflito, fazendo-se, necessário, no presente momento, que sejam abordadas as questões em que restem prejudicadas a função

social do contrato por abuso da liberdade de contratar, do que ainda não se ocupou o judiciário.

Naquelas questões objetivas, ou seja, nas perdas e danos inerentes à resilição da maioria dos contratos de distribuição e passíveis de demonstração em juízo (danos emergentes), quais sejam: despesas de instalação; estoque; indenizações trabalhistas, a comprovação em juízo enseja a indenização.

No que diz respeito aos lucros cessantes, acreditamos que um critério justo, seria regular uma indenização correspondente a um mês do faturamento do distribuidor, com a venda dos produtos do fornecedor, para cada ano de vigência do contrato de distribuição, isto pela média de no máximo os últimos cinco anos de vigência do contrato.

A reparação do dano à imagem empresarial, como já se disse, deverá ser reparado, levando-se em conta a capacidade econômico-empresarial do nome empresarial e/ou marca que está sendo abalado pelo dano, tendo em vista também a capacidade econômico-financeira do ofensor, bem como todas as demais circunstâncias inerentes ao caso concreto e que ocasionaram o dano à imagem.

CONCLUSÃO

Na primeira seção pôde-se constatar que o sistema econômico nacional é instituído pela Constituição vigente, que é resultado da ideologia de sua época, com base numa economia descentralizada, com respeito ao imperativo de que a atividade econômica não pode prejudicar os direitos fundamentais, antes, pelo contrário, auxilia-os, de forma que a livre iniciativa, entretecida pelos contratos, não têm conotação estritamente econômica, mas deve ter em conta em todo o tempo a liberdade do homem enquanto indivíduo, considerado como pessoa.

Assim sendo evidencia-se que a Constituição Federal de 1988 instituiu uma ordem econômica apoiada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, atentando para a função social da propriedade - e por conseguinte, do contrato - e a busca do pleno emprego.

Evidenciou-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, com a elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais que o orientam, sendo que as relações privadas passam a ter sua validade condicionada à observância dos preceitos condicionais, onde o homem ganha espaço dentro do texto constitucional.

Na segunda seção foi analisado o contrato de distribuição no direito brasileiro, pelo que, inicialmente registramos nossa filiação ao entendimento doutrinário de que os contratos de distribuição *stricto sensu* não estão regulamentados no nosso ordenamento jurídico, de forma que se caracterizam em contratos complexos e atípicos, para cuja formulação jurídica se lança mão de vários elementos tomados por empréstimo a outros contratos típicos, sendo certo que o traço mais marcante de outro contrato neles encontrado, é o de compra e venda. Tal

modo de pensar decorreu, principalmente, da lição de Rubens Requião, Fábio Ulhoa Coelho, Paula Forgioni e Humberto Theodoro Júnior.

Assim sendo e como o cerne do presente trabalho está na denúncia do contrato de distribuição, foram abordados na seqüência os casos de extinção do contrato posteriores à sua celebração.

Evidenciou-se então que entre os fatos posteriores, ou supervenientes, estão os resultantes da vontade das partes, de ambas ou de apenas uma delas, como acontece na rescisão, que compreende o distrato, que é bilateral, e a rescisão unilateral, que se evidencia nas modalidades de revogação, desistência, denúncia, arrependimento, renúncia ou resgate, ou, ainda, pela resolução, que é um meio defensivo contra o inadimplemento ou em face da onerosidade excessiva.

Salientou-se, ainda na segunda seção, que o nosso ordenamento jurídico autoriza o rompimento unilateral e o principal problema enfrentado geralmente gira em torno da licitude da ruptura, sendo certo que quem está no exercício regular de um direito não pratica ação passível de gerar ressarcimento, conforme imperativo constante do art. 188, I do Código Civil.

Transpareceu, na seqüência, não existir dúvida de que haverá direito à indenização quando a denúncia imotivada for injusta, *abusiva*.

Destarte, uma vez que os efeitos da denúncia dos contratos de distribuição foram antes examinados, mostrando que não existem parâmetros no nosso ordenamento jurídico para a fixação da indenização devida na hipótese de rescisão unilateral imotivada, a qual se realiza através da denúncia, registramos na terceira seção que o art. 473 do Código Civil aplica-se aos contratos de distribuição, mas não oferece uma regra objetiva para o deslinde da questão, já que fala de “investimentos consideráveis” e “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”, o que remete a solução para o convencimento do juiz, que

certamente enfrentará tarefa árdua para encontrar os fundamentos de sua decisão, dado à alta subjetividade das referidas expressões., com base na teoria do abuso de direito, consubstanciada no art. 187 do Código Civil.

É natural que os contratos de distribuição envolvam vários segmentos da sociedade empresarial, vinculando empresas de todos os portes, pequenas, médias e grandes, inclusive multinacionais, pelo que não é tarefa fácil arrolar critérios para a fixação, por lei, de uma indenização por ruptura unilateral e abrupta de um contrato.

Por fim, foi concluída a pesquisa apresentando critérios para a solução do problema, tendo em conta o aproveitamento da vasta jurisprudência existente neste sentido, e que doravante necessariamente abordará as questões em que restem prejudicadas a função social do contrato por abuso da liberdade de contratar.

A jurisprudência existente de longa data sobre o assunto, bem como a que for sedimentada à vista da visão pós-moderna do contrato, deve ser utilizada para tal mister, ou seja, para criação de uma lei que tipifique o contrato de distribuição *stricto sensu*, prevendo indenização, sendo que naquelas questões objetivas, ou seja, nas perdas e danos inerentes à rescisão da maioria dos contratos de distribuição e passíveis de demonstração em juízo (danos emergentes), quais sejam, por exemplo: despesas de instalação; estoque; indenizações trabalhistas, somente a comprovação em juízo enseja a indenização, considerando que a jurisprudência, doravante

Já no que diz respeito aos lucros cessantes, transparece o entendimento de que um critério justo, seria regular uma indenização correspondente a um mês do faturamento do distribuidor, com a venda dos produtos do fornecedor, para cada ano de vigência do contrato de distribuição, isto pela média de no máximo os últimos cinco anos de vigência do contrato, e o dano moral (dano à imagem), seria indenizável tendo em conta o dano à imagem empresarial, levando-se em

consideração a capacidade econômico-empresarial do nome empresarial e/ou marca que está sendo abalado pelo dano, tendo em vista também a capacidade econômico-financeira do ofensor, bem como todas as demais circunstâncias inerentes ao caso concreto e que ocasionaram o dano à imagem.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: As Conseqüências Humanas*. Janeiro: Editora Zahar, 1999.
- BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 3.^a ed.
- BARROSO, Lucas Abreu. *Direito dos Contratos. Direito Civil – v. 3*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 3.^a ed.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 4.^a ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Bittar Filho, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3.^a ed., 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 19.^a ed. atualizada, 2006.
- BOOTH, Wayne C. e COLOMB, Gregory G. e WILLIAMS, Joseph M. *A Arte da Pesquisa*. 2.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BORGES, Agnes Pinto. *Parcerias Empresariais*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.
- BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2006.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 10.^a ed., 1998.

- CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *Contrato de Distribuição ou Concessão Mercantil*. In *Direito dos Contratos*, Coordenação de Antonio J.P. Júnior e Gilberto Haddad. São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2006, p. 454.
- CARNEIRO, Ricardo (org.). *A Supremacia dos Mercados e a Política Econômica do Governo Lula*. São Paulo: Editora Unesp, 2006.
- CARVALHOSA, Modesto. *A ordem Econômica na Constituição de 1969*. São Paulo, Ed. RT, 1972.
- CATALAN, Marcos Jorge. *Relatividade*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008. *Direito dos Contratos*, Orientação Giselda M.F. Novaes Hironaka, Coordenação Amanda Zoe Morris e Lucas Abreu Barroso.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 3, São Paulo: Editora Saraiva, 3.^a ed., rev. e atual. de ac. com o NCC, 2002.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 2. ed., São Paulo: Perspectiva, 2005.
- EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- ESSER, Josef. *Shuldrecht, Karlsruhe*. Verlag C.F. Müller, 1968.
- FARIA, Werter. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 32.^a ed., 2005.
- GEVAERD, Jair e TONIN, Marta Marília (coordenadores). *Direito Empresarial & Cidadania – Questões Contemporâneas*. Curitiba Ed. Juruá, 2006.
- GODOY, Claudio Luis Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed. 2008.
- GOZZO, Débora. ALVES, José Carlos Moreira. REALE, Miguel (Coordenadores). *Principais Controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 11.^a ed., 2006 .

- GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo, Ed. Malheiros Editores, 2005.
- LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. München, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, 1970.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 6.^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A Súmula n.º 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça*. In *Direito dos Contratos*, Coordenação de Antonio J.P. Júnior e Gilberto Haddad. São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2006, p. 440.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo : Editora Saraiva, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni – Editores, 2004.
- MANCEBO, Rafael Chagas. *A Função Social do Contrato*. São Paulo: Editora Quartier Latin.
- MARION, José Carlos. *Contabilidade Empresarial*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 11.^a ed., 2005.
- MARQUES, Claudia Lima (Coordenação). *A Nova Crise do Contrato. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 2000.
- MATHIAS, Maria Ligia Coelho, DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MELO, Claudinei de. *Contrato de Distribuição*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1987.
- MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre Empresas*. São Paulo, Ed. RT, 2006.
- NALIN, Paulo. *Do Contrato Conceito Pós-Moderno*. Curitiba: Editora Juruá, 2006, 2.^a ed.
- NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Uma Nova Racionalidade Administrativa Empresarial – Direito Empresarial & Cidadania: questões contemporâneas./ Coordenado por : Jair Gevaerd, Marta Marília Tonin*. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. JABUR, Gilbeto Haddad (coordenação). *Dreito dos Contratos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.
- REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1988.
- RIBEIRO, Luciana Antonini. *Crise do contrato e a nova teoria contratual – a nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, A Nova Crise dos Contratos – Estudos sobre a nova teoria contratual – Coordenação Claudia Lima Marques, 2007.
- RIBEIRO, Osni Moura. *Contabilidade Básica*. São Paulo: Saraiva, 2003, 23.^a ed.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil . Parte Geral das Obrigações*. Vol. 2. São Paulo: Ed. Saraiva, 30.^a ed. atual. com. NCC, 2006.
- _____. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. Vol. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 30.^a ed. atual. com. NCC, 2006.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 1988.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo, Ed. Malheiros Editores, 3.^a ed. 2006.
- _____. *Direito Concorrencial as condutas*. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2007.
- SANTOS, J.A.Penalva. *Os Contratos Mercantis à Luz do Código Civil*. São Paulo, Ed. Malheiros Editores, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O Dano Moral e a sua Reparação Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SINGER, Reinhard. Palestra proferida pelo professor da Humboldt-Universit“t de Berlim, no I Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR, realizado em outubro de 2008.

- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3.^a ed.
- THEODORO JÚNIOR Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008.
- THEODORO JÚNIOR Humberto, THEODORO DE MELLO Adriana Mandin. *O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial*. São Paulo, RT vol. 825, 2004.
- TIMM, Luciano Benetti Timm. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.
- TOKARS, Fábio. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Editora LTR, 2006.
- TORRES, Andreza Cristina Baggio. *Teoria Contratual Pós-Moderna*. Curitiba, Ed. Juruá, 2007;
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. II, 3.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- _____. *Direito Civil. Contratos em Espécie*. v. III, 3.^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Ed. Campus 2005.

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](#)