

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

ANA BEATRIZ SOUZA NIETO

**O PODER DE DENÚNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO:
A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE PRAZO INDETERMINADO E O
ABUSO DE DIREITO**

**CURITIBA
2013**

ANA BEATRIZ SOUZA NIETO

**O PODER DE DENÚNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO:
A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE PRAZO INDETERMINADO E O
ABUSO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA BEATRIZ SOUZA NIETO

O PODER DE DENÚNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE PRAZO INDETERMINADO E O ABUSO DE DIREITO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientador: _____
Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, UFPR

Prof. Dr. Carlos Eduardo Hapner, UFPR

Dr. João Paulo Capelotti, UFPR

Curitiba, de de 2013.

Dedico este trabalho, bem como a conclusão do meu curso, a **Deus**. *“Porque Dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas; glória, pois, a Ele eternamente. Amém.”* (Romanos, 11:36).

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, **Laureano** e **Gislayne**, por toda a dedicação desde que eu nasci. Sem vocês eu não chegaria até aqui. Vocês são minha base, minha força, minha inspiração, meu maior orgulho, meu exemplo. Tudo vale a pena quando vejo o sorriso no rosto de vocês.

Agradeço também à minha irmã, **Maria Luiza**: minha metade, meu anjo na Terra, meu porto seguro, minha melhor amiga. Foi um pouquinho mais difícil sem você nesse último ano, mas suas orações me ampararam. *“I carry your heart with me.”*

Agradeço ao amor da minha vida, **Lucio**, por estar ao meu lado sempre, dando a palavra de carinho e o incentivo necessário. Não teria conseguido sem o seu apoio. *“You’re every line, you’re every word, you’re everything.”*

Agradeço à minha bisavó, **Zoraide**, que sempre acreditou em mim e certamente estaria muito feliz ao comemorar essa etapa vencida.

De igual modo, agradeço aos meus avós, **Edil, Loide, Alia, Laureano, Ruth** e **Laélio**, que me inspiram a tentar ser uma pessoa melhor para orgulhá-los. Espero que a conclusão deste curso traga felicidade no coração de vocês.

Agradeço à minha **família** (tios, primos, sogros, cunhados e sobrinhos). Vocês são bênçãos na minha vida. Sou grata por compartilharem mais uma vitória comigo.

Também agradeço aos meus **amigos**. Obrigada por estarem ao meu lado em todas as situações. Obrigada por acreditarem em mim. Vocês são luz. *“Fundamental é mesmo o amor, é impossível ser feliz sozinho”*.

Agradeço ao meu padrinho de coração, **José Geraldo da Fonseca**, por todos os conselhos ao longo do curso. Obrigada, principalmente, por ser minha inspiração no Direito. Se um dia eu for metade do que você é já estarei satisfeita.

Agradeço a **Larissa Sbrissia**, por toda a ajuda durante a faculdade, pela amizade e pelo incentivo ao tema. Agradeço também a **Raquel Fülle** e a **Fernanda Forster**, por todo o apoio e paciência nessa reta final. Sou grata a Deus por colocar mulheres tão maravilhosas na minha vida para me guiar.

Por fim, agradeço ao meu professor orientador, **Dr. Rodrigo Xavier Leonardo**, por me ensinar o verdadeiro significado da palavra “mestre”. Foi uma honra ser sua orientanda.

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar as hipóteses de configuração do abuso de direito nas denúncias imotivadas dos contratos de distribuição de prazo indeterminado. Avaliaram-se os aspectos contratuais da denúncia e a caracterização do abuso de direito como ato ilícito. Foi discorrido sobre o conceito dos contratos de distribuição, a fim de explicar a dependência econômica extremada que existe na relação. Cláusulas de exclusividade, restrições e obrigações ao distribuidor. Foram estudados os motivos que levam a denúncia dos contratos de distribuição a se tornar abusiva: falta de prazo razoável e comportamento contraditório. Aplicação do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil. Vedação de *venire contra factum proprium*. Produtor como parte mais forte do contrato. Distribuidor dependente. Má-fé nas denúncias. Comportamento egoístico. Análise da jurisprudência dos últimos três anos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Paraná. Denúncia é abusiva na maior parte dos casos. Há casos lícitos. Prazo apropriado ao montante de investimentos. É possível denunciar os contratos de distribuição de prazo indeterminado sem que haja o abuso de direito. Necessária a apreciação da relação no caso concreto. Buscar a atuação de forma pertinente e prazo razoável de acordo com investimentos e mercado. Mudança na forma de pensar das empresas. Boa-fé como princípio norteador da relação entre fornecedor e distribuidor.

Palavras-chave: Denúncia. Contrato de distribuição. Prazo indeterminado. Abuso de Direito. Dependência econômica. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the assumptions of the configuration of abuse of rights in the complaints without motives of the distribution contracts with an indefinite time limit. The contractual aspects of the complaint and the characterization of the abuse of law and tort were evaluated. The concept of the distribution contracts were discussed in order to explain the extreme economic dependency that exists in the relationship. Exclusivity clauses, restrictions and obligations to the distributor. The reasons justifying why the complaint in the distribution contracts become abusive were studied: lack of reasonable amount of time and contradictory behaviour. Application of article 473, sole paragraph, of the Civil Code. Prohibition against *venire contra factum proprium*. The producer is the strongest part of the contract. Dependent distributor. Bad faith in the complaints. Selfish behavior. Analysis of the jurisprudence of the last three years of the Court of Justice of São Paulo and Paraná. Termination is abusive in most cases. There are legitimate cases. Appropriate time limit for the amount of investment. The distribution agreements for an indefinite period can be terminated without any abuse of rights. Is necessary to evaluate the relationship in each case. Search for a relevant performance and reasonable time-limit in accordance with the investment and the market. Shift in corporate thinking. Good faith as a guiding principle of the relationship between supplier and distributor.

Keywords: Complaint. Distribution agreement. Indefinite term. Abuse of rights. Economic dependence. Objective good faith.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DIREITO CONTRATUAL	11
2.1. A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL.....	11
2.2. O CONTRATO	12
2.3. OS PRINCÍPIOS DO CONTRATO	14
2.3.1. Princípio da autonomia privada negocial	15
2.3.2. Princípio da força obrigatória	16
2.3.3. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato	18
2.3.4. Princípio da função social do contrato	19
2.3.5. Princípio da equivalência material	21
2.3.6. Princípio da boa-fé objetiva	22
2.3.7. Da vedação ao comportamento contraditório	24
2.4. A EXTINÇÃO CONTRATUAL.....	25
2.5. A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE PRAZO INDETERMINADO.....	28
3. ABUSO DE DIREITO	31
3.1. ORIGENS DA NOÇÃO DO ABUSO DE DIREITO	31
3.2. A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO	32
3.3. O ABUSO DE DIREITO COMO ESPÉCIE DE ATO ILÍCITO.....	34
3.4. O ABUSO DE DIREITO E O PODER DE DENÚNCIA.....	39
4. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO	42
4.1. CONCEITO.....	43
4.2. OUTRAS FIGURAS CONTRATUAIS	45
4.3. ELEMENTOS ESSENCIAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO	50
4.4. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO	51
4.4.1. Bilateralidade	52
4.4.2. Misto e atípico	52
4.4.3. Acordos verticais	54
4.4.4. Longa duração e confiança entre as partes	55
4.5.5. Contratos relacionais	56
4.4.6. Relação fornecedor/distribuidor	57

4.4.7. Rede de distribuição	59
4.4.8. Obrigações secundárias.....	60
5. A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE PRAZO INDETERMINADO E O ABUSO DE DIREITO.....	68
5.1. A DENÚNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO	69
5.2. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.....	70
5.3. A DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO E O CÓDIGO CIVIL.....	74
5.4. A DENÚNCIA IMOTIVADA, O ABUSO DE DIREITO E OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO	76
5.5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	81
6. CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS.....	96

1. INTRODUÇÃO

O maior objetivo de uma empresa produtora de bens de consumo é o aumento das vendas e o conseqüente aumento dos lucros. Ora, se essa é a principal finalidade de todos os produtores, ela deve ser analisada com cuidado e pertinência, de forma a sempre ser o foco de toda a atenção e estar em constante aprimoramento.

Obviamente, no mundo globalizado em que vivemos, é impossível que o consumidor vá atrás de cada produtor para adquirir as mercadorias de que precisa e deseja. Os produtos devem chegar até os consumidores e isso só é possível por meio das redes de escoamento organizadas pelas indústrias. Quanto mais preparada e eficiente é a empresa neste departamento, mais clientes conseguirá alcançar.

Contudo, o escoamento, principalmente nas médias e grandes empresas, é realizado de forma independente, por meio de um intermediador, tendo em conta, principalmente, o raio de locais a serem alcançados e o número de bens produzidos por período, sendo que, caso o produtor tentasse dar conta da empresa e do escoamento global de produtos fatalmente teria custos elevadíssimos para, ainda assim, não chegar à eficiência máxima.

Essa relação entre intermediador e empresa, entretanto, também não é simples e, no mais das vezes, consiste em um acordo envolvendo alto grau de complexidade, confiança, lealdade e dependência econômica. São geralmente firmados contratos relacionais, de prazo indeterminado, que visam à continuidade do escoamento em espaços pré-determinados.

O contrato de distribuição *stricto sensu* é uma das espécies de contratos possíveis para escoamento de produtos e consiste, basicamente, em um acordo entre produtor e distribuidor em que o primeiro se compromete a vender ao segundo produtos por preços promocionais e outras regalias, a fim de que o segundo revenda tais mercadorias, obedecendo a uma série de exigências.

No direito contratual da atualidade, é possível perceber a importância da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da equivalência entre as partes, bem como a mitigação de princípios como a relatividade dos efeitos dos contratos e do *pacta sunt servanda*. Em decorrência da mudança de valores e, conseqüentemente,

do direito das obrigações em si, o término das relações contratuais não é mais uma relação de simples poder – sujeição, podendo ser configurado ato ilícito em determinadas situações.

O objetivo do presente trabalho monográfico é analisar o poder de denúncia imotivada nos contratos de distribuição firmados por prazo indeterminado, assunto mais polêmico dentro dessa classe contratual, tendo em vista a configuração do abuso de direito, e conseqüente obrigação de indenizar, na maior parte dos casos levados ao judiciário.

A importância do tema advém do fato de que ao mesmo tempo em que constantemente configura-se o abuso de direito nas denúncias imotivadas dos contratos de distribuição de prazo indeterminado, ninguém quer ficar “preso” a uma relação eternamente, sem poder de escolha e de desvinculação. Sendo assim, nasce a indagação: é possível denunciar o contrato de distribuição sem que haja a configuração do abuso de direito?

Esta pergunta consiste no objeto do trabalho em questão e para que seja possível chegar a uma resposta pertinente, cumpre adentrarmos, em primeiro lugar, ao campo do direito contratual, a fim de esclarecer o que vem a ser a relação jurídica obrigacional, o contrato, os seus princípios e as formas de extinção autorizadas pelo ordenamento.

Em segundo lugar, necessário se faz o estudo sobre a teoria do abuso de direito, para que seja possível identificar a sua ocorrência nas denúncias. Em terceiro lugar, essencial compreender o porquê do contrato de distribuição ser tão complexo e tão sensível ao desfazimento unilateral da relação.

Por fim, após esclarecidos os pontos acima, é possível analisar a configuração do abuso de direito nas denúncias imotivadas nos contratos de distribuição de prazo indeterminado, buscando compreender o instituto da melhor forma possível para, ao final, verificar como sair de uma relação dessa espécie sem que haja abuso, considerando, principalmente, as jurisprudências nos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e de São Paulo.

2. DIREITO CONTRATUAL

Para que se possa entender toda a sistemática dos contratos de distribuição na atualidade é necessário, antes de tudo, entender o que vem a ser o contrato, sua definição e seus fundamentos. O direito contratual está baseado no fato de que o ser humano não é capaz de viver completamente sozinho, vive em contato diário com outras pessoas, deve se relacionar para sobreviver. Esse contato com o outro é realizado por meio de relações e essas relações, para que sejam devidamente cumpridas, são, muitas vezes, reguladas pelo direito, tornando-se relações jurídicas.

2.1. A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

As relações jurídicas são relações entre dois ou mais sujeitos, que geram deveres, direitos, sujeições ou até mesmo faculdades e são reguladas pelas normas do direito.¹ Dentre as relações jurídicas, podemos especificar as relações jurídicas obrigacionais que fazem parte do direito privado e têm como particularidade a possibilidade do titular do direito exigir o cumprimento do dever de prestar, sendo que o devedor deve responder com o seu patrimônio.² Nas palavras de Pontes de Miranda: “Os negócios jurídicos de direito das obrigações irradiam pretensões pessoais, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem, *debitor*, que dê, faça, ou não faça, em virtude de relação jurídica só entre eles³.”

As relações jurídicas obrigacionais têm como elementos identificadores o vínculo jurídico, a prestação, a patrimonialidade e o interesse do credor (satisfeito quando se solve a dívida)⁴ e não devem ser identificadas pelo binômio crédito e débito, mas sim consideradas, de acordo com Clóvis do Couto e Silva, como um

¹ LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3. Ed., Milano: Giuffrè, 1981. Tradução, com adaptações e modificações, por ALCIDES TOMASETTI JR. (1995), p. 102-123.

² LÔBO, Paulo. **Direito civil: Obrigações**. 2. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 24.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo XXII. 2. Ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958, p. 9.

⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. v.I. Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 277-291, p. 281-286.

processo⁵, um organismo, relação dinâmica que leva a um fim: o adimplemento da obrigação.⁶

2.2. O CONTRATO

Uma das principais fontes das relações jurídicas obrigacionais é o contrato, que pode ser definido como negócio jurídico⁷ bilateral que serve de:

Instrumento para a autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. (...) O contrato gera nas partes a convicção da certeza e da segurança jurídica, de que as obrigações assumidas serão cumpridas e, se não o forem, de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos.⁸

A origem e o conceito do contrato podem ser resumidos, nas palavras de Enzo Roppo, da seguinte forma:

⁵ “A dogmática jurídica, ao apreender que a relação jurídica obrigacional é um organismo, formado pela ‘integração de múltiplas faculdades e situações’, observa também que essa se desenvolve de modo dinâmico no transcurso do tempo, tendo por escopo um fim, centrado no adimplemento satisfatório. Esse *iter* é chamado de processo. Em razão disso, a relação jurídica obrigacional passa a ser tida como complexa. Portanto, aquele que se detiver a analisar uma relação jurídica obrigacional como uma totalidade a se desenvolver, voltada a um fim, constatará que, além da existência de direitos e deveres primários ou das respectivas pretensões e obrigações correlatas, existe, em torno deles, outra gama de efeitos jurídicos, os quais conferem a ela caráter complexo, a saber: os direitos e deveres secundários; os laterais – advindos da boa-fé objetiva -; os direitos potestativos – em suas espécies, direitos formativos e direitos de exceção -, vinculados a um estado de sujeição; ações vinculadas às situações do acionado; os ônus; as faculdades.” (HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 103-104.)

⁶ “A presente obra, ‘A obrigação como Processo’, tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor. (...) O adimplemento atrai e polariza a obrigação, é o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade.” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Editora Bushatsky, 1976, p. 5)

⁷ “*In concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16, grifo do autor).

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 15.

Desta matéria existe, na história do pensamento jurídico institucional, uma aplicação exemplar, operada por uma doutrina muito famosa: a de Henry Sumner Maine, estudioso inglês do século passado, segundo o qual todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode descrever-se, sinteticamente, como um processo de transição do “status” ao contrato. Com esta fórmula – conhecida simplesmente como “lei de Maine” – quer-se exprimir a ideia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens – poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade – eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo semântico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de atuação.⁹

O negócio jurídico contratual é, portanto, aquele ato jurídico que tem no elemento nuclear¹⁰ do suporte fático¹¹ a manifestação da vontade das partes¹², sendo que elas não apenas têm vontade em realizar o negócio jurídico, como

⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Editora Almedina, 1979. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (2009), p. 26.

¹⁰ “No estudo dos suportes fáticos completos, em especial dos negócios jurídicos, é preciso ter em vista que há fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, constituem-se nos *elementos nucleares do suporte fático* ou simplesmente, no seu *núcleo*. Dentre esses há sempre um fato que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção. Às vezes esse fato não está, expressamente, mencionado, mas, por constituir o dato fático fundamental do fato jurídico, a sua presença é pressuposta em todas as normas que integram a respectiva instituição jurídica. Esse fato configura o *cerne do suporte fático*. Além do cerne, há outros fatos que completam o núcleo do suporte fático e, por isso, são denominados *elementos completantes do núcleo*.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. 18. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 85).

¹¹ “Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (=fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica.” (Ibid., p. 73).

¹² Sobre a manifestação de vontade, é o ensinamento de Junqueira de Azevedo: “Ainda, como categoria, o negócio jurídico, em segundo lugar, não é um simples fato, no qual a norma jurídica leva em consideração a existência de vontade (um ato); ele é mais do que isso; ele é uma *declaração de vontade*, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, as *circunstâncias negociais*, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**, 2002, p. 17). Ainda, acerca do assunto, frisa-se que a manifestação da vontade não precisa ser expressa, podendo haver manifestação de diversos modos, inclusive com o silêncio. De acordo com Enzo Roppo: “Os modos pelos quais a vontade de concluir um contrato pode ser manifestada para o exterior (mais precisamente para a contraparte) podem ser diversos. Naturalmente que o modo principal é constituído pela linguagem, e não há dúvida de que na maioria dos casos os contratos concluem-se pronunciando e/ou escrevendo palavras. Mas a palavra é apenas um dos possíveis “sinais” com que os homens comunicam entre si (...) Há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito numa manifestação *tácita* de vontade.” (ROPPO, Enzo. op. cit., p. 93-94).

também, na maior parte das vezes, podem “regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.”¹³

Ou seja, as partes de um contrato podem moldar os efeitos do negócio jurídico que está sendo celebrado de acordo com suas declarações de vontades e interesses, criando um negócio único, porém, sempre dentro dos limites impostos pelo sistema.¹⁴

2.3. OS PRINCÍPIOS DO CONTRATO

Os princípios são, de acordo com Robert Alexy, mandados de otimização que devem ser cumpridos na medida do possível, ou seja, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que variam caso a caso. Assim, princípios não são como regras que devem ser cumpridas da maneira como estão descritas, independentemente do caso concreto, princípios são normas jurídicas que podem ter aplicações variadas. Resumidamente:

O ponto decisivo para a distinção entre as regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, conseqüentemente, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado através de princípios e regras que jogam em sentido contrário. Ao contrário, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos¹⁵.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**, 2012, p. 189.

¹⁴ *Ibid.*, p. 202 e 225.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica**. Revista DOXA, nº 05, 1988, p. 143-144, tradução nossa. Disponível em: <http://www.4shared.com/office/FVwqNRk2/sistema_juridico_principios_ju.htm>. Acesso em 09.07.2013.

Os princípios estão presentes em todo o direito, desta forma, os contratos também possuem seus próprios princípios que norteiam as relações jurídicas contratuais. Contudo, não se pode olvidar que, por serem mandados de otimização, nem sempre eles são totalmente aplicados e muitas das vezes esse fato acontece porque entram em colisão com outros princípios, devendo cada um deles ser aplicado da melhor forma possível. Isso significa dizer que sim, algumas vezes princípios irão se sobrepor, porém, um não anula o outro, pelo contrário, há uma ponderação de acordo com cada caso concreto para que os princípios de determinada relação (no presente caso, a contratual) sejam aplicados da forma mais justa possível.¹⁶

Os princípios do contrato são os seguintes: Princípio da autonomia privada negocial, princípio da força obrigatória, princípio da relatividade dos efeitos do contrato, princípio da função social do contrato, princípio da equivalência material e, finalmente, princípio da boa-fé objetiva. Falaremos brevemente de cada um deles na sequência, dando maior ênfase aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva, uma vez que serão objetos de estudo quando tratarmos do tema central do trabalho.

2.3.1. Princípio da autonomia privada negocial

Na maior parte das vezes, as pessoas têm liberdade de escolher se vão ou não celebrar um contrato, bem como, por ser o contrato uma espécie de negócio jurídico, exprimir quais os efeitos que desejam que advenham desse “acordo”. Desta forma, cada qual tem autonomia de regular os contratos conforme os seus próprios interesses, respeitando, obviamente, os limites impostos pelas regras jurídicas e sociais¹⁷. Conforme lecionava Pontes de Miranda¹⁸: “não há autonomia absoluta ou

¹⁶ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica**, 1988, p. 145.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 489-490. Ainda, nas palavras de Paulo Lôbo: “O Estado social desenvolveu técnicas de limitação positiva que propiciam regulação legal e a revisão judicial dos contratos. Ao invés de negar, legitimam a intervenção. São, assim: a) limitações da liberdade de conclusão ou de escolha do outro contratante, sobretudo nos setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte etc.) ou monopolizados; b) limitações de liberdade de escolha do tipo contratual, quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença, concessão ou cessão no âmbito da Lei dos Direitos Autorais, e dos contratos

ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.”.

Nas palavras de Flávio Tartuce:

A autonomia privada, em relação contrato, pressupõe o exercício de três modalidades de liberdades de escolha, interligadas: a) a liberdade de escolher o outro contratante; b) a liberdade de escolher o tipo contratual; c) a liberdade de determinação do conteúdo. A plenitude da autonomia privada negocial é atingida com os contratos atípicos, que escapam dos modelos legais e ficam sujeitos aos princípios e normas gerais do direito contratual¹⁹.

Contudo, atualmente não são raras as vezes que esse princípio se vê mitigado pela falta de opção na contratação²⁰ ou pela impossibilidade de escolha dos efeitos que advêm do acordo²¹. O contrato de distribuição é um exemplo. Como contrato atípico é demonstração da autonomia privada, porém, geralmente, o distribuidor é privado de discutir as cláusulas do acordo firmado, ou seja, não há efetiva discussão sobre os efeitos que decorrerão do contrato.

2.3.2. Princípio da força obrigatória

Ordinariamente, quando se fala em contratos, a primeira coisa que vem à cabeça de um jurista é a expressão latina “pacta sunt servanda”, que significa que o contrato faz lei entre as partes. Esse princípio é uma derivação do princípio da

de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário; c) limitações da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, como no exemplo do inquilinato, dos contratos imobiliários, do contrato de turismo, do contrato de seguro e dos planos de saúde.” (LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 62)

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962, p. 39.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, 2011, p. 500 e LÔBO, Paulo. op. cit., p. 61.

²⁰ Temos como exemplo os contratos de energia elétrica ou até mesmo dos seguros obrigatórios de automóveis, que são obrigações quase que coativas.

²¹ Nos contratos por adesão apenas uma das partes estipula quais são os efeitos do contrato, não sendo objeto de um verdadeiro acordo entre as partes.

autonomia da vontade e têm dois efeitos principais: a estabilidade e a previsibilidade.²²

Ora, haveria, portanto, uma segurança jurídica decorrente do contrato, uma vez que os efeitos do acordo seriam previsíveis, bem como haveria uma estabilidade no sentido de que o acordado não poderia ser alterado, nem sequer por lei posterior.

O contrato é espécie de negócio jurídico, que por sua vez, é espécie de ato jurídico, o qual se diz perfeito quando foi concluído de acordo com as exigências da lei antiga, não podendo a lei nova ser a ele aplicada de modo retroativo. Todavia, em relação ao plano da eficácia, a lei nova, sem risco de retroatividade, alcança os efeitos do contrato, a partir do início da vigência daquela. Não alcança os efeitos já produzidos, ainda que não exercidos pelas partes do contrato, antes de sua vigência, salvo se contrariarem o princípio da função social do contrato. Portanto, a intangibilidade compreende integralmente os planos da existência e da validade e, parcialmente o plano da eficácia.²³

Não se pode pensar, entretanto, que nos dias atuais exista algo tão estanque assim. Hoje há uma mitigação do princípio da força obrigatória dos contratos, sendo que se usa, cada dia mais, o princípio da razoabilidade devido ao crescimento exponencial dos contratos por adesão. Muitas vezes esse tipo de contrato possui uma série de cláusulas abusivas que são revisadas pelos tribunais, já que não é “razoável” preponderar o princípio da força obrigatória em detrimento dos princípios da boa-fé e função social do contrato²⁴, considerando que vivemos em uma sociedade democrática e que busca a justiça.

Ressalta-se, porém, que não se afirma que o princípio da força obrigatória não é mais aplicável ou irá desaparecer do direito brasileiro, mas sim que ele não é absoluto e vem sendo relativizado pela jurisprudência²⁵.

²² LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 63.

²³ *Ibid.*, p. 63.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, 2011, p. 500-501.

²⁵ “Mesmo que revestido o contrato de aparente legalidade, mostra-se **perfeitamente viável a revisão de cláusulas contratuais supostamente ilegais ou abusivas, por mitigação do princípio *pacta sunt servanda***, a fim de ser evitada a onerosidade excessiva. (...) **Não se trata de negar vigência ao princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)**, segundo o qual este faz lei entre as partes, porque então negada a própria essência do contrato como fonte de obrigações, mas tão-somente de afastar sua incidência em relação a cláusulas abusivas, assim entendidas aquelas que dão, origem a uma situação de desequilíbrio entre as partes. (...) **O *pacta sunt servanda*, portanto, apesar de amenizado, permanece em vigor, impedindo os contratantes de arrependerem-se e unilateralmente revogarem a avença, bem como obsta ao juiz alterar os termos do contrato, a fim de torná-lo mais**

2.3.3. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato traz com ele a ideia de que o contrato só produz efeitos entre as partes contratantes, ou seja, não deve atingir terceiros de forma alguma, não atinge para aproveitar e tampouco para prejudicar. Esse princípio remete à ideia de que um terceiro não pode ser alcançado por um acordo que não teve vontade de participar, não sendo obrigado por vontade alheia.²⁶

O princípio é lógico, contudo, em decorrência do princípio da função social do contrato, que será explicado mais adiante, acaba ficando em segundo plano em determinados casos. Atualmente, inseridos na sociedade, os terceiros participam, de uma forma ou de outra, das relações contratuais, uma vez que devem respeito ao que foi acordado, porém, também não podem ser arbitrariamente prejudicados pelo contrato firmado pelas partes.²⁷

Há contratos que fogem da regra da relatividade e estendem os seus efeitos aos terceiros, constituindo exceções ao princípio e sustentando a tese de que não podemos afirmar a que a relatividade é absoluta no mundo contratual. São essas exceções: a estipulação em favor de terceiro²⁸, a promessa de fato de terceiro²⁹, o contrato com pessoa a declarar³⁰ e a tutela externa de crédito ou eficácia externa da função social do contrato, sendo que, acerca da última, há o Enunciado n. 21 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil³¹ que declara:

humano, salvo quando patente a abusividade decorrente da má-fé ou do desequilíbrio entre as partes.” (TJ-RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Data de Julgamento: 15/09/2011, Décima Oitava Câmara Cível, grifo nosso.)

²⁶ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. Volume III. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 17.

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 64.

²⁸ “Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. **Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la**, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 10/10/2013, grifo nosso).

²⁹ “Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.” Artigo que mostra que a conduta do terceiro pode retirar a obrigação da parte contratante. (Ibid.).

³⁰ “Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.” Artigo que exterioriza a possibilidade de um terceiro assumir os direitos e obrigações de um contrato (Ibid.).

³¹ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69>. Acesso em: 15.07.2013.

21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Desta forma, conclui-se que não se pode mais afirmar que o contrato apenas produz efeitos entre as partes e não pode ser oponível a terceiros. Pelo contrário, cada dia mais a doutrina, a jurisprudência e as próprias leis que regem os contratos típicos, mostram a possibilidade de um contrato entre “A” e “B” gerar efeitos em “C”. Abrem-se os olhos para a realidade.

2.3.4. Princípio da função social do contrato

O princípio da função social do contrato é expresso no Código Civil Brasileiro no artigo 421, que enuncia: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”, sendo este um princípio de ordem pública de acordo com o parágrafo único do artigo 2.035 do CC³².

Tal princípio traz à tona, novamente, a ideia de que não vivemos sozinhos. Nas palavras de Flávio Tartuce³³:

Neste contexto, o contrato não pode mais ser visto com uma *bolha*, que *isola as partes do meio social*. Simbolicamente, a *função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos*. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da *personalização e constitucionalização do Direito Civil*, pode-se afirmar que a *real função do*

³² “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. **Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.**” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002, grifo nosso).

³³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, 2011, p. 494.

contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana.

O que se tenta fazer com a aplicação da função social dos contratos no direito brasileiro é determinar que os interesses individuais das partes contratantes sejam conformados com os interesses sociais, sempre que necessário. Ou seja, busca-se a justiça social, limitando o contrato como um todo para que este não seja objeto de consolidação da desigualdade e exploração, sendo que tal limitação não é uma opção para as partes, mas sim um dever geral de conduta que está sempre presente, independente da vontade.³⁴

Orlando Gomes entende que há três casos em que a violação ao princípio da função social deve levar a ineficácia superveniente do contrato. Sendo estes: ofensa aos interesses coletivos, lesão à dignidade da pessoa humana³⁵ e impossibilidade de obtenção do fim último do contrato.³⁶

Tartuce, por sua vez, fala da dupla eficácia do princípio da função social, dizendo que há a eficácia interna e a eficácia externa. Em relação a primeira, o autor enumera que os efeitos do princípio seriam: proteção dos vulneráveis contratuais, vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade no contrato, nulidade das cláusulas (tidas como abusivas)³⁷ e, por fim, tendência de conservação contratual³⁸,

³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 67-69.

³⁵ Acerca do assunto, podemos citar o Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil que diz: “23 - Art. 421: **a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.** (Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69>. Acesso em: 15.07.2013, grifo nosso).

³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 50.

³⁷ “(...) A despeito da argumentação apresentada pelos Agravantes no presente recurso, persevero no entendimento de que a exclusão contratual de tratamento oftalmológico com fundamento na ausência de indicação no rol da ANS contraria a função do contrato, tornando tais cláusulas nulas de pleno direito (...)” (TJ-PE - AGV: 2823772 PE 0017662-12.2012.8.17.0000, Relator: Stênio José de Sousa Neiva Coêlho, 5ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 26/09/2012).

³⁸ “(...) Impossível desconsiderar, no entanto, que a autora vem contratando com a seguradora ré há aproximadamente 20 anos, com a justa expectativa de alcançar aos seus familiares o valor correspondente a cobertura contratada quando vier a ocorrer o sinistro. Assim, se temos, de um lado, como decorrência da livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF), a liberdade de contratar, a tal se coloca como anteparo, o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, da CF), de molde a demonstrar que aquele não é ilimitado, como se pudesse a ré, no caso concreto, quando não mais lhe convém a manutenção de um contrato que perdurou por largo período de tempo, estabelecer condições inaceitáveis e acenar com a possibilidade de não renovação, o que de fato veio a se concretizar para aqueles que não aderiram a nova proposta. Vê-se, *in casu*, que a liberdade de contratar, tal como estabelece o artigo 421 do Código Civil, está limitada pela função social do

sendo a extinção a última medida a ser tomada. Ainda, em relação a eficácia externa, o autor cita: proteção dos direitos difusos e coletivos e tutela externa do crédito.³⁹

De qualquer modo, o que se pode perceber é que o princípio da função social está sempre presente na relação contratual, seja anulando cláusulas que são abusivas ou protegendo a dignidade da pessoa humana. A atuação da função social é benéfica na medida em que protege o indivíduo dentro da sociedade, fazendo com que as relações contratuais sejam justas e duradouras.

2.3.5. Princípio da equivalência material

Haveria um verdadeiro retrocesso no direito contratual brasileiro caso afirmássemos que um contrato permanece igual independentemente das mudanças geradas pelo decorrer do tempo. A situação econômica varia com o momento, aquele que hoje é da classe média amanhã pode ser milionário e vice-versa, como pode, então, um contrato permanecer igual com o decorrer do tempo se as partes contratantes estão em constante mudança?

É por esta razão que o princípio da equivalência material atua no dia-a-dia dos contratos para evitar injustiças e manter o equilíbrio. O que ele busca é que haja uma harmonização tanto antes, como durante e após a execução do contrato. De acordo com Paulo Lôbo⁴⁰, podemos falar em dois aspectos distintos deste princípio, sendo o primeiro deles subjetivo que identifica o poder contratual dominante e presunção legal de vulnerabilidade e o segundo o objetivo que verifica o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais.

Caso não haja respeito ao princípio em tela, pode ser declarada a nulidade total ou parcial do contrato, bem como pode haver a interpretação do contrato de acordo com o princípio, na tentativa de conservar o acordo entre as partes.⁴¹

contrato (...).” (TJ-RS - Recurso Cível: 71002600757 RS , Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Data de Julgamento: 26/05/2011, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/05/2011.).

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, 2011, p. 495-498.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 71.

⁴¹ Ibid., p. 72.

2.3.6. Princípio da boa-fé objetiva

O Código Civil de 2002 acertou ao prever a boa-fé contratual em seu texto legislativo, vez que este princípio influencia as relações jurídicas obrigacionais como um todo. A boa-fé rege os contratos, servindo de condição, parâmetro e regra de interpretação.

O princípio da boa-fé pode ser dividido em boa-fé subjetiva e objetiva. Aquela é a que está no interior do consciente do ser humano, ou seja, o desejo de agir de determinada forma, relacionada a um aspecto psicológico. Enquanto isso, a boa-fé objetiva diz respeito a um comportamento social, sendo externo ao sujeito, que deve observar o princípio durante toda⁴² a relação contratual.⁴³

Judith Martins-Costa, ao doutrinar acerca do tema, aduz que a boa-fé objetiva tem três distintas funções, quais sejam: a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.⁴⁴

Ora, se pode dizer, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva é, em primeiro lugar, um princípio que serve de base para interpretação e preenchimento de lacunas existentes em todo negócio jurídico. Não é possível afirmar que um negócio jurídico é perfeito ou que um contrato e a lei podem prever todas as situações imaginárias. Quando um contrato é posto em prática, os contratantes agem de diversas formas diferentes para chegarem ao adimplemento, formas estas que, no mais das vezes, não estão previstas em nenhum dispositivo legal, cabendo ao juiz analisar a relação contratual como um todo e decidir se o agir das partes foi ou não regido pela boa-fé.⁴⁵ Ainda, deve o contrato ser interpretado com boa-fé, ou seja, sua interpretação não pode ter como resultado uma ação que lesione ou engane uma das partes que tinha confiança na relação.

Em segundo lugar, a boa-fé serve como norma de criação de deveres jurídicos. Isto quer dizer que o contrato não cria apenas aqueles deveres que estão

⁴² Ressalta-se que a relação contratual não tem o seu início apenas com a assinatura do contrato e não termina com o adimplemento. Existem as chamadas fases “pré” (*in contrahendo*) e “pós” (*post pactum finitum*) contratual que, de igual forma, também devem ser marcadas pelo princípio. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 74.)

⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**, 2008, p. 43.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. 1. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 428-432.

explícitos nas cláusulas. Ele gera, além dos deveres principais estabelecidos pelo acordo, deveres secundários que auxiliam na execução do negócio e deveres laterais, que são derivados da incidência da boa-fé objetiva.

Os deveres laterais são os que interessam ao presente trabalho, sendo que podemos citar, dentre eles: os deveres de cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e esclarecimento, os deveres de informação, o dever de prestar contas, os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte e os deveres de omissão e de segredo.⁴⁶

Tais deveres: “Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.⁴⁷”. São, portanto, deveres recíprocos que não dizem respeito ao objeto da obrigação em si, mas sim à relação obrigacional como um todo, que é pautada pela confiança e lealdade. Esses deveres não são estipulados pelas partes, ou seja, independem da previsão contratual.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que assim decidiu no Recurso Especial n. 1.111.095:

Mesmo na ausência da regra legal ou previsão contratual específica, da boa-fé nascem os deveres, anexos, laterais ou instrumentais, dada a relação de confiança que o contrato fundamenta. Não se orientam diretamente ao cumprimento da prestação, mas sim ao processamento da relação obrigacional, isto é, a satisfação dos interesses globais que se encontram envolvidos. Pretendem a realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes.⁴⁸

Ademais, a boa-fé serve como limite ao exercício de direitos subjetivos⁴⁹. Como já abordado, o contrato deve respeitar a sua função social. Sendo assim, “(...)

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**, 2000, p. 439.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 440.

⁴⁸ STJ, Resp. nº 1.111.095. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Convocado Do TRF 1ª Região, Data de Julgamento: 01/10/2009, T4 - Quarta Turma.

⁴⁹ Marcos Bernardes de Mello afirma que a lição da autora, neste sentido, é frequente e exata, mas um pouco tímida, tendo em vista que toda a limitação do exercício do direito é, ao mesmo tempo, limitação do conteúdo do direito. Nas palavras do autor “Exercer um direito nada mais é do que traduzir em atos concretos o seu conteúdo normativo. É realizar as condutas por ele permitidas. E

apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida⁵⁰.”.

Desta forma, podemos dizer que são proibidos, pelo direito brasileiro, atos que signifiquem algum abuso, contrariedade, aproveitamento da situação da outra parte, etc., ou seja, é proibida a conduta contrária à boa-fé objetiva.

Por fim, a adoção do princípio da boa-fé objetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, que atua nas suas três funções principais, está expressa nos seguintes artigos do Código Civil⁵¹, bem como na doutrina e jurisprudência dominantes: artigos 113 e 422⁵², que tratam da função interpretativa e integrativa, e artigo 187⁵³, que trata da limitação ao exercício de direitos subjetivos.

2.3.7. Da vedação ao comportamento contraditório

Um dos maiores desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva é a proibição ao comportamento contraditório das partes (ou proibição de *venire contra factum proprium*). De extrema importância para o presente trabalho, considerando que a denúncia nos contratos de distribuição muitas vezes é entendida como abusiva por consistir em um comportamento contraditório, tal proibição significa dizer que “a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar⁵⁴.”.

se é assim, a limitação do exercício corresponde à limitação do próprio direito.”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**, 2012, p. 259).

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**, 2000, p. 457.

⁵¹ Ressalta-se que não apenas nesses artigos o princípio da boa-fé objetiva está presente, sendo que ela pode ser encontrada por todo o ordenamento jurídico, tanto em outros dispositivos do Código Civil, quanto em outros ramos do direito.

⁵² “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” e “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002.).

⁵³ “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.” (Ibid.).

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**, 2011, p. 83.

Ora, agir de determinada maneira para conseguir alguma coisa em um momento e depois voltar atrás quando não mais interessa, criando expectativas e depois as frustrando, é, sem sombra de dúvidas, ato de má-fé, não deixando de ser uma enganação a outra parte, que age de boa-fé acreditando no que foi demonstrado em um primeiro momento.

Paulo Lôbo discorre sobre os requisitos para que seja configurado o comportamento contraditório e expõe duas concepções distintas e igualmente importantes.

São requisitos: a) existência de uma conduta anterior, relevante e eficaz; b) exercício de um direito subjetivo pelo mesmo sujeito que criou a situação litigiosa devida à contradição existente entre as duas condutas; c) identidade de sujeitos que se veiculam em ambas as condutas (Borda, 1993: 12). Já Anderson Schreiber, sob a ótica do direito brasileiro, considera como pressupostos de incidência da vedação de *venire contra factum proprium*: a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação no sentido objetivo dessa conduta; c) um comportamento contraditório com esse sentido objetivo; d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição (2005: 271).⁵⁵

Assim, considerando que a parte enganada age com confiança no que a outra parte deixa transparecer, podendo, inclusive, se colocar em situação prejudicial e desfavorecida, não há outra solução que não seja a vedação a este tipo de comportamento, considerando-o ilícito por ser contrário à boa-fé (art. 187 do Código Civil).

2.4. A EXTINÇÃO CONTRATUAL

Conforme anteriormente explicitado, as relações jurídicas obrigacionais são processos que visam a um fim: o adimplemento. De acordo com essa definição, a relação obrigacional não é eterna, podendo ser extinta, de maneira geral, pelo

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**, 2011, p. 84.

adimplemento ou suas formas eventuais (compensação, confusão, consignação em adimplemento etc.)⁵⁶.

Ainda, o Código Civil relaciona outras maneiras, que não o adimplemento, de extinguir-se o contrato, tais como o distrato⁵⁷, a rescisão unilateral⁵⁸ e resolução⁵⁹. Sendo que elas se distinguem pela forma de realização e efeitos. Enquanto o distrato não retira os efeitos já produzidos pelo contrato, sendo que se coloca o fim a relação contratual por acordo entre as partes, a resolução extingue o instrumento contratual com efeitos retroativos quando há o inadimplemento de uma das partes.⁶⁰

De acordo com o diploma legal citado⁶¹, a rescisão unilateral é espécie de distrato que extingue a relação por vontade terminativa de uma das partes, ou seja, é o exercício de um direito potestativo extintivo, sendo que os efeitos não são retroativos e ela é operada por meio de um instrumento denominado denúncia. Essa denúncia pode ser fundamentada (cheia/motivada) ou não (vazia/imotivada) e pode ter seus efeitos suspensos, nos termos da lei. Cumpre ressaltar também que a rescisão unilateral, quando não está prevista no ordenamento, pode ser estipulada pelas partes, fazendo valer o princípio geral da autonomia privada negocial.⁶²

Contudo, no presente trabalho não será adotada a definição legal, mas sim a teoria de Pontes de Miranda⁶³ acerca do assunto. Para o autor, há distinção entre a rescisão e a denúncia, sendo que a denúncia não é apenas um instrumento que faz com que a rescisão gere seus efeitos. A denúncia, por si só, é um negócio jurídico

⁵⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**, 2011, p. 196.

⁵⁷ Art. 472 do Código Civil.

⁵⁸ Art. 473 do Código Civil.

⁵⁹ Art. 474, 475, 478 e 489 do Código Civil.

⁶⁰ LÔBO, Paulo.op. cit., p. 195-197.

⁶¹ “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e vulto dos investimentos.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002.).

⁶² LÔBO, Paulo. op. cit., p.197-198.

⁶³ Nas palavras do autor “Em sistemas jurídicos que só definem a resolução como extintiva *ex tunc*, há propensão para não se distinguir da denúncia a rescisão, por serem ambas *ex nunc*. Mas rescindir não é denunciar. Quando o locador de serviços por tempo indeterminado se afasta do contrato não é por ato de rescisão, mas sim por ato de denúncia: não havia vínculo para o futuro.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. T. XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 385-386).

unilateral receptício⁶⁴ em que uma das partes da relação jurídica obrigacional exerce o seu poder de fixar um termo ou prazo para que seja colocado um ponto final no contrato, com eficácia *ex nunc*⁶⁵.

Com relação à rescisão, Pontes de Miranda afirma que cabe apenas nos contratos de prazo determinado, em que há termo estabelecido para o fim, mas uma das partes decide terminar o contrato antes do seu advento. Ou seja, o que há é um desfazimento da eficácia, desconstituição da relação jurídica. Desta forma, a rescisão é colocar fim àquilo que deveria ter sido, mas nunca chegou a ser, enquanto que a denúncia é a opção de fazer com que algo deixe de continuar.⁶⁶

O autor distingue resolução, rescisão e denúncia da seguinte forma:

Quem denuncia põe ponto final à relação jurídica. Não desconstitui o que constituído estava e havia de continuar. A denúncia pré-exclui a continuação porque essa não estava preestabelecida. Daí ser inconfundível com a rescisão, ainda quando se trata de denúncia cheia.

[...]

Quem rescinde faz cessar; quem resolve faz o que *era* no mundo jurídico, deixar de ter sido. Quem denuncia apenas não faz continuar. Resolução apaga presente e passado; portanto, não há futuro; denúncia põe ponto final, no que é no presente; rescisão raspa a reticência, que seria o futuro.⁶⁷

Ora, pelo exposto, é possível perceber que a rescisão é forma mais severa de se colocar fim na relação, tendo em conta que retira a eficácia, enquanto que a denúncia apenas a interrompe.

Quanto ao local de operação da denúncia, frisa-se que ela ocorre no plano da eficácia, sendo que o contrato se extingue a partir do termo ou prazo determinado pelo denunciante, por conseguinte, o que estava por acontecer no futuro não

⁶⁴ Tendo em vista que a vontade de colocar fim à relação está no núcleo do seu suporte fático, bem como apenas um dos polos declara tal vontade e apenas haverá irradiação de efeitos caso haja o recebimento pela outra parte da relação jurídica obrigacional.

⁶⁵ “No plano dos efeitos, a denúncia extingue *ex nunc* a relação duradoura, embora a cessação completa da relação obrigacional (não tanto a *Beendigung* como a *Erloschen*) dependa do cumprimento de certas prestações subsistentes (v.g., rendas ou salários em atraso) ou de certos deveres (v.g., a entrega da habitação ou o cumprimento de deveres indemnizatórios *ex contractu*.” (PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no Direito Civil: o enquadramento e do regime.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 42-43).

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado.** T. XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, 2012, p. 384-385.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 378 e 384.

acontecerá mais, porém, o que já aconteceu não é alterado, bem como não se adentra nos planos da existência ou validade.

Em relação à notificação da outra parte acerca da vontade de pôr fim ao contrato, sublinha-se que ela deve existir para que a denúncia irradie os seus efeitos, tendo em vista que é necessário que a outra parte esteja ciente da extinção da relação contratual (não há, porém, obrigação de informar os motivos que levaram àquela decisão, apenas quando o contrato ou a lei assim estabelecem⁶⁸), sendo ela o “ato de denúncia⁶⁹”.

Observa-se, ainda, que é possível, e na maioria das vezes é o que e fato acaba acontecendo, que se estabeleça um prazo ou dia para que o acordo chegue ao fim. Neste caso, a manifestação de vontade e a eficácia se encontram em tempos diferentes, ou seja, esta é protraída a fim de que a aquela irradie os seus efeitos. É isto que ocorre, por exemplo, no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil⁷⁰, que institui que a denúncia unilateral apenas produzirá efeitos após o decurso de prazo compatível nos contratos que envolvam altos investimentos.

Assim, conclui-se que a denúncia é poder potestativo, exercido por uma das partes da relação contratual, de modificar, colocando prazo ou termo para a extinção onde antes não havia nenhuma previsão, ou de extinguir, determinado a extinção imediata do contrato. Este poder está relacionado com a sujeição da outra parte, que deve acatar o desejo de término do acordo, desde que este seja lícito⁷¹.

2.5. A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE PRAZO INDETERMINADO

Os contratos podem ser classificados de várias formas, levando em conta uma série de características próprias dos negócios, tais como número de partes, tipicidade, onerosidade, objeto e tempo de duração. O tema do trabalho em questão

⁶⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**, 2008, p. 225.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. T. XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, 2012, p. 386.

⁷⁰ Ainda que o Código Civil não tenha adotado a construção doutrinária de Pontes de Miranda, considerando denúncia como o ato pelo qual se opera o efeito da rescisão, tal dispositivo legal pode (e deve) ser considerado nos casos da denúncia conforme definido pelo autor.

⁷¹ Veremos adiante que quando há abuso no poder de denúncia o poder judiciário pode determinar a manutenção da relação contratual.

diz respeito aos contratos de prazo indeterminado, delineado por Orlando Gomes⁷² da maneira que se segue:

Contrato por tempo indeterminado é aquele em que as partes não estipulam, direta ou indiretamente, sua duração. De regra, a indeterminação resulta da *vontade dos contratantes*, mas algumas vezes provém de *usos*, ou de *disposição legal*. Está nesse último caso o contrato reconduzido tacitamente. Outras vezes, prende-se a particularidades da própria relação jurídica. [...] Será *contrato por tempo indeterminado* se, para sua extinção, se tornar indispensável a declaração de vontade de qualquer das partes, ou das duas.

Entrar em uma relação por prazo indeterminado significa entrar em um contrato que tem como característica o fato de ser duradouro, havendo, por consequência, maior relação de confiança entre as partes. Tal característica, entretanto, não denota que o objetivo dos contratos dessa espécie é ser eterno. Na maior parte das vezes as relações obrigacionais não são eternas, havendo fim em algum momento, até porque, levando-se em conta o princípio da autonomia privada negocial, não é possível obrigar uma parte a fazer negócio com outra *para todo o sempre*.⁷³

Tendo em vista os interesses que existem dentro de um contrato de prazo indeterminado, pode-se depreender que, geralmente, não haverá consenso para a extinção contratual, vez que o momento mais propício para um polo pode não ser o mais interessante para o outro. Assim, a forma mais apropriada para que uma das partes possa se desvincular do contrato é a denúncia, já que esta é unilateral e consiste em colocar prazo ou termo onde antes não havia previsão de término. Caso a extinção dependesse da aprovação da outra parte muito provavelmente não haveria um modo de saída da relação⁷⁴. De acordo com José Carlos Brandão Proença: “Tal

⁷² GOMES, Orlando. **Contratos**, 2008, p.152.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. T. XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, 2012, p. 378.

⁷⁴ “...nos contratos por prazo indeterminado, e de execução continuada, qualquer dos contratantes pode unilateralmente desvincular-se, dissolvendo-os. A indeterminação do tempo de duração do contrato ocasionaria a permanência infinita do vínculo, se não fosse facultado a qualquer das partes, através do *ius poenitendi*, desligar-se, quando lhe aprouvesse. Assiste, assim, a cada um dos contratantes o direito potestativo de desvincular-se.” (BESSONE, Darcy. **Do Contrato – Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 317).

faculdade surge como o corolário evidente da interdição da perpetuidade contratual e da conseqüente defesa da liberdade individual⁷⁵.”.

Todavia, ainda que a denúncia seja poder que institui uma sujeição da outra parte, nos contratos por prazo indeterminado geralmente há, além da confiança, um grau de investimentos reiterados para que o objeto seja executado da melhor forma e pelo maior período de tempo possível. Assim, na maior parte das vezes, esse tipo contratual se encaixa na previsão do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, sendo comum que a parte denunciante estabeleça prazo para a extinção, prorrateando os efeitos da denúncia a fim de prevenir as conseqüências da ruptura brusca do contrato que já vem sendo executado há algum tempo.⁷⁶

⁷⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no Direito Civil: o enquadramento e do regime**, 1996, p. 40-41).

⁷⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**, 2008, p. 224.

3. ABUSO DE DIREITO

Os sistemas codificados, delineados pela Modernidade, revelam um mundo jurídico “desprovido de paixão, como se o Direito não fosse feito de homens e para homens”, por não encontrar no seu centro a “personagem humana”. É justamente esse o caráter que restou evidenciado quando a realidade trouxe às portas dos tribunais, os primeiros conflitos gerados pelo “egoísmo” dos direitos subjetivos. Para estes casos, delinearam-se as primeiras decisões sob a égide do abuso de direito, revelando paradoxos. [...] **Com isso, evidencia-se que hoje, assim como ontem, os homens continuam “propensos às paixões” e de tal modo que, por vezes, utilizam-se de uma liberdade que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico, ultrapassando limites que ainda não foram traçados expressamente por aquele, em ofensa aos interesses de outros sujeitos de direito.** Assim, o próprio sistema jurídico parte em busca de **limites aos poderes que concedeu aos sujeitos, surgindo, então, a figura do abuso do direito** como instrumento que se opõe à liberdade, expressa mediante uma categoria que a Modernidade erigiu como um “átomo jurídico” do sistema privado: o direito subjetivo. É justamente em torno desde último, que toma lugar e se desenvolve a construção teórica do abuso do direito.⁷⁷

3.1. ORIGENS DA NOÇÃO DO ABUSO DE DIREITO

De acordo com Pontes de Miranda, os romanos já tinham noção do que mais tarde viria a ser chamado de abuso de direito. Eles não tinham uma teoria propriamente dita, porém: “O direito romano vedava que se exercesse o direito só para prejudicar a terceiros. Repugnava-lhe tal exclusividade nocente do exercício⁷⁸”.

Já na Idade Média, se falava em na “aemulatio” que seria o ato “praticado pelo proprietário ou pelo vizinho com o objetivo exclusivo de prejudicar terceiros⁷⁹”. Tais atos eram limitados, podendo se falar, portanto, em uma limitação de direitos subjetivos. Ainda, o Código da Prússia de 1794 possui menções ao exercício irregular do direito, bem como ficaram na história duas decisões dos Tribunais Franceses (século XIX e início do XX), já que decidiram, pela primeira vez, nos moldes do abuso do direito de propriedade.⁸⁰

⁷⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 1-3, grifo nosso.

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII, 1966, p. 65.

⁷⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**. 4. Ed., Curitiba: Editora Juruá, 2006, p. 29.

⁸⁰ “Mais tarde, dois casos ficariam na História. Assim: — em Imp. Colmar, 2-Mai.-1855 (Tribunal de Apelação francês de Colmar) condenou o proprietário que construía no seu prédio uma chaminé falsa inútil, apenas para tapar uma janela do vizinho; — em Compiègne, 19-Fev.-1913 (Tribunal

Pode-se falar, no entanto, que essas foram origens da noção do abuso de direito e não da teoria em si, sendo que a origem da teoria é encontrada no autor francês Saleilles⁸¹, que “observa uma espécie de ‘arrependimento’ dos autores que defendiam o direito subjetivo como absoluto, em face de situações concretas em que tal raciocínio conduziria a inegável injustiça⁸².”.

3.2. A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

A teoria do abuso de direito não foi sempre a mesma, tampouco tem até hoje uma só concepção ao redor do mundo e entre os mais variados doutrinadores. Houve uma evolução, que, no entanto, não levou a um consenso.

Ao longo dos anos, várias foram as teorias sobre o abuso de direito que surgiram, houve pensadores, como Duguit, que argumentaram que os direitos subjetivos não existem, havendo apenas deveres, sendo o abuso de direito inexistente⁸³. Ainda, Rotondi afirmou que o abuso de direito era um fato social e não entrava no mundo do direito⁸⁴.

Hoje já não se discute a existência do abuso do direito, sendo certo que ele existe, porém, o que se debate é a natureza da teoria, ou seja, o que seria de fato o abuso de direito. As hipóteses existentes são as mais diversas, começando pela tese de conflito de interesses sustentada por Desserteaux que diz que quando o sujeito

de 1.a Instância da cidade francesa de Compiègne), confirmado por CossFr 3-Ago.-1915 (Cassação Francesa), condenou-se o proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinados a perfurar os balões dirigíveis construídos no prédio vizinho, com o que obteve, aliás, êxito. Nestes e noutros casos teria havido abuso do direito.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **ORDEM DOS ADVOGADOS DE PORTUGAL. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas**: Revista eletrônica da Ordem dos Advogados de Portugal, Ano 65, Vol. II, Setembro de 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 02.07.2013.)

⁸¹ Saleilles chegou a propor a incorporação ao Código Civil francês de um artigo que dizia que todo ato cujo efeito seja causar um dano sem interesse legítimo e apreciável para o que o executa, nunca pode ser o legítimo exercício de um direito. (CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**, 2006, p. 37.).

⁸² FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, p. 63.

⁸³ CARVALHO NETO, Inácio de. op. cit., p. 50-51.

⁸⁴ Ibid., p. 52. Rotondi aduzia que o abuso de direito “é um fenômeno social, não um conceito jurídico, pelo contrário [é um] daqueles fenômenos que o direito não poderá jamais disciplinar em todas as suas aplicações que são imprevisíveis: é um estado de ânimo, é a avaliação ética de um período de transição, é aquilo que se queira, mas não é uma categoria jurídica” (Ibid., p. 79).

exerce um determinado direito deve prestar atenção para não danificar o direito alheio e, caso isso aconteça, deve ser feita uma avaliação de qual direito tem mais relevância social para chegar à conclusão de qual deve prevalecer. Ocorre, porém, que o dano não é um pressuposto do abuso, bem como o grande problema na teoria do abuso de direito é o exercício irregular do direito e não o dano em si, quando este é causado.⁸⁵

A tese de Josserand, por sua vez, diz que há ato abusivo quando “há o desvio da função social ou do espírito do direito⁸⁶”, ou seja, haveria um “relativismo” dos direitos subjetivos e “o ato abusivo passou a ser compreendido em seu duplo aspecto: subjetivo, quando nele se buscam os motivos do agente, e objetivo, confrontando o ato com a função ou fim do direito⁸⁷”.

Há também a teoria dos limites externos e internos de um direito subjetivo, tese adotada atualmente pela doutrina francesa, que afirma que há limites internos dos direitos subjetivos estabelecidos pelo seu texto normativo, bem como não são permitidos atos contrários a boa-fé e bons costumes. O ato abusivo seria, portanto, aquele que estivesse dentro dos limites estabelecidos pelo direito subjetivo, porém, de igual forma dentro do campo de exclusão dos atos contrários a boa-fé e bons costumes, sendo que haveria uma repressão jurídico-positiva decorrente da sua ilicitude. Contudo, pode-se afirmar que o direito subjetivo é extraído da norma e não do texto normativo, ou seja, ele já nasce limitado, não havendo limites internos e externos do direito subjetivo.⁸⁸

Ainda, podemos falar na tese do abuso de direito como violação ao valor imanente a um direito subjetivo⁸⁹, que seria aquele exercício de um direito que está dentro dos moldes formais, porém, contraria o sentido normativo interno, o fundamento, do direito. Nas palavras de Cunha de Sá⁹⁰:

Abusa-se de determinado direito, abusa-se da estrutura formal desse direito, quando numa certa e determinada situação concreta se coloca essa estrutura

⁸⁵ FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**, 2006, p. 72-75.

⁸⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. REVISTAS ELETRÔNICAS DA UNIBRASIL. **O abuso do direito e as relações contratuais: primeiras aproximações**: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, nº 1, Março-Agosto de 2002. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/593/511>>. Acesso em: 02.07.2013, p. 47.

⁸⁷ Ibid., p. 47.

⁸⁸ Ibid., p. 90-93.

⁸⁹ Autores importantes como Castanheira Neves e Cunha de Sá seguem essa corrente.

⁹⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa: Editora Almedina, 1973, p. 456.

ao serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico que lhe está imanente ou que lhe é interno.

Tal posição, todavia, pode ser criticada por seu exarcebado subjetivismo, uma vez que não é uma tarefa simples e ordinária encontrar o fundamento axiológico interno de cada direito previsto em um ordenamento.⁹¹

Nas palavras de António Menezes Cordeiro⁹²:

O fazer desembocar, de modo assumido ou escamoteado, o abuso de direito, num problema de interpretação, representa uma saída puramente formal para o problema: não se dá qualquer critério material para a resolução de questões, procedendo-se, apenas, a deduções logicistas sucessivas de umas proposições para outras.

Todas as teorias brevemente expostas foram importantes para a formação da concepção atual acerca da natureza jurídica do abuso de direito, sendo que hoje é correto dizer que o abuso de direito é uma espécie de ato ilícito, ou seja, o abuso de direito é vedado porque é um ato ilícito, simples assim.

3.3. O ABUSO DE DIREITO COMO ESPÉCIE DE ATO ILÍCITO

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.⁹³

O artigo 186 do Código Civil afirma que aquele que viola direito e causa dano à outra pessoa, de forma culposa ou dolosa, comete um ato ilícito, porém,

⁹¹ FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**, 2006, p. 97.

⁹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1997, p. 865-866.

⁹³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002, grifo nosso.

reiteradamente este dispositivo é interpretado erroneamente quando se estabelece que o ato ilícito, em si, é aquele ato que causa dano a outra pessoa, de forma culposa ou dolosa. “Dessa atitude doutrinária resulta um posicionamento metodológico que nos parece incorreto, uma vez que deixa fora do conjunto de atos ilícitos (*lato sensu*) várias espécies que, pela sua configuração fáctica, tipificam situações de ilicitude.”⁹⁴

Nas palavras de Pontes de Miranda⁹⁵: “Há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta.”.

Desta forma, percebe-se que o que está descrito no artigo 186 do CC é sim um ato ilícito, mais precisamente, uma das espécies possíveis de um ato ilícito (ato ilícito *stricto sensu*⁹⁶), porém, o artigo 187 fala de outra possibilidade: o abuso de direito. Ou seja, há sim ilícitos sem culpa e ilícitos sem dano, bem como a consequência de um ato ilícito não é necessariamente o dever de indenizar:

O dano, por sua vez, não é pressuposto da ilicitude, mas da responsabilidade civil. Por isso mesmo, é característico apenas de uma das espécies dos atos ilícitos, os “indenizantes”. De acordo com a sua eficácia, os ilícitos podem ainda ser classificados como caducificantes (aqueles cujo efeito é a perda de um direito), invalidantes (aqueles cujo efeito é a nulidade do ato) e autorizantes (aqueles cujo efeito consiste na autorização jurídica ao ofendido para praticar determinado ato).⁹⁷

O ato ilícito, em sentido amplo, é aquele ato contrário à lei⁹⁸, ou ainda, a conduta que vai de encontro a um dever jurídico ou uma prestação⁹⁹. Em outras palavras: “A ilicitude importa sempre contrariedade a direito, porque se configura em situações que consubstanciam a não realização da ordem jurídica, implicando violação de suas normas¹⁰⁰.”.

Podemos observar, portanto, que o ato ilícito *lato sensu* é aquele ato que contraria não apenas as normas expressas, do tipo “não faça X”, mas também pode ser caracterizado como ilícito aquele ato que implica em uma violação do direito, do

⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**, 2012, p. 273.

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II, 1983, p. 201.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes. op. cit., p. 285-286.

⁹⁷ FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**, 2006, p. 100.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, F.C. op. cit., p. 207.

⁹⁹ FERREIRA JORDÃO, E. op. cit., p. 125.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. op. cit., p. 259.

ordenamento, como um todo, ou seja, dos seus valores e princípios, da sua essência.¹⁰¹

Os contornos de um direito não se têm a partir da isolada interpretação do “dispositivo que o estabelece”, mas através da leitura sistemática desde, da sua conformação aos outros comandos (implícitos ou explícitos) da ordem jurídica vigente. Não é correto pensar que o direito é criado por um dispositivo específico, sendo que os demais lhe conferiam limitações posteriores. O direito subjetivo *só* nasce e *já* nasce com todas as limitações que lhe impõe o sistema jurídico.¹⁰²

Logo, conclui-se que quando falamos no ato ilícito podemos estar nos referindo a diversos tipos de conduta, como, por exemplo: o devedor que, culposamente, impossibilita a prestação, o devedor que incide em mora, a configuração de uma das hipóteses do artigo 1.638 do CC¹⁰³, a prática de crimes, o caso daquele que age com culpa ou dolo para causar dano a outrem etc., sendo que, dentre estas diversas espécies, podemos encontrar o abuso de direito.

Conforme já explanado no subitem 2.3.6, o princípio da boa-fé objetiva tem como uma de suas funções a limitação do exercício dos direitos subjetivos. Isso significa dizer que o princípio da boa-fé, e não apenas ele, como também os demais princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, servem como restrições impostas aos dispositivos normativos, sendo que: “(...) possuindo o direito subjetivo um conteúdo normativo, dentre os atos pode ele protegidos não se incluem aqueles que forem contrários ao princípio da boa-fé¹⁰⁴.”. Assim, é equivocado afirmar que aquele que está atuando de forma abusiva está exercendo um direito, uma vez que “aquele que comete o ato abusivo não realiza conduta permitida pelo direito subjetivo. Não há exercício de um direito subjetivo, não se o está ‘usando’¹⁰⁵.”.

¹⁰¹ “De fato, não cabe à lei *definir* a ilicitude. O que pode a lei fazer, evidentemente, é, através de seus dispositivos, prever hipóteses de atos contrários ao Direito. Para tanto, basta estabelecer um dever jurídico (qualificando, assim, a conduta contrária como ilícita) ou, diretamente, dispor que esta ou aquela conduta é proibida, defesa, ou, de forma expressa, ilícita.” (FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**, 2006, p. 124).

¹⁰² *Ibid.*, p. 137.

¹⁰³ “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002.)

¹⁰⁴ FERREIRA JORDÃO, Eduardo. *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 108.

Deste modo, é possível concluir, sem maiores indagações, que o abuso de direito é de fato uma espécie de ato ilícito configurado nas condutas que contrariam a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico e social do direito, ou seja, que vão de encontro com o ordenamento jurídico como um todo, tanto em relação aos seus princípios reitores, quanto em relação ao seu próprio fim.

Contudo, a grande questão que motiva das maiores controvérsias na doutrina é: se o artigo 186 trata de uma espécie de ato ilícito e o artigo 187 de outra, qual a diferença entre as duas?

Sobre o abuso de direito, é a concepção de Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁶:

O abuso do direito não se dá porque o titular não respeitou os limites internos de seu direito, porque aí sim estaria praticando ilegalidade simples, mas sim, porque abusou do exercício de uma faculdade que realmente lhe cabia. (...) O abuso comete, portanto, contra os limites sociais e éticos impostos à atividade individual na vida em sociedade.

Toda a teoria do abuso de direito, nessa ordem de ideias, apoia-se no princípio maior da convivência social, que impõe a necessidade de conciliar a utilização individual do direito com o respeito à esfera jurídica alheia. Desse confronto de forças resulta a ideia de “relatividade” e de “limitação” do direito de cada um (interesse social). Abandona-se qualquer concepção que possa atribuir caráter *absoluto* aos direitos individuais e reconhece-se a submissão de todos eles à regra da “relatividade dos direitos”.

Darcy Bessone segue a mesma linha de raciocínio quando afirma em seu livro “Do Contrato – Teoria Geral¹⁰⁷”:

De um modo geral, opina-se que, se o direito, como conjunto de normas sociais obrigatórias, tem por escopo a regulamentação da vida em sociedade, as prerrogativas que confere apresentam-se com finalidade ou função própria, no interesse da ordem jurídica. O homem, se deve ser considerado como indivíduo, deve sê-lo por igual, como membro da sociedade, e, por consequência, em cada uma delas, existe, ao lado do elemento individual, o elemento social. Este terá, pela força de sobrepor-se àquele em tudo que interesse ao bom funcionamento da sociedade. Decorre que ele só as exercerá civilmente se o fizer atento à sua finalidade ou função social, porque só assim contribuirá, efetivamente, para a ordem jurídica, sob a qual se coloca o exercício dos direitos subjetivos. De outro modo, exercê-los-á por forma antifuncional e contrária à razão determinativa da sua instituição. Os direitos

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Tomo II. Volume III. Dos atos jurídicos ilícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 112.

¹⁰⁷ BESSONE, Darcy. **Do Contrato – Teoria Geral**, 1997, p. 228.

são, portanto, relativos, e o seu uso irregular torna-se abusivo, devendo ser coibido.

O que se pretende demonstrar com os trechos acima citados é que o abuso de direito tem como premissas básicas: a aparência de licitude do ato ilícito e a limitação (relatividade) dos direitos, que são restringidos pelo ordenamento jurídico como um todo, bem como pela própria ordem social e ética.

Nas duas definições podemos perceber que ambos os autores falam “do abuso de uma faculdade” ou “uso irregular dos direitos que os torna abusivos”. Ou seja, os autores entendem que a pessoa usa de forma irregular o direito, contudo, conforme já exposto, não se usa de forma abusiva um direito, tendo em vista que o ato ilícito não é direito¹⁰⁸, mas há essa confusão doutrinária pela aparência da licitude do ato, vez que: “Na prática, a conduta abusiva possui uma espécie de capa que parece legitimá-la. Ela aparenta conformidade com o Direito, parece nele encontrar proteção.¹⁰⁹”, o que quer dizer que de fato se tem a impressão que está havendo o exercício de um direito, mas tal impressão é falsa.

Completa com maestria Eduardo Ferreira Jordão: “(...) o ‘abuso de direito’ é o ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos.”

Respondendo, deste modo, à pergunta anteriormente feita, a principal diferença entre as espécies de atos ilícitos contidas nos artigos 186 e 187 do CC é a aparência de licitude que o abuso de direito tem no núcleo do seu suporte fático¹¹⁰.

Por fim, quanto à natureza da responsabilidade decorrente do ilícito abusivo, se sabe que nem sempre o ato ilícito causa dano a alguém, porém, quando o dano ocorre deve haver a devida responsabilização daquele que o causou¹¹¹.

¹⁰⁸ Marcel Plainol formulou a tese da Logomaquia, aduzindo que: “A expressão “abuso do direito” comporta uma verdadeira contradição em seus termos, já que não é possível se falar simultaneamente em ato conforme e contrário ao direito. Ou se usa do direito, e o ato é ilícito, ou dele se abusa, praticando-se um ilícito.” (FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**, 2006, p. 97).

¹⁰⁹ Ibid., p. 116.

¹¹⁰ “Esta é, de fato, a fórmula geral. É imprescindível notar, todavia, que nem sempre o direito subjetivo surge de um dispositivo claro e específico, razão pela qual nem sempre a configuração do ‘direito de que se abusou’ será tão fácil. Parece-nos, em última análise, que caberá sempre ao juiz, na análise do caso concreto, apreciar se o ato ilícito foi perpetrado valendo-se de uma aura de licitude, devendo, em caso afirmativo, aplicar-lhe as consequências específicas que o ordenamento lhes reserva.” (Ibid., p. 120.)

¹¹¹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

Nas palavras de Paulo Lôbo:

Diferentemente do ato ilícito do art. 186 do CC, que se encontra ancorado na culpa, o abuso de direito é caracteristicamente objetivo. Segundo Pontes de Miranda, o abuso do direito, para os juristas romanos, dependia da ocorrência de malícia. Pelo menos essa era a regra. Depois, supunha o ato contrário à função mesma do direito exercido, bastando a intenção ou consciência do desvio. Mais tarde, esvaziado de todo elemento psicológico, o conceito fez-se mais ligado à vida social que à projeção mesma dos direitos: é suficiente que o exercício do direito se desvie.¹¹²

Ainda, o conteúdo do enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil¹¹³ é o seguinte: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná:

(...) a responsabilidade pelo abuso de direito prescinde da ideia de culpa ou dolo, isto porque a ideia do legislador, ao prever o abuso de direito, foi tutelar os fins sociais do direito em geral. (...) Assim, para que exista o dever de indenizar, basta que o ofendido comprove a ação ou omissão do agente, a relação de causalidade ou o nexa causal e o dano.¹¹⁴

Desta forma, é possível concluir que a natureza da responsabilização quando há cometimento de abuso de direito é objetiva, vez que o exercício do ato ilícito, combinado com o dano, geram a responsabilidade, sem que haja a necessidade de dolo ou culpa na ação.

3.4. O ABUSO DE DIREITO E O PODER DE DENÚNCIA

implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002).

¹¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil: Parte geral**. 3. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 317-318.

¹¹³ Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoaseriada/index.php/jornada/issue/current>>. Acesso em 15.08.2013.

¹¹⁴ TJ-PR - AC: 7583373 PR 0758337-3, Relator: Francisco Luiz Macedo Junior, Data de Julgamento: 28/04/2011, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 630

Em relação ao tema objeto deste capítulo, merece destaque a questão da configuração do abuso de direito na ocasião das denúncias contratuais. Ora, é possível que se configure o abuso se essa denúncia é vista como um poder da parte? A professora Rosalice Fidalgo Pinheiro responde afirmativamente.

Rosalice destaca que, assim como há a liberdade para contratar, não é possível que não haja a liberdade para denunciar o contrato, sendo essa liberdade um poder potestativo das partes, que podem, nos termos do que foi acordado, denunciar o pacto, mesmo que imotivadamente. Ocorre, porém, que não é razoável que tal denúncia seja despida de limites, sendo o papel da teoria do abuso de direito verificar se o direito está de fato sendo exercido de forma correta ou se está diante de um ato ilícito.¹¹⁵

Quanto aos autores que defendem que a teoria do abuso de direito é aplicada apenas para regular o exercício dos direitos subjetivos, Rosalice afirma que tal exclusividade não merece prosperar, uma vez que o poder potestativo não deixa de ser direito subjetivo, tendo em vista o fato de que “o poder conferido pela norma ao titular do direito potestativo, é o próprio bem que lhe aproveitará e que deve estar presente no conceito de direito subjetivo¹¹⁶”.

Ao se contrapor direito subjetivo e direito potestativo, verifica-se que o primeiro se traduz em uma ‘permissão para o aproveitamento de um bem’, enquanto o segundo consiste em um poder de ‘alterar, unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica.’

Trata-se, este, de um direito que se apresenta em todas as áreas do Direito Civil, inclusive a contratual, na qual pode se verificar como potestativo, o direito de aceitar uma proposta, promovendo o aparecimento do contrato. Ou ainda, em sentido contrário, valendo-se de semelhante prerrogativa para rescindir uma avença contratual, modificando assim, a situação jurídica de outrem.

Entretanto, não se deve pensar que esse poder conferido pelo direito potestativo esteja entregue ao livre arbítrio de seu titular, o que também não ocorre com o direito subjetivo. E afirmar o contrário seria negar-lhe a incidência da teoria do abuso de direito.

[...]

Portanto, caem por terra as afirmações engendradas pela exclusividade da teoria do abuso do direito aos direitos subjetivos, guardando por trás de semelhante afirmação a pretensão de manter intocada a esfera de liberdade conferida ao sujeito de direito. **Desse modo, torna-se perfeitamente admissível o controle do exercício do direito de resolução do contrato, através da referida teoria.**¹¹⁷

¹¹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**, 2002, p. 211.

¹¹⁶ Ibid., p. 215.

¹¹⁷ Ibid., p. 214-215, grifo nosso.

Assim, ainda que as partes não tenham a obrigação de ficarem “unidas” pela eternidade, sendo certo que existe o poder potestativo de denúncia, esse poder é limitado, ou seja, não pode ser exercido de forma abusiva¹¹⁸, pois, se isso ocorrer, estar-se-á cometendo um ato ilícito, nos termos do artigo 187 do CC. Esse ato, por sua vez, caso gere algum tipo de dano, traz a responsabilidade objetiva de indenização ou pode ser anulado¹¹⁹, conforme já analisado.

¹¹⁸ No mesmo sentido é a posição de Darcy Bessone que afirma: “O abuso pode, ainda, ocorrer na dissolução dos contratos. Em alguns, a rescisão pode, unilateralmente, partir de um só dos contratantes, mesmo sem que ocorra violação de qualquer de suas cláusulas ou o assentimento da outra parte. Assim, no mandato, como na locação de serviços ou na sociedade por prazo indeterminado. O legislador, atento a razões superiores estabelece, em casos tais, exceções à regra de que nenhuma das partes vinculadas pelo contrato pode, a seu arbítrio, desligar-se. A derrogação do princípio inspira-se em motivos especiais, que devem ser atendidos. Não seria civil, no entanto, que o titular da prerrogativa se utilizasse dela no propósito de causar prejuízo ao outro contratante ou causando-os inconsideradamente, mesmo sem a intenção de produzi-los. Neste uso anormal, antifuncional, constituiria o abuso.” (BESSONE, Darcy. **Do Contrato – Teoria Geral**, 1997, p. 236-237).

¹¹⁹ Acerca do assunto, é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “(...) Tal qual a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de resolução contratual, este Juízo entende que, havendo adimplemento substancial do contrato, como no presente caso, em que a promitente compradora pagou cerca de 85% do valor do imóvel compromissado, em vez da resolução do contrato, cabe à parte lesada pelo inadimplemento exigir o pagamento das prestações restantes, nos termos do art. 475 do Código Civil. (...) Se o adimplemento do contrato aproxima-se do resultado final inexistindo má-fé do adquirente que, tenciona cumprir a obrigação assumida, e, existindo edificação de importância considerável sobre referido imóvel, **de se afastar a pretensão de resolução contratual pelo inadimplemento voluntário**, inclusive, diante da aplicação dos princípios da função social do contrato (art. 421), da boa-fé (art. 422), **da vedação do abuso de direito (art. 187)** e, por último, da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884, todos do Código Civil.” (TJ-SC - AC: 20110830775 SC 2011.083077-5 (Acórdão), Relator: Carlos Prudêncio, Data de Julgamento: 22/07/2013, Primeira Câmara de Direito Civil Julgado, grifo nosso).

4. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Os séculos XV e XIV antes de Cristo marcaram o apogeu de Creta, cujo povo mantinha relações comerciais profícuas com outros povos, principalmente com os egípcios. Também se destacaram, nessa época, os fenícios, que desenvolveram intensa atividade comercial, principalmente através da navegação nas costas do Mediterrâneo, fundando diversas colônias, dentre elas a famosa Cartago.¹²⁰

O comércio é atividade desenvolvida há muitos séculos, sendo que desde antes de XV a.C. navegações pelo Mediterrâneo já transportavam bens e especiarias de um país para o outro. No século III a.C., Roma foi o maior centro econômico do mundo e depois, com a queda do Império Romano, surgiu a famosa rota da seda da China ao Oriente Médio.¹²¹ Nota-se, portanto, que há muito tempo não existem fronteiras para o comércio.

Após a queda do Império Carolíngio houve a estruturação do sistema feudal, tornando-se a sociedade em essencialmente agrícola. A Idade Média, contudo, fez, mais tarde, com que o comércio se fortalecesse por meio dos mercados e feiras da época.

Algum tempo depois, a Revolução Industrial mudou os rumos do comércio mundial, fazendo com que os bens fossem produzidos em grande escala e escoados em série para todos os cantos do planeta. O mundo deixou de ser artesanal e passou a ser industrial, as fábricas geravam empregos e faziam girar o dinheiro, nascendo, assim, o capitalismo.

O mundo em que vivemos hoje deve muito à industrialização que ocorreu primeiramente na Inglaterra, no fim do século XVIII, e se alastrou pela Europa e América do Norte durante o século XIX. Ela transformou o mundo ocidental de uma sociedade rural para uma urbana e estabeleceu as bases para a sociedade moderna capitalista.

(...)

Transporte era outro elemento vital durante a industrialização. Materiais brutos tinham que ser movidos do ponto da manufatura e bens finalizados iam para

¹²⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

¹²¹ *Ibid.*, p. 38-40.

idades e portos para distribuição. A Inglaterra tinha uma rede de rios navegáveis, que foi reforçada pela construção de canais.¹²²

Nesse contexto é que os contratos de distribuição se inserem. A sociedade capitalista industrial passou a produzir mercadorias em grande quantidade, sendo que para dar conta do escoamento e continuar fazendo crescer a demanda, a forma como os produtos eram distribuídos passou a ser ponto central dentro de uma organização.

4.1. CONCEITO

A prática comercial demonstra que o sucesso de um produto depende, em boa parte, de promoção adequada e de uma eficiente rede de distribuição, que abarque toda a região com potencial de comercialização. Sem a chegada do bem ao consumidor, é possível que de nada adiante a sua qualidade ou mesmo o preço conveniente. Por essa razão, é cada vez maior a atenção que as empresas dispensam ao sistema de escoamento de sua produção, buscando otimizar os seus resultados mediante a escolha do melhor método possível.¹²³

Parece lógico que os bens produzidos nas indústrias devem chegar até os consumidores de algum modo, ou seja, devem ser escoados, distribuídos. Porém, essa tarefa não é tão simples. Existem dois modos principais de escoamento dos produtos. O primeiro é a *distribuição direta* que consiste na distribuição pelo próprio produtor ou por pessoas que dele dependem, sendo que fica a cargo da empresa as funções inerentes ao escoamento dos produtos. Neste tipo de distribuição, o produtor tem poder de controle sobre a conclusão do contrato e seu adimplemento, tomando os riscos inerentes à atividade para ele, bem como não há transmissão da propriedade do bem a ser distribuído por eventuais intermediários. São exemplos de contratos de distribuição direta o contato de agência, de comissão, de representação comercial, entre outros.¹²⁴

¹²² HART-DAVIS, Adam (Ed.). **History: The definitive visual guide**. Londres: Dorling Kindersley Limited: Londres, 2010, p. 292, tradução nossa.

¹²³ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

¹²⁴ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 26.

A *distribuição indireta*, por sua vez, objeto do trabalho, consiste em uma relação triangular de venda, onde o bem nasce na titularidade da empresa produtora, passa a ser propriedade do distribuidor até que é comprado pelo adquirente, que pode ser uma empresa ou o consumidor final. Neste modo, o produtor conta com a colaboração de outros empresários e as despesas da distribuição são assumidas por esses terceiros. O contrato de distribuição *strictu sensu*¹²⁵, de que tratamos na presente monografia é uma espécie de contrato de distribuição indireta.¹²⁶

A definição jurídica do contrato de distribuição não é das mais fáceis, não havendo um consenso doutrinário acerca do assunto. Venosa o define como:

O contrato pelo qual uma das partes, denominada distribuidor, se obriga a adquirir da outra parte, denominada fornecedor, mercadorias geralmente de consumo, para sua posterior colocação no mercado, por conta e risco próprio, estipulando-se como contraprestação um valor ou margem para revenda.¹²⁷

Orlando Gomes, por sua vez, conceitua os contratos de distribuição como sendo os contratos que regulam a “atividade de revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área.”¹²⁸

É Paula Forgioni, contudo, quem tem a melhor definição acerca do tema, quando define tais contratos da seguinte forma:

Contrato bilateral, sinalágmatico, 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

¹²⁵ Os contratos de distribuição *latu sensu* seriam todos aqueles que tratam do escoamento de produtos, seja de forma direta ou indireta, seja por conta e risco do distribuidor ou não. “Contratos de distribuição representam todas as modalidades jurídicas de cunho contratual com função econômica de escoamento da produção, de efetivação concreta da disponibilidade e/ou de possibilidade de consumação dos bens de consumo pelos destinatários finais da cadeia econômica.” (BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coordenadores). **Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721): estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 248.).

¹²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 44-45.

¹²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 300.

¹²⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 463.

econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo as obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.¹²⁹

O contrato de distribuição consiste, portanto, basicamente, em um contrato de distribuição indireta no qual o distribuidor adquire bens de um produtor, vendendo tais produtos para os consumidores finais ou para outras empresas que entram em contato direto com os consumidores. Esses contratos são de extrema importância na medida em que, juntamente com as demais espécies de contratos de escoamento, tem a função de “expandir a rede de distribuição de produtos e serviços em diferentes zonas geográficas com reduzidos custos, a fim de propiciar ao industrial, ao comerciante e ao prestador de serviços maior participação no mercado e maior rentabilidade¹³⁰.”

Frisa-se, por fim, que os contratos de distribuição equivalem aos contratos de concessão comercial, que são definidos como sendo os contratos em que “o distribuidor (concessionário) obriga-se, em regra, a comprar uma quantidade mínima de produtos durante um certo período e/ou a revender uma quantidade mínima à clientela.¹³¹”, ou seja, o concessionário compra produtos do produtor ou outro distribuidor a fim de revendê-los, assumindo a propriedade dos produtos e o risco da venda.¹³² Ainda, o concessionário deve atender algumas determinações do concedente, podendo interferir em algumas atividades, portanto, no frígir dos ovos, é possível constatar que são contratos similares, não havendo distinções a serem apontadas. O contrato de distribuição *stricto sensu*, pode, conseqüentemente, ser chamado de contrato de concessão comercial.

4.2. OUTRAS FIGURAS CONTRATUAIS

¹²⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p.116.

¹³⁰ LOBO, Jorge. **Contrato de “franchising”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p.1.

¹³¹ BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Editora Almedina, 1990, p. 15.

¹³² HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 26.99.

Brevemente, é necessário distinguir a figura do contrato de distribuição de outras figuras aparentemente idênticas, vez que muitas vezes ocorre confusão por parte dos autores e até mesmo pela jurisprudência ao se tratar do instituto.

Em primeiro lugar, imperioso ressaltar que o contrato de distribuição que abordamos no presente trabalho não se trata de uma espécie do contrato de agência¹³³ e não é típico. Essa afirmação muitas vezes causa estranheza devido ao próprio Código Civil que determina no artigo 710:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.
Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

De acordo com a dicção do artigo é possível concluir, erroneamente que, em primeiro lugar, o contrato de distribuição é um contrato de agência que tem como diferenciação o fato da coisa estar na disposição do agente e, em segundo lugar, que o contrato de distribuição está definido no Código Civil e, por este motivo, é um contrato típico.

Ocorre, porém, que, no contrato de agência, o agente promove negócios, de forma habitual e profissional, sem vínculos de subordinação hierárquica, por conta e nome do agenciado, mediante o recebimento de comissão.¹³⁴ Enquanto isso, no contrato de distribuição, conforme já tratado, o distribuidor compra produtos do

¹³³ “Até o final de 1965, o contrato de representação comercial era atípico no Brasil. Com a necessidade de segurança jurídica aliada ao crescimento econômico (a juridicização de um fato econômico), esforços legislativos foram feitos para moldagem de um diploma legal que versasse sobre a matéria. Surgiu, então, a Lei Federal nº 4.886, de 09.12.1965, que trouxe ares de tipicidade contratual à representação comercial. (...) Dedicando-lhe um capítulo exclusivo, o legislador reviu o instituto *representação comercial* e achou por bem dar-lhe nova roupagem: começou, então, por (re) batizá-la de *agência*.” (BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coordenadores). **Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 621): estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião**, 2006, p. 254/255 e 257.). Há quem afirme, contanto, que o contrato de agência não é equivalente ao contrato de representação comercial. Gustavo Haical diz que são institutos diferentes, tendo em vista que o contrato de representação tem como obrigação principal concluir contratos ao representado, enquanto que no contrato de agência o agente prepara a conclusão de contratos, não constituindo uma obrigação principal concluí-los. Desta forma, o contrato de representação comercial seria uma espécie do contrato de agência. (HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 91-92).

¹³⁴ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

fornecedor e os revende por sua conta e risco, recebendo como contraprestação a diferença entre o preço de aquisição e o de revenda.

Sendo assim, quando tratou da distribuição no artigo 710, *caput*, o Código Civil não estava se referindo ao contrato de distribuição *stricto sensu*, mas sim à modalidade contratual da agência-distribuição, que é uma espécie do contrato de agência. Ora, quando o diploma legal menciona que o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada, o que quer dizer é que a coisa fica depositada em seu poder¹³⁵, para que haja a posterior distribuição nos moldes do contrato de agência, e não que o agente compra a coisa para revender e assume os riscos do negócio.

Neste sentido é o entendimento dos autores Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Castro:

Ora, é certo que houve uma infelicidade do legislador ao colocar a palavra “distribuição” na redação do artigo do Código Civil de 2002. Passou a impressão – falsa, é verdade – de que o contrato de distribuição ganhou a chancela da tipicidade contratual, o que, definitivamente, não aconteceu; (...) Porém, o que ocorre é que a parte final do *caput* do art. 710 do Código Civil não tem o condão de transformar o contrato de agência em contrato de distribuição, ou seja, colocar a coisa à disposição do agente não significa vender a mercadoria para o intermediário para que este possa revendê-la e, daí, obter, se houver diferença para mais entre o preço da revenda para o consumidor e o preço da aquisição junto ao produtor, a sua remuneração (lucro).

(...)

Mas o que seria, então, esta “coisa à disposição”? Para que serviria isto?

Simple: serve para diminuir o hiato entre a conclusão do negócio e a entrega da coisa; em outros termos, um ganho de eficiência.

Ter a coisa à disposição, portanto, deve ser interpretado muito mais no sentido coloquial, de disponibilidade, de estar a coisa livre, desimpedida e/ou reservada em determinado local, de modo que possa, rapidamente e sem empeco, ser utilizada, deslocada ou, de alguma forma, aplicada ao cumprimento de alguma atividade.

(...)

Em suma, a partir de 2002, deve-se observar que a agência admite duas espécies: uma, cujo conceito explorou-se anteriormente (ou seja, a representação comercial ou agência propriamente dita); outra, batizada de *distribuição*, cujo *plus* é a disponibilidade da coisa para o agente.¹³⁶

¹³⁵ “Por exemplo, é mandatário do representado ou tem em seu poder a coisa, para posterior tradição ao eventual adquirente.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p.111.)

¹³⁶ BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coordenadores). **Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 621): estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião**, 2006, p. 263, 264 e 266.

O contrato de distribuição também não pode ser confundido com o contrato de sociedade, uma vez que para que seja configurada uma sociedade são necessários certos elementos, dentre eles, a *affectio societatis*, que significa a “disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresária, de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio comum¹³⁷”. Tal elemento não está presente nos contratos de distribuição, tendo em vista que, ainda que o distribuidor e o fornecedor façam parte de um contrato de colaboração, isso não faz com que compartilhem todos os riscos entre eles, muito menos com que nasça uma vontade de união societária. Isso quer dizer, em outras palavras, que se o fornecedor, por exemplo, tem prejuízo em certo mês, o distribuidor não irá sofrer com esses prejuízos, vez que os riscos não são totalmente compartilhados e há autonomia do distribuidor em relação ao fornecedor, já que cada pessoa jurídica continua sendo independente.¹³⁸

Ainda, é importante ressaltar que contratos de fornecimento não são sinônimos de contratos de distribuição. Os contratos de fornecimento possuem como função econômica conectar produtores de matérias primas ou insumos com os industriais para que estes fabriquem o bem final para consumo, este bem, por sua vez, será distribuído para os consumidores por meio dos distribuidores que firmam contrato de distribuição com os industriais.¹³⁹

Outrossim, o contrato de franquia diverge do contrato de distribuição. Ainda que os contratos de franquia, regulados pela Lei 8.955/1994, sejam contratos de distribuição indireta, os contratos de franquia envolvem uma maior interferência do franqueador, bem como são contratos que possuem transferência de *know-how*. Nas palavras de Gustavo Haical:

A franquia é um contrato no qual a interferência do franqueador é mais acentuada do que no de concessão. O franqueado necessita utilizar todos os métodos desenvolvidos pelo franqueador, tendo o direito de se valer dos sinais e das marcas que identificam o segundo.

O elemento mais importante desse contrato é o fornecimento de *know-how*. O franqueado recebe os conhecimentos desenvolvidos pelo franqueador para confeccionar o bem com idêntica qualidade à da marca e com os seus sinais característicos do mercado.¹⁴⁰

¹³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 159.

¹³⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 97-102.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 102-103.

¹⁴⁰ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 99.

No contrato estimatório, ou de consignação, o consignatário também não é proprietário do bem que comercializa, sendo apenas o seu possuidor. Nessa forma contratual a propriedade do bem passa diretamente do consignante para o adquirente final do produto. Inclusive, no contrato de consignação o consignatário pode restituir os produtos que não vender ao consignante, vez que não é o seu proprietário, mas tão somente distribuidor.¹⁴¹

As nossas Cortes Federais tem entendido que o contrato de distribuição ou de concessão comercial não se assemelha à venda por consignação, porquanto o concessionário se obriga a comprar produtos do fabricante, passando a ter a propriedade e a posse dos mesmos, inclusive obrigando-se a ficar com os produtos que não consegue revender. Na venda por consignação, ao revés, aquele que vende não é possuidor da coisa colocada à venda: É mero intermediário, ganhando comissão em caso de alienação do bem.¹⁴²

Já em relação aos contratos de comissão, como o próprio nome já explicita, nessas figuras contratuais o comissário é recompensado por meio de pagamento de comissões pelo comitente, o que, por si só, já traça uma grande diferença entre os contratos de distribuição. Além do mais, de acordo com o conteúdo do artigo 693 do Código Civil¹⁴³, o comissário faz a compra e venda de produtos em seu nome, no entanto, à conta do comitente, que tem grande influência na atuação do comissário.¹⁴⁴

Por fim, sublinham-se as discrepâncias entre o contrato de distribuição e o trabalho dos vendedores, viajantes ou praticistas. Os vendedores, viajantes ou praticistas, que possuem seus trabalhos regulados na Lei 3.207/57, são, em primeiro lugar, empregados de uma empresa. Isso quer dizer que eles são subordinados do proprietário dos bens que serão negociados por eles, representando a empresa sem correr nenhum tipo de risco com o negócio. Portanto, precisam obedecer as regras constantes na Consolidação das Leis do Trabalho, devendo cumprir todas as ordens

¹⁴¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 108-110.

¹⁴² TRF-2ª R. - AMS 2000.02.01.067298-5 - RJ - 4ª T. Esp. - Rel. Juiz Alberto Nogueira - DJU 16.11.2006.

¹⁴³ "Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente." (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002.).

¹⁴⁴ FORGIONI, Paula Andrea. op. cit., 2007, p. 106-108.

do empregador, ter jornada de trabalho, etc., bem como possuem os direitos lá descritos (férias, 13º salário, FGTS, etc.). Em segundo lugar, essa classe de trabalhadores recebe comissão pelas vendas, o que também foge do conceito do contrato de distribuição.¹⁴⁵

4.3. ELEMENTOS ESSENCIAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Os contratos de distribuição possuem alguns elementos principais que ditam a sua essência, o que significa dizer que quando há a presença de tais elementos em um acordo o contrato sai do mundo dos fatos e entra no mundo jurídico como um contrato de distribuição (ainda que este não seja tipificado, fato é que ele existe no mundo jurídico com elementos indispensáveis para a sua existência).

O contrato de distribuição pode ser assim caracterizado: (i) pessoa jurídica ou física que compra bens de um produtor para posterior revenda; (ii) previsão de lucro por parte dessa pessoa derivado da diferença de valores entre compra e revenda; (iii) produtor que estabelece condições para a venda dos produtos, tais como, quantidade mínima, prazo e valor diferenciado; (iv) manutenção da autonomia do vendedor, sendo que ele mesmo arca com os riscos da revenda e gere a sua empresa; (v) obrigações relacionadas à compra e venda impostas ao vendedor pelo produtor.¹⁴⁶

Quanto aos itens (i) e (ii), o cerne do suporte fático do contrato de distribuição reside na vontade que o distribuidor tem de comprar bens de um produtor “X” a fim de lucrar com a revenda de tais produtos. Tal relação de compra e venda é regulada por um contrato em que são estabelecidas obrigações recíprocas entre o distribuidor e o produtor, sendo que este, segundo os itens (iii) e (v), tem o poder de instituir determinados requisitos em troca de:

Condições especiais de comercialização de seus produtos. Essas condições podem ser derivadas da exclusividade da distribuição, do valor de compra dos

¹⁴⁵ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 91-92.

¹⁴⁶ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**, 2011, p. 75-77.

produtos, do fato de ser ofertada toda a linha de produtos e até mesmo da própria existência da marca consolidada.¹⁴⁷

Em relação ao item (iv), destaca-se que o diferencial do contrato de distribuição é uma relação de colaboração entre as partes, em que um compra produtos do outro para revendê-los no mercado, gerando lucro para os dois lados, com obrigações recíprocas, sem que haja subordinação completa. Ou seja, o distribuidor possui autonomia empresarial¹⁴⁸ em relação ao fornecedor. O distribuidor é pessoa jurídica independente do fabricante, cuidando dos seus empregados, da sua contabilidade, dos seus impostos, dos riscos negociais etc. Ainda que o distribuidor seja uma pessoa física, tal pessoa deve arcar sozinha com os seus custos e com as áleas do negócio, não constituindo relação de empregatícia.

Estes são, portanto, os elementos essenciais do contrato de distribuição, sendo que sem eles existam em conjunto dentro de um acordo não se constitui o contrato de distribuição *strictu sensu* de que se trata a presente monografia. Frisa-se, contudo, que não se está a dizer que não existirá acordo, mas sim que não será um contrato de distribuição, podendo, na falta de um dos elementos, formar-se outra figura contratual que rege o escoamento de produtos, como os contratos de agência, representação comercial, comissão, etc.

4.4. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Os contratos de distribuição possuem uma série de características que lhe são inerentes. Sendo importante o estudo de cada uma delas para entender como é configurada a relação produtor/distribuidor e, na sequência, apreender a razão pela qual o abuso de direito é figura facilmente presente em tais acordos.

¹⁴⁷ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**, 2011, p. 75-77.

¹⁴⁸ “É lógico que essa autonomia é limitada pela dependência econômica, bem como pelos laços contratuais que o levam a se submeter ao controle e vigilância do produtor. Esse controle também é minorado pela proibição do abuso de posição dominante, fato definido como crime.” (Ibid., p. 76).

4.4.1. Bilateralidade

O contrato de distribuição é um contrato que gera obrigações recíprocas, ou seja, produtor/fornecedor possuem certos direitos e deveres da mesma forma que o distribuidor/adquirente. Portanto, trata-se de um contrato que não tem apenas uma formação bilateral, mas também efeitos recíprocos para as duas partes. O contrato bilateral também pode ser definido como sinalagmático, quando leva em conta a dependência que uma obrigação tem da outra, havendo uma “interdependência essencial entre as prestações¹⁴⁹”. Nas palavras de Orlando Gomes: “Nos *contratos bilaterais* as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de *credor* e *devedor*. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito de outra.¹⁵⁰”.

4.4.2. Misto e atípico

Conforme se pode apresar do que já foi explicitado, o contrato de distribuição *strictu sensu* não está tipificado no nosso ordenamento jurídico, ainda que o Código Civil use o termo “distribuição” ao final do artigo 710¹⁵¹. Cumpre salientar, entretanto, que a Lei Ferrari (Lei 6.729/79) regularizou os contratos de concessão comercial do ramo dos veículos automotores de via terrestre, porém, isso não fez com que os contratos de distribuição pudessem ser considerados típicos a partir dos anos 80, haja vista que eles regulam apenas uma parcela do setor industrial e possuem regras específicas para este setor, devendo ter interpretação restritiva e não ampliativa.

Formou-se relativo consenso jurisprudencial de que essa lei requer interpretação restritiva, ou seja, a *Lei Ferrari não deve regular os contratos de distribuição que não retratam das relações entre fabricantes e distribuidores de veículos automotores de via terrestre*. (...), a Lei Ferrari é uma *lei específica* que autoriza, inclusive, restrições à livre concorrência e à livre iniciativa, cuja

¹⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 85.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 85.

¹⁵¹ Vide início do item 4.2.

possibilidade, limites e fundamentos estão especificadamente delineados no texto normativo.¹⁵²

Assim, é possível observar uma quebra parcial da atipicidade contratual da figura dos contratos de distribuição, uma vez que apenas em relação aos veículos automotores de via terrestre há tipicidade e, nos demais casos, a imprevisão legal permanece¹⁵³. Não está a se dizer, entretanto, que os contratos de distribuição não existem no mundo jurídico, tendo em conta que eles são contratos sociais reconhecidos pela doutrina¹⁵⁴ e jurisprudência dominantes¹⁵⁵. Desta forma, são eles existentes (quando presentes os elementos essenciais do suporte fático), válidos (quando cumpridas as circunstâncias necessárias para que venham a produzir seus efeitos próprios) e eficazes (possuindo eficácia plena quando válidos ou até mesmo eficácia mínima ainda que anuláveis ou nulos), assim como os contratos típicos, sendo que o que os difere é que neles são aplicadas as leis dos contratos em geral.

Cumprido ressaltar ainda que o contrato de distribuição possui obrigações nele estipuladas que não são totalmente estranhas ao direito, em outras palavras: mesmo que não seja uma figura prevista no ordenamento jurídico, o contrato de distribuição *strictu sensu* contempla em seu conteúdo outras figuras contratuais tipificadas, desta forma, pode ser ele considerado como contrato misto ou complexo¹⁵⁶.

¹⁵² FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 93.

¹⁵³ “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.” (GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 465).

¹⁵⁴ Conforme já exposto no presente trabalho, o contrato de distribuição é reconhecido por grandes nomes do direito brasileiro, sendo ele atípico no ordenamento, mas existente no mundo jurídico.

¹⁵⁵ **“O contrato de distribuição consiste na atividade de revenda de produtos, mercadorias ou artigos que o revendedor adquire do fabricante e distribui, comercializando-os em certa zona, região ou área, como retrata o caso ‘sub judice’, consoante ajuste escrito firmado entre as partes”** (TJ-RS - AC: 70039451349 RS , Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Data de Julgamento: 29/09/2011, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/10/2011, grifo nosso); **“A aquisição de produto da fabricante por preço de custo e posterior revenda, remunerada pela margem de lucro, caracteriza contrato de distribuição.”** (TJ-SC - AC: 216528 SC 2008.021652-8, Relator: José Inácio Schaefer, Data de Julgamento: 09/11/2010, Quarta Câmara de Direito Comercial, grifo nosso); **“O contrato de distribuição – tal qual o que foi entabulado entre as empresas rés – é aquele que envolve operações de compra e venda de bens, destinadas à revenda pelo distribuidor. E o proveito econômico do distribuidor equivale ao lucro decorrente da diferença entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda, ou seja, ‘margem de lucro’. Outra característica desse tipo de contrato é o fato de que a propriedade do bem passa do fabricante/fornecedor ao distribuidor e, posteriormente, ao terceiro adquirente (consumidor final)”** (TRT-15 - RO: 15538 SP 015538/2012, Relator: OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI, Data de Publicação: 09/03/2012, grifo nosso).

¹⁵⁶ No sentido do que foi tratado, é a posição do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná: “Observa-se, que o contrato de distribuição é **espécie do de concessão mercantil ou, mais precisamente,**

4.4.3. Acordos verticais

Os acordos verticais consistem em:

[...] acordos ou práticas concertadas de que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.¹⁵⁷

Analisando a definição acima, é razoável constatar que os contratos de distribuição são, no mais das vezes, acordos verticais. Isso porque geralmente são contratos celebrados entre duas empresas, o fornecedor e o distribuidor, em cada uma delas opera em um nível diferente da cadeia de distribuição, sendo que se estabelecem as condições de compra, venda e revenda dos produtos que devem ser escoados.

Tal fato é de extrema importância, pois algumas cláusulas desse tipo de acordo, as chamadas restrições verticais¹⁵⁸, restringem a atuação do produtor ou distribuidor, podendo gerar impactos anticoncorrenciais.¹⁵⁹ Esses impactos são objeto do direito antitruste e, por este motivo, se distanciam do objeto do trabalho,

uma concessão comercial "lato sensu". Considerado na doutrina, como contrato atípico e complexo, por escapar da natureza contratual típica, **visto a ausência de regulamentação legal**. Ressalta-se também que, pela sua atipicidade, como supra mencionado, a avença de revenda e distribuição de bebidas exclui a possibilidade de aplicação analógica da Lei n. 6.729/79, que regula as relações comerciais entre as produtoras e as distribuidoras de veículos automotores. As disposições contidas nesta são especialíssimas, constituem exceção às regras gerais, enquanto que, em contrapartida, na distribuição de bebidas, **pela ausência de lei específica, os dissídios devem ser dirimidos à luz das disposições comuns, que regulam os contratos em geral**, ou seja, em vista da atipicidade do contrato de revenda e distribuição de bebidas, desautorizada está a invocação das regras da Lei n. 6.729/79." (TJ-PR - AC: 1735795 PR Apelação Cível - 0173579-5, Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 07/11/2005, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/11/2005 DJ: 7002, grifo nosso.).

¹⁵⁷ ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11-36, jan/jun. 2006. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p011_036.pdf> Acesso em: 02.10.2013, p. 12.

¹⁵⁸ As principais restrições verticais são: "(i) imposição de preços de revenda, (ii) divisão de mercado, (iii) exclusividade e (iv) vendas casadas" (FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 138).

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 138.

devendo apenas ser ressaltado que os contratos de distribuição têm como uma de suas características serem espécies de acordos verticais e, por esta razão, estabelecem uma série de condições do negócio que fazem com que, muitas vezes, haja um maior nível de dependência econômica de um polo em relação ao outro.

4.4.4. Longa duração e confiança entre as partes

Outra importante característica do tipo contratual em comento é o fato de ele ser contrato de longa duração, ou seja, não tem uma execução instantânea, muito pelo contrário, consiste em um acordo de diversas compras e vendas que ocorrerão no decorrer de anos, sendo que, na maioria das vezes, o que se tem é um contrato de prazo indeterminado, sem data para acabar. As obrigações em contrato desse tipo estão sempre se renovando, as partes estão sempre se relacionando e cumprindo com seus deveres até que chegue o termo ou até que haja algum motivo para resolução, um acordo para distrato ou a vontade que gere a rescisão unilateral ou a denúncia.

Por ser um acordo de longa duração, o contrato de distribuição tem como qualidade a forte confiança e colaboração entre as partes, vez que o acordo de longa duração tende a envolver maior familiaridade e dependência do que o de execução imediata. As partes se conhecem melhor e tendem a se tratar como 'parceiras' quando negociam por muito tempo juntas.

Ainda, imperioso frisar que:

Sendo um contrato de trato sucessivo, podem ocorrer alterações no mercado e na própria conjuntura econômica que acabem trazendo desequilíbrio entre as obrigações contratuais assumidas pelo concedente e pelo concessionário.

Quando essas alterações são imprevistas e acarretaram uma desproporção grande entre as obrigações, será possível a utilização da teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*) ao contrato visando ao reequilíbrio das obrigações assumidas.¹⁶⁰

¹⁶⁰ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**, 2011, p. 94.

Desta forma, nota-se que nos contratos de longa duração o princípio da força obrigatória do contrato tem incidência muito fraca, tendo em conta que as vicissitudes do tempo¹⁶¹ são capazes de alterar o que foi estabelecido ou até mesmo a forma de cumprimento do contrato, a fim de que seja reestabelecido o equilíbrio contratual.

4.5.5. Contratos relacionais

Conforme exposto acima, os contratos de distribuição possuem como uma de suas características o fato de serem contratos de longa duração, ou seja, não são instantâneos e, por essa particularidade, geram muita confiança entre as partes. Tal confiança parte do pressuposto de que as partes que estão atuando há certo tempo juntas e pretendem continuar negociando por longo período estarão agindo de acordo com o princípio da boa-fé objetiva.

Também, por serem acordos que irão prevalecer no tempo, as partes costumeiramente se preocupam com o futuro. Conforme leciona Paula Forgioni:

Em virtude de sua longa duração, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em si, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas.¹⁶²

Soma-se a esses atributos o fato de que os fatos de obrigações diferidas fazem nascer alguma interdependência entre as partes, vez que por serem contratos sinalagmáticos (obrigações interdependentes) é possível dizer que o sucesso de uma

¹⁶¹ Paulo Lôbo usa como exemplo “a inflação, as crises econômicas, as decisões governamentais, as mudanças legislativas, a inovação tecnológica, a quebra do prestador, a onerosidade excessiva superveniente e as dificuldades ou impedimentos pessoais do devedor”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 114).

¹⁶² FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 71.

das partes traz sucesso para a outra, o que aumenta os laços relacionais entre os polos do acordo.¹⁶³

Por tais motivos, os contratos de distribuição possuem como atributo o fato de serem contratos relacionais¹⁶⁴, baseados na confiança¹⁶⁵ e na boa-fé objetiva, sendo que muitas vezes se preocupa mais na relação entre as partes do que com o negócio em si.

4.4.6. Relação fornecedor/distribuidor

Por mais que os contratos de distribuição sejam relacionais e de longa duração e, por estes motivos, baseados na confiança e boa-fé, não se pode olvidar que são também acordos verticais que impõe uma série de restrições para as partes, principalmente para o distribuidor, o que gera dependência econômica e, conseqüentemente, desigualdade.

Não pode ser negado, contudo, que as partes possuem objetivos convergentes. É interesse do produtor e do distribuidor escoar os produtos, vender grande quantidade de bens a fim de gerar lucro. O produtor ou vendedor dos produtos 'ganha' em relação a quantidade vendidas e lugares alcançados, enquanto que o distribuidor ou adquirente lucra com a diferença de preço para revenda, bem como com a quantidade que consegue distribuir.¹⁶⁶

¹⁶³ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 71.

¹⁶⁴ Contratos relacionais, segundo a concepção norte-americana (*relational contracts*), são acordos complexos de longa duração, nos quais a confiança, a solidariedade e a cooperação são, por vezes, mais relevantes do que os vínculos contratuais expressos. Tem-se, assim, um contrato aberto, que representa uma relação contínua, duradoura ao mesmo tempo em que modificável pelos usos e costumes ali desenvolvidos e pelas necessidades das partes. (ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11-36, jan/jun. 2006, p. 27). Frisa-se, contudo, que "nem todos os contratos de execução duradoura são contratos relacionais. Nestes incluem-se somente os de execução necessariamente continuada, ou seja, aqueles em que cada período de tempo faz nascer prestação correspondente e autônoma." (LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**, 2011, p. 113-114).

¹⁶⁵ "O dever de cooperação é notável e mais exigente nos contratos relacionais, que partem de interações contínuas. São relações de confiança e pessoais que não correspondem ao clássico antagonismo de interesses." (Ibid., p. 114).

¹⁶⁶ FORGIONI, Paula Andrea. op. cit., p. 122.

O principal interesse convergente no contrato de distribuição é o *sucesso da colocação o produto junto ao mercado consumidor*, o que faz com que fornecedores e distribuidores busquem o bom êxito recíproco das atividades econômicas. Em regra, *quanto maiores as vendas, maiores o escoamento da produção e os possíveis lucros de ambas as partes.*¹⁶⁷

De uma rápida análise dessa relação, a impressão que se dá é que produtor e distribuidor são de fato parceiros, porém, é preciso ir além e constatar a forma pela qual cada um atinge os seus objetivos. Primeiramente, anota-se que quanto maior for o preço da venda dos produtos pelo produtor, maior será o seu lucro, à medida que quanto menor for o preço de compra pelo distribuidor, maior a possibilidade de lucrar com a revenda. Ou seja, em relação aos preços de venda dos produtos não há nenhuma convergência, mas pelo contrário, cada polo da relação deseja preços distintos, sendo que “As margens de lucro do fornecedor e dos seus distribuidores podem ser *inversamente proporcionais*, lançando por terra a ideia de que o ‘lucro de um é necessariamente o lucro do outro’ [...]”¹⁶⁸.

Em segundo lugar, o risco de uma das partes não é compartilhado com a outra. Considerando que o contrato de distribuição não é um contrato societário¹⁶⁹, bem como que para que haja a sua caracterização é necessário que o distribuidor mantenha a sua autonomia em relação ao produtor, não é possível afirmar que nesse tipo contratual as duas partes compartilham o risco do negócio. Ora, se um distribuidor não sabe gerenciar os seus lucros e acaba tendo prejuízo com as suas vendas, o produtor em nada é afetado. Do mesmo modo, caso o produtor esteja passando por uma fase ruim devida à crise econômica global, deixando de entregar os resultados devidos para a empresa, isso em nada deve atingir o distribuidor. Conclui-se, portanto, que nos dois casos ambos devem continuar cumprindo com as suas obrigações contratuais, ainda que não seja o mais vantajoso para alguma das partes.

Em terceiro lugar, o produtor consegue lucrar com o valor alto das vendas, porém, na maioria das vezes, não é o valor em si que importa, mas sim a quantidade de produtos que estão sendo escoados. Isso quer dizer que a maior preocupação de uma fábrica, por exemplo, é o número de bens que estão sendo vendidos, não apenas para os distribuidores, mas sim no cenário global, ou seja, a cifra final de

¹⁶⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 122.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 123.

¹⁶⁹ Vide item 4.2.

vendas. O que move um produtor é a rotatividade de seus produtos. Em uma empresa de alimentos, por exemplo, o ideal é que a família se habitue a comprar determinado mantimento toda semana. Da mesma forma, mesmo em relação aos bens não perecíveis, a empresa lucra com a quantidade de carros que é vendida por mês, sendo meta fazer com que os consumidores só comprem carros de sua marca.

Assim, quando o produtor descobre uma maneira mais eficaz de chegar até o consumidor final, fazendo com que mais produtos sejam distribuídos em um período menor de tempo, ele irá colocá-la em prática, mesmo que isso traga algum tipo de prejuízo ao revendedor ou acarrete em uma denúncia do contrato. Fica cristalino, portanto, que cada polo tem seus próprios interesses, gerando tensão e conflitos internos¹⁷⁰.

4.4.7. Rede de distribuição

Em uma grande empresa, a fim de que os produtos sejam distribuídos da forma mais eficiente possível, existem vários revendedores. Para que haja uma gestão coesa e harmônica das vendas, o produtor estabelece um padrão de contrato de distribuição, com as mesmas condições, obrigações, restrições, benefícios etc. Desta forma, quando um distribuidor firma um contrato com o fornecedor ele não está apenas entrando em uma relação com o fornecedor, mas também em uma rede de distribuição.

Integrando uma rede de distribuição, o distribuidor não pode agir de forma isolada e autônoma. Deve interagir com os outros distribuidores

¹⁷⁰ “O mais curioso é que, sem prejuízo dessa tensão entre os interesses dos fornecedores e dos distribuidores, *para o consumidor o conflito pode apresentar-se de forma neutra, permanecendo geralmente o mesmo preço final*. Havendo rivalidade entremarcas, o preço de varejo será determinado pelo mercado, conforme os parâmetros da concorrência. A luta pelo maior lucro travar-se-á *dentro do contrato*, fornecedor e distribuidor buscando o aumento da sua margem.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 124). Equivocado, por conseguinte, afirmar que os consumidores sempre estarão sentindo os reflexos de uma eventual ‘disputa’ entre distribuidor e fornecedor, tendo em vista que, geralmente, o mercado possui preços padrões para os produtos. Assim, ainda que os polos da relação de distribuição estejam lutando por lucros cada vez maiores, não há a possibilidade de aumentarem o preço na proporção que bem desejarem, uma vez que, caso isso acontecesse, os consumidores iriam preferir os produtos da concorrência.

obedecendo a diretrizes comuns e conseqüentemente políticas comerciais comuns, mesmo porque, caso um dos distribuidores não mantenha uma conduta adequada e uniforme, haverá uma perda para toda a rede de distribuição, cujos produtos distribuídos poderão ficar com a marca arranhada, acarretando prejuízos financeiros, diretos e indiretos.¹⁷¹

Em uma rede contratual¹⁷² estão todos ligados por um fim comum, que, neste caso, é a revenda dos produtos com o maior proveito econômico possível. Quando inserto em uma rede de distribuição, o distribuidor precisa agir de acordo com a dinâmica do grupo, devendo o produtor fiscalizar as atividades de todos os integrantes, a fim de manter o padrão e a eficiência.

4.4.8. Obrigações secundárias

A relação jurídica obrigacional, por ser uma totalidade orgânica polarizada ao seu fim – o adimplemento satisfatório -, mesmo tendo como cerne o dever jurídico principal, não atinge esse fim somente pelo cumprimento desse dever. Por seu curso normal, apenas ocorrerá o adimplemento satisfatório se tanto o interesse de prestação como o de proteção forem completamente satisfeitos. Em decorrência da necessidade de haver a satisfação completa dos interesses dos figurantes, há de ocorrer o cumprimento de todos os deveres, sejam eles primários, secundários ou laterais. Os últimos têm a peculiaridade de atender tanto aos interesses de prestação como aos de proteção.¹⁷³

Conforme analisado, os contratos de distribuição possuem como obrigação principal a compra e venda, para posterior revenda, dos produtos que fazem parte do objeto do acordo. Porém, sabe-se que um contrato não consiste em uma única obrigação, havendo outros encargos para ambas as partes. Trataremos das principais obrigações secundárias presentes nos contratos de distribuição, vez que são elas que,

¹⁷¹ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

¹⁷² A autora espanhola Ana Lopez Frias define os contratos coligados ou rede contratual como um fenômeno “quando vários sujeitos celebram dois ou mais contratos distintos que apresentam uma estreita vinculação funcional entre si por razão de sua própria natureza ou finalidade global que os informa, vinculação que é ou pode ser juridicamente relevante.” (LÓPEZ FRÍAS, Ana. **Los contratos conexos**. Barcelona: Bosch, 1994, p. 273).

¹⁷³ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 105.

muitas vezes, estabelecem restrições verticais e aumentam a dependência econômica entre distribuidor e fornecedor.

O produto, quando objeto de uma distribuição indireta, geralmente percorre o seguinte caminho: produtor > distribuidor > consumidor final. À primeira vista tal trajeto não traria nenhum tipo de problema, contudo, para o fornecedor é problemático não ter contato direto com o seu consumidor final. O produtor também é influenciado pela revenda dos seus produtos e também lucra ou perde com ela. Assim, caso o distribuidor não saiba como vender os produtos da forma mais eficaz possível ou estabelecer concorrência com as demais marcas, pode haver uma queda nas vendas e nos lucros, tanto para o produtor, quanto para o vendedor.¹⁷⁴

Por este motivo, são criadas cláusulas para que haja um maior controle das revendas, sendo que o produtor, pela natureza contratual, pode interferir até certo limite¹⁷⁵ nas negociações dos distribuidores¹⁷⁶. Anota-se, entretanto, que tais interferências não descaracterizam o contrato de distribuição e não fazem com que o distribuidor deixe de ser autônomo¹⁷⁷. Eis algumas das obrigações secundárias:

(i) Imposição do preço de revenda: A fim de manter um determinado padrão nos preços dos seus produtos, mantendo assim um lucro mais ou menos uniforme e lugar no mercado, o fabricante, muitas vezes, inclui cláusulas no contrato de distribuição que estabelecem os preços mínimo e máximo para os produtos que serão distribuídos. Caso tais preços estejam de acordo com a economia e realmente façam sentido dentro do mercado, distribuidor e fornecedor ganham com essa imposição.

Todavia, caso o preço máximo imposto seja muito baixo ou muito alto, fugindo dos padrões de revenda, o distribuidor estará perdendo com tal imposição, deixando de lucrar o quanto poderia ou até mesmo deixando de escoar produtos já que os

¹⁷⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 127.

¹⁷⁵ O fato de o fornecedor ter o direito de interferir até certo ponto nas negociações do fornecedor não significa que todas as cláusulas restritivas estipuladas no contrato serão lícitas. Muitas delas não são, principalmente sob o prisma do direito concorrencial.

¹⁷⁶ “Impondo ao concessionário a obrigação de inserir determinadas cláusulas nos negócios jurídicos de revenda, o concedente pretende seguir essa distribuição até o consumidor final. Por outro lado, e na medida em que concluir contratos de conteúdo idêntico com outros concessionários, o concedente conseguirá construir uma rede de distribuição homogênea que funcione de maneira uniforme, eficaz e fortemente controlada.” (BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**, 1990, p. 65).

¹⁷⁷ Logicamente, caso o produtor cobre a jornada de trabalho do distribuidor, bem como ofereça algum tipo de bônus que caracterize salário, o distribuidor não será mais autônomo e se estará diante de uma relação empregatícia, não havendo mais contrato de distribuição nesse caso pois a venda dos produtos deixará de ser indireta.

preços estabelecidos são anticompetitivos. Ou seja, “mais uma vez, o fornecedor poderá conquistar mercado entremarcas pondo em risco o proveito do distribuidor¹⁷⁸”.

Há duas principais maneiras de estabelecer os preços que o produto deve ser revendido ao consumidor final, a primeira é a imposição de valores, sendo que o descumprimento gera inadimplemento, e a segunda é a sugestão de preços, que na teoria é apenas um “conselho”, mas na prática, na maior parte das vezes, vira imposição, tendo em conta que os preços sugeridos vêm estampados na embalagem e o consumidor tem acesso a eles, não aceitando preços maiores do que os que ali constam.¹⁷⁹

A imposição ou sugestão de preços pode ser prática ilícita dentro do direito concorrencial, mas para que seja assim considerada, é necessário observar os impactos que tais estipulações têm em cada contrato, realizando uma análise caso a caso¹⁸⁰. Imperioso ressaltar, contudo, que, ainda que tais cláusulas sejam consideradas legais, suas consequências podem ser prejudiciais ou até mesmo constituir abuso, tendo em vista que:

Quando o fabricante reserva-se o poder de indicar o preço no varejo, está em grande medida *influenciando o lucro* que poderá ser obtido com a atividade econômica do distribuidor e incrementando o grau de dependência deste. Mediante a determinação do preço de revenda, a posição de força do fabricante sobre a rede poderá ser potencializada, dando margem a abusos contra aqueles que se encontram em situações de *dependência econômica* e/ou vinculados por dispositivos contratuais. Não é demais lembrar que o excessivo estrangulamento da margem de lucro do distribuidor pode configurar abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC.¹⁸¹

(ii) Imposição de cota mínima de compras: No mais das vezes, o fornecedor estabelece uma cota mínima de compras para todos os seus distribuidores, a fim de que assim possa ter um determinado padrão nas vendas, assegurar que haverá estoque suficiente para servir o consumidor, bem como para assegurar o lucro de alguma forma.

¹⁷⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 128.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 170-173.

¹⁸⁰ “É preciso ponderar uma infinidade de fatores: poder econômico dos agentes, estrutura dos mercados, sistema de distribuição normalmente adotado pela concorrência e tantos outros.” (*Ibid.*, p. 172).

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 173-174.

Ocorre, contudo, que o estabelecimento dessas cotas mínimas, quando não flexibilizado, pode acarretar uma série de problemas para o distribuidor, que, em um momento de crise econômica, por exemplo, se verá obrigado a adquirir quantidade “x” de produtos, se sacrificando economicamente para tanto e ficando com duas opções: a) não vender todo o estoque, tendo em vista que o mercado consumidor não irá comprar a quantidade de produtos que está disponível para revenda; b) sacrificar o seu lucro, solução mais racional, pois terá que colocar o preço no mínimo valor possível, a fim de tentar estimular as compras.¹⁸²

(iii) Assistência técnica: Na maior parte dos contratos de distribuição há obrigação secundária do distribuidor de fornecer assistência técnica aos produtos que estão sendo revendidos. Desta forma, caso uma TV comprada do vendedor, por exemplo, estrague em função de uma peça com defeito, o consumidor final levará essa TV até o concessionário e pugnará pelo conserto. Ocorre, porém, que além de estipulada a obrigação secundária de prestar a assistência, o distribuidor não pode comprar a peça com defeito do terceiro que fabrica a peça diretamente, havendo a obrigação de comprar do fornecedor. Assim, o fornecedor compra do terceiro fabricante da peça e repassa para o distribuidor a fim de que ele possa realizar a assistência, havendo duplo lucro sobre o preço da peça, gerando prejuízos tanto para o distribuidor, quanto para o consumidor final.¹⁸³

(iv) Investimentos mínimos: Logicamente, quando um concessionário aceita distribuir produtos de um determinado fabricante, sabe que estará sujeito a algumas restrições, recomendações e obrigações. Quando falamos, por exemplo, de um setor da indústria alimentícia que produz produtos como bolachas, chocolates, gomas de mascar, salgadinhos e sucos, para que uma empresa possa revender os salgadinhos ela precisará de um meio de transporte comum, um carro com grande porta malas já seria suficiente. Contudo, caso esse mesmo distribuidor seja autorizado a revender, além dos salgadinhos, chocolates e gomas de mascar, terá que aumentar a sua frota, bem como realizar investimentos em seus veículos a fim de que possam transportar os novos produtos.

¹⁸² FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 129-130 e SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**, 2011, p. 85.

¹⁸³ FORGIONI, Paula Andrea. op. cit., 2007, p. 130-131.

O distribuidor instigado pelos possíveis lucros, já que terá mais opções de revenda, bem como se sentindo seguro por estar dentro de um contrato, no mais das vezes, de prazo indeterminado, aceita a proposta dos novos produtos e vai atrás dos investimentos necessários. As condições são previamente estipuladas pelo fornecedor e consistem em: aumento do pessoal, novos treinamentos pela área de vendas do fornecedor, compra de veículos climatizados, aquisição de material de publicidade, etc. Nota-se, pelo exposto, que os investimentos não são pequenos e que caso haja denúncia do contrato pouco tempo depois de tais aplicações, pode haver grande prejuízo por parte do distribuidor, inclusive a sua falência.

(v) Divisão de mercado: A distribuição de produtos não é realizada de forma aleatória por um fabricante. Isso quer dizer que há gigantesca gestão das vendas realizadas, sendo que os distribuidores que participam de uma determinada rede são divididos por áreas de atuação. A divisão pode ser realizada de três modos, conforme ensina Paula Forgioni: a) Divisão de acordo com a natureza do bem – Distribuidor ‘x’ distribui livros e distribuidor ‘y’ revende revistas; b) Divisão por consumidores: ‘x’ responsável pelos consumidores ‘a,b e c’ e ‘y’ responsável pelos consumidores ‘j,k,l’, de acordo com uma lista; c) Distribuição territorial: ‘x’ fica responsável pelos Bairros Cabral e Juvevê e ‘y’ pelos bairros Portão e Água Verde.¹⁸⁴

A divisão, quando acordada entre as partes, deve ser rigorosamente observada pelos concessionários, sob pena de incorrerem em inadimplemento contratual, tendo em conta que qualquer erro na divisão das vendas pode acarretar em lugares e consumidores que não receberão os produtos, trazendo diminuição das vendas, cadeia de distribuição pouco eficiente e, conseqüente, prejuízos para o fabricante. Ainda, frisa-se que quando a divisão não é respeitada pode haver problemas na concorrência dos produtos e nos lucros do próprio distribuidor, vez que essa obrigação está, na maioria das vezes, ligada à exclusividade, assunto abordado na sequência.

(vi) Exclusividade:

¹⁸⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 201.

(...) têm sido referidas como fórmulas precursoras da concessão comercial as obrigações de exclusividade inseridas em alguns contratos, no decurso do século XIX.

Tais obrigações consistiam fundamentalmente em obrigações de compra exclusiva e em obrigações de não concorrência, impostas por um produtor a um comerciante; como contrapartida da obrigação de compra exclusiva, o produtor concedida com frequência ao comerciante o direito de venda exclusiva em certa zona.¹⁸⁵

A cláusula que trata da divisão de mercado, na maior parte das vezes, não está sozinha no contrato de distribuição. Ela vem acompanhada da cláusula que versa sobre a obrigação de exclusividade das partes, exclusividade esta que, de um lado, beneficia o distribuidor e o fornecedor e, de outro lado, faz com que a dependência econômica, novamente, seja acentuada.¹⁸⁶

Inicialmente, cumpre tratar da obrigação de exclusividade que o distribuidor tem para com o fornecedor. O objetivo do fabricante de produtos é fazer com que as mercadorias sejam vendidas para o público consumidor na maior quantidade possível, conquistando clientela e fixando suas marcas. Para que isso seja possível tem que contratar distribuidores que possuam o mesmo propósito e, tal objetivo se torna mais provável quando os únicos produtos distribuídos pelo revendedor são os de um único fabricante.

Exemplificadamente: as empresas “Bolacha e Cia” e “Bolachas Felizes” produzem bolachas recheadas de chocolate e morango, caso o vendedor ‘x’ revendesse biscoitos das duas empresas, quando chegasse até o consumidor final ou até um supermercado, não faria diferença para ele se fossem compradas 1000 bolachas de chocolate “Bolacha e Cia” e 500 de morango da marca “Bolachas Felizes” ou 1500 bolachas dos dois sabores da marca “Bolacha e Cia” e nenhuma da “Bolachas felizes”, tendo em vista que de qualquer forma estaria lucrando.

Outrossim, caso a venda dos biscoitos da marca “Bolacha e Cia” caíssem, o distribuidor também não se interessaria em perceber se os produtos estão bem dispostos no mercado, se a propaganda está produzindo efeitos e, até mesmo, se há algum motivo para a perda de clientes, tendo em conta que, certamente, estaria vendendo mais produtos da “Bolachas Felizes” e conseguindo auferir vantagens econômicas no final do mês.

¹⁸⁵ BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**, 1990, p. 36.

¹⁸⁶ Ibid., p. 72-73 e FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 252.

Por fim, quando se pensa na venda não exclusiva por parte do distribuidor, há o problema da confusão da imagem do produto. As mercadorias podem deixar de ser adquiridas por não passarem o conceito certo para os consumidores. Caso um distribuidor vá até um estabelecimento infantil para vender brinquedos com a logomarca de uma empresa de cigarros no seu carro pode haver a recusa daqueles em razão da associação realizada com a marca de cigarros.

Para evitar todos os cenários descritos acima os fornecedores estabelecem a obrigatoriedade de que os distribuidores revendam apenas os seus produtos, ou de outros fornecedores expressamente indicados, sem que possam comprar mercadorias de empresas concorrentes ou até mesmo de bens incompatíveis com o valor que a empresa tenta passar ao público.

Por outro lado, não é apenas o distribuidor que possui a obrigação secundária da exclusividade. O produtor geralmente se compromete, em contrapartida à exclusividade do concessionário, a não deixar com que outros revendedores da sua rede de distribuição, que trabalhem com o mesmo tipo de produto, atuem no território determinado para cada distribuidor. Ou seja, cada distribuidor tem o direito de revender os seus produtos sem que tenha que lidar com a concorrência intramarca.

Observa-se, entretanto, que tal cláusula não estabelece que não haverá mais nenhum distribuidor da empresa no local, mas sim que, caso a empresa venda salgadinhos e gomas de mascar, só haverá um distribuidor revendendo salgadinhos e um vendendo as gomas de mascar em determinada zona territorial.

Gustavo Haical trata das cláusulas de exclusividade nos contratos de agência, porém, em razão da grande semelhança entre as duas figuras contratuais, é de extrema importância ressaltar as suas palavras:

A principal função da exclusividade é evitar a concorrência e intensificar os laços cooperativos entre o agente e o agenciado. Para isso, há o advento de uma obrigação de não fazer, de modo a não estarem agente e agenciado a incorrer em condutas que possam causar abalo ao profícuo andamento do processo obrigacional.

A exclusividade em favor do agente representa uma contrapartida à atividade promocional por ele realizada, dando-lhe a certeza que será remunerado pelos contratos que forem concluídos em sua zona, por atuação direta do agenciado, e gerando a esse o dever de não nomear outro agente para desenvolver a mesma atividade. Em favor do agenciado, a exclusividade serve para lhe dar a garantia de que o agente atuará com intensidade na promoção da conclusão

de contratos de seu interesse à distribuição do bem ou serviço disponibilizado no mercado.¹⁸⁷

Desta forma, conclui-se que com esta estipulação o distribuidor possui mais segurança na relação jurídica, vez que tem certeza de lucro no local acordado para suas vendas, fazendo com que esteja mais propenso a aceitar as restrições impostas pelo fornecedor. Assim, é possível observar que a exclusividade “amarra” as duas partes ao mesmo tempo em que diminui a concorrência intra e entre marcas e aumenta as benesses dos dois polos da relação.

(vii) Demais obrigações: Frisa-se, por fim, que as obrigações supracitadas são as mais importantes para que fique mais fácil de entender como se dá a relação entre as partes no contrato de distribuição, contudo, essas não são as únicas obrigações secundárias que podem constar no acordo. Podemos citar, a via de exemplo, as seguintes: mandato ou empreitada para viabilizar o adimplemento da obrigação de garantia assumida pelo fornecedor; obrigatoriedade de o distribuidor informar ao fornecedor dados sobre o mercado e as preferências dos adquirentes; obrigações de empreender ou participar das despesas efetuadas com publicidade; vendas casadas; licença de uso de marca; manutenção de estoque e/ou peças de reposição etc.¹⁸⁸

¹⁸⁷ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 54.

¹⁸⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 66.

5. A DENÚNCIA IMOTIVADA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO DE PRAZO INDETERMINADO E O ABUSO DE DIREITO

É possível afirmar que, na maior parte das vezes, as relações obrigacionais visam um fim: o adimplemento e, por este motivo, quando o fim é alcançado não haveria motivos para que houvesse a continuação da relação, havendo, portanto, a sua extinção. Assim, as relações obrigacionais já visariam à extinção do contrato. Ocorre, contudo, que nos contratos de prazo indeterminado, em que as obrigações são contínuas, os olhares das partes não miram o fim da relação, mas sim a sua duração no tempo.¹⁸⁹

Quando tratamos de relações baseadas na confiança e que focam muito mais na relação entre as partes do que em qualquer outra coisa, ou seja, quando tratamos dos contratos relacionais¹⁹⁰, é normal que não se pense que o acordo chegará ao fim, caso contrário, haveria desconfiança¹⁹¹ e ela não permitiria que as obrigações fluíssem da forma necessária.

Entretanto, voltamos a afirmar que, mesmo quando os contratos são firmados por prazo indeterminado as partes não são obrigadas a se relacionarem pela eternidade.

Nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica duradoura a que não se pudesse pôr termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual resolução por inadimplemento ou a distrato. Daí a figura da *denúncia*, com que se denuncia, pois resulta de se haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo que é o de denunciar.¹⁹²

¹⁸⁹ HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos**, 2012, p. 77.

¹⁹⁰ Vide item 4.5.5.

¹⁹¹ Acerca da importância da confiança nas relações humanas, são as palavras de Karl Larenz: “Uma sociedade em que cada um desconfia do outro assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Onde se perdeu a confiança, a comunicação humana resta profundamente perturbada. (LARENZ, Karl. **Derecho civil – Parte general**. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978. *Apud*: Paula Forgioni. Contrato de distribuição, p. 37.)

¹⁹² PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. T. XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, 2012, p. 378.

Desta forma, depreende-se que tal extinção ocorre, conforme também já discutido¹⁹³, por meio de denúncia, sendo que o objeto do presente trabalho vem a ser a denúncia imotivada nos contratos de distribuição por prazo indeterminado e o eventual abuso de direito que dela pode advir.

5.1. A DENÚNCIA NOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

A denúncia¹⁹⁴ imotivada consiste na vontade de uma das partes de terminar a relação contratual existente sem que haja inadimplemento ou prazo para o seu fim, ou seja, estabelece-se um termo ou prazo para que o contrato seja extinto, impedindo que ele continue, por motivos alheios às obrigações ali estipuladas, a relação acaba pela simples vontade de que assim seja feito.

Todavia, não há liberdade total nessa declaração de vontade, sendo que, conforme abordado nos itens 2.4. e 2.5. do presente trabalho, é condição de eficácia a notificação da outra parte, bem como, nos termos do parágrafo único do artigo 473, dependendo da natureza do contrato, tal notificação deve ser realizada em prazo compatível ao montante de investimentos realizados para a execução do acordo.

Nas palavras de José Carlos Brandão Proença:

O interesse da parte legitimada não é, contudo, plenamente livre, já que a denúncia pode contender com a pessoa (a sua liberdade física ou de escolha do emprego) e o seu património (o sustento, a habitação, a posição dentro do ente social) exigindo, assim, uma vinculação ou um condicionamento legal no seu exercício.¹⁹⁵

Quanto aos motivos que levam a parte a querer que a relação seja extinta, não há necessidade que estes sejam expostos caso a lei ou o contrato não exijam, ou seja,

¹⁹³ Vide itens 2.4. e 2.5.

¹⁹⁴ “A denúncia pode ser definida como o poder, exercido por normal declaração unilateral receptícia, livre ou vinculado, de extinguir *ex nunc* e dentro de certos prazos um contrato duradouro *stricto sensu*.” (PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no Direito Civil: o enquadramento e do regime**, 1996, p. 40).

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 41.

a denúncia pode ser vazia, sem exibição de motivos. A parte pode ser notificada acerca da extinção sem ao menos entender a motivação que fez com que a outra parte assim desejasse. O que não é possível é que a parte notifique a outra com aviso prévio ínfimo, sem considerar a realidade em que a outra parte está inserida, os prejuízos que virá a sofrer com o fim da relação. Para que haja uma denúncia justa, cada caso deve ser analisado separadamente, levando-se em consideração as características do contrato e do caso concreto.

A situação se torna mais interessante e complexa quando o contrato não contém uma cláusula de prazo determinado, podendo conter ou não uma disposição para admitir o afastamento unilateral das partes. De acordo com a teoria geral dos contratos, qualquer das partes, em qualquer momento, pode denunciar o contrato, como já temos assinalado. **Contudo, essa premissa requer considerações especiais quando se trata de contratos de ‘denominação entre empresas integradas’, como a agência, franquia comercial, distribuição e concessão.**¹⁹⁶

Desta forma, conclui-se que, em termos gerais, é lícita a denúncia imotivada nos contratos de prazo indeterminado, inclusive nos de distribuição, contudo, há uma série de situações especiais que devem ser levadas em consideração nesse tipo de acordo. Assim, mesmo a princípio sendo lícita, em razão da extrema dependência econômica entre as partes, aliada à desobediência às premissas contratuais básicas, em alguns contratos de distribuição, a denúncia acaba se tornando abusiva e este é o foco da presente exposição.

5.2. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

O contrato de distribuição, ou de concessão comercial, rege a relação entre um produtor de determinados bens e os seus distribuidores. Tal contrato visa, consonante já estudado, o escoamento dos produtos de forma mais eficiente possível, a fim de produzir lucros para ambas as partes, sendo que o distribuidor revende os bens que

¹⁹⁶ AGUINIS, Ana María de. **Contrato de agencia comercial**. Aspectos jurídicos y función económica. Derechos y obligaciones. Responsabilidad. Rescisión unilateral. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991, p. 109-110, tradução nossa, grifo nosso.

compra do fornecedor. A princípio, essa relação aparenta possuir fins convergentes entre os polos, contudo, em concordância com o exposto no capítulo 4, as divergências são grandes.

De tudo o que já foi exposto no presente trabalho, evidente que os fornecedores possuem, na maior parte das vezes, em relação aos distribuidores, posição privilegiada. Isto porque, conforme visto no capítulo 4, as cláusulas que fazem parte do contrato de distribuição são mais favoráveis aos concedentes, que estabelecem uma série de condições e restrições para conseguir manter certo controle sobre a sua rede de distribuição.

Logicamente, não está a se dizer que os distribuidores não possuem nenhum tipo de vantagem no contrato ou que sempre são totalmente dependentes dos fornecedores, já que é notório que o distribuidor também possui vantagens e liberdade contratual para escolher se participa ou não da relação.

No mais das vezes, é garantida ao distribuidor a exclusividade territorial para que ele possa revender os seus produtos sem que haja concorrência entre outros colegas de profissão da mesma rede, ainda a ele são oferecidas algumas regalias, tais como: grande poder de negociação no preço de compra dos produtos e oportunidade, na medida em que ganha maior confiança do fornecedor, de revender mercadorias com marcas consolidadas, que já se vendem por si só, sem muito esforço de propaganda e marketing, garantindo assim, maior lucro com menor esforço.

Deste modo, depreende-se que os dois polos possuem benefícios e regalias, contudo, geralmente uma parte consegue sobrepor seus interesses em relação à outra, gerando uma situação de desigualdade. Esta imposição existe em razão da dependência econômica que surge nesse tipo de contratos, sendo que, na grande maioria das vezes, quem ocupa a posição de poder é o fornecedor¹⁹⁷.

A dependência econômica é consequência de diversos fatores característicos da relação contratual presente no contrato de distribuição, não sendo, por si só, negativa ou coibida pelo ordenamento jurídico. A dependência pode existir, e de fato

¹⁹⁷ “É comum o contrato de distribuição encerrar uma relação de poder desequilibrada, uma das partes sobrepondo-se à outra. Na maioria das vezes, essa pujança caracteriza o fornecedor, porém não raro encontramos o distribuidor na condição privilegiada.” (FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 344-345).

existe, na maioria das relações que envolvem empresas de diferentes portes¹⁹⁸, entretanto, quando a parte mais “poderosa” na relação abusa do seu status a fim de explorar ou prejudicar a outra parte, há abuso da dependência econômica, o qual deve ser reprimido.

Conforme nos ensina Paula Forgioni:

Pela repressão ao abuso da dependência econômica, procura-se impedir que o agente que se encontra em situação de superioridade com relação à contraparte use seu poder indevidamente. A supremacia implica a possibilidade/capacidade de um sujeito impor condições contratuais a outra, que deve aceitá-las para sobreviver.¹⁹⁹

Este abuso eventualmente ocorre porque, dentre outras coisas, o contrato de distribuição estabelece cláusulas como a de exclusividade de compras do mesmo produtor, preços pré-estabelecidos para a revenda, obrigatoriedade de investimentos mínimos, necessidade de treinamento de pessoal, obrigatoriedade de fornecimento de assistência técnica, zonas determinadas de atuação, etc. Cláusulas como estas fazem com que o distribuidor fique em situação vulnerável, já que deve estar à disposição do fornecedor, realizando investimentos para adequação das expectativas depositadas no contrato.

A vulnerabilidade do distribuidor, aliada à alta confiança envolvida neste tipo de contrato relacional, eventuais crises econômicas (que podem fazer com que tanto o fornecedor quanto o distribuidor fiquem mais dependentes uns dos outros), o poder de compra (nos casos de produtores que ficam dependentes de grandes

¹⁹⁸ “Embora a independência jurídica da empresa distribuidora permaneça incólume nos modernos negócios de distribuição, visto tratar-se de ente jurídico distinto da empresa fabricante, a dependência econômica encontra-se como elemento fundamental para o desenvolvimento deste tipo de empreendimento. O fundamento desta exigência paira sobre a necessidade da uniformização e busca pela eficiência, sendo certo que a padronização e imposição de metas se faz necessária na medida em que mantém coesa a organização na pretensão de satisfazer os objetivos idealizados. Assim, o contrato de distribuição cria uma espécie de vínculo econômico entre fabricante e distribuidor, no qual o segundo passa a integrar e adotar padrões de qualidade de bens e serviços fixados pelo primeiro, formando uma sociedade unitária dentro da qual o distribuidor se encarrega de comercializar os produtos fabricados pelo fornecedor.” (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 457336-6 - Cascavel - Rel.: José Sebastiao Fagundes Cunha - Unânime - - J. 05.05.2011)

¹⁹⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 347.

supermercados), bem como os altos custos em investimentos, podem fazer com que haja uma situação de dependência extremada, que é suscetível de abuso.²⁰⁰

Quanto aos investimentos, especificamente, podemos falar, primeiramente, nos custos idiossincráticos que são aqueles em que “a identidade específica das partes produz relevantes consequências no plano dos custos; requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a transação²⁰¹”. Estes custos estão muito presentes nos contratos de distribuição e são um dos principais pontos caracterizadores da dependência econômica, vez que o distribuidor, na maior parte das vezes, deve investir em material (novos carros, climatização de transporte, formas de fazer propaganda, etc.) e em pessoas (contratação de mais pessoas para escoamento eficaz, treinamento na empresa produtora para conhecimento dos produtos, etc.), a fim de conseguir cumprir as obrigações específicas naquele contrato e conseguir lucrar o máximo possível.

Ora, se tais custos fazem com que não haja inadimplemento e os lucros sejam otimizados, há recompensa pelos investimentos, o maior problema, entretanto, encontra-se nos *sunk costs* que podem ser definidos como custos irrecuperáveis, estes sim não retornam para aquele que investiu²⁰², causando maior dependência econômica ainda, tendo em conta que a partir do momento que se realizam investimentos (sejam eles classificados como custos idiossincráticos ou *sunk costs*) o que se quer é continuar na relação contratual, independentemente das variáveis e condições, para tentar fazer valer a pena o dinheiro investido, bem como para dar tempo de recuperar de alguma forma tais gastos.

Nas palavras de Hal Arkes, psicólogo na Ohio State University, que estudou grande parte da sua vida o assunto: “Abandonar um projeto em que você investiu muito dá a sensação que você desperdiçou tudo e o desperdício é algo que nós somos aconselhados a evitar²⁰³.”

É neste panorama que o abuso da situação da dependência econômica ocorre, sendo que ele pode ser encontrado na imposição de cláusulas extremamente favoráveis à parte dominante no contrato, bem como pode estar

²⁰⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 347-352.

²⁰¹ Ibid., p. 358.

²⁰² Acerca do assunto, vide publicação do Daily Finance no dia 18 de abril de 2013 denominada “What is Sunk Cost?”. Disponível em: <<http://www.dailyfinance.com/2013/04/03/sunk-cost-definition/>>. Acesso em: 22.10.2013.

²⁰³ In: SUROWIECKI, James. **That sunk-cost feeling**. Disponível em: <http://www.newyorker.com/talk/finance/2013/01/21/130121ta_talk_surowiecki>. Acesso em: 22.10.2013, tradução nossa.

presente durante a fluência da relação contratual em si, vez que o polo predominante pode impor modificações contratuais, exercer de forma abusiva os seus direitos, cobrar de forma extremada os deveres da outra parte e até mesmo aproveitar-se da sua posição e denunciar o contrato de forma ilícita.²⁰⁴

5.3. A DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO E O CÓDIGO CIVIL

Consoante já tratado, o contrato de distribuição *strictu sensu* é contrato atípico no direito brasileiro²⁰⁵ e, assim sendo, segue as regras sociais, jurisprudenciais e dos contratos em geral. Por este motivo, é equivocado tratar da matéria usando como base a Lei dos Representantes Comerciais, a Lei Ferrari ou até mesmo os artigos 710 ao 721 do Código Civil (que trata do contrato de agência e de sua subespécie agência-distribuição).

Contudo, analisando os artigos 473 e 187 do Código Civil, em conjunto com a doutrina e jurisprudência acerca das características dos contratos de distribuição, é possível avaliar o caso concreto e concluir quando haverá a configuração do abuso de direito nas denúncias.

Ainda que o diploma legal citado trate das denúncias de forma não compatível com o entendimento adotado na presente monografia, vez que estabelece entre resilição unilateral e denúncia uma relação de causa e efeito, enquanto que entendemos que as duas são negócios jurídicos distintos, não se pode ignorar a pertinência do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, que estipula congelamento da eficácia da denúncia contratual²⁰⁶ nos casos em que haja investimentos consideráveis para a sua execução, podendo haver a extinção contratual apenas depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e vulto dos investimentos.

Ora, por ser regra aplicável aos contratos em geral, também é aplicável aos contratos de distribuição, desta forma, a denúncia deve obedecer ao prazo

²⁰⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 419.

²⁰⁵ Vide início do item 4.2.

²⁰⁶ Frisa-se, novamente, que a denúncia tratada pelo Código é diferente da denúncia tratada no presente trabalho, que segue a definição de Pontes de Miranda, contudo, tal previsão contratual é aplicada nos casos de denúncia acerca da qual versa o tema proposto.

compatível, sob pena de configuração do abuso de direito, que também está estabelecido no Código Civil, artigo 187, tendo em conta que o caráter brutal do rompimento sem fixação de prazo adequado vai contra o princípio da boa-fé objetiva e dos seus deveres laterais decorrentes.

Em suma: o lapso temporal referido no parágrafo único do art. 473 deve permitir a 'recuperação dos cursos recuperáveis', considerando-se como momento inicial aquele da notificação da denúncia, referida no *caput* do mesmo dispositivo. Dessa forma, o texto normativo obriga o denunciante a respeitar o prazo necessário para que o seu interesse egoístico não leve o distribuidor a arcar com um prejuízo que pode ser evitado pela continuação de suas atividades comerciais. Esse dispositivo dá concreção ao princípio geral que obriga as partes a respeitarem a boa-fé objetiva no trato contratual; são juridicamente inadmissíveis comportamentos em que há desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do poder exercido e o sacrifício imposto à outra parte. Consequentemente, a concessão de prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento efetuado implica assegurar ao distribuidor tempo de permanência no mercado que viabilizará a recuperação/amortização dos investimentos realizados, seja (i) mediante obtenção de lucros (já realizados ou a realizar) que amortizem os investimentos irrecuperáveis e (ii) mediante a concessão de tempo (contato a partir da notificação da denúncia) que permita a recuperação dos demais investimentos obtida, por exemplo, mediante o redirecionamento das atividades empresariais.²⁰⁷

Ainda, em relação ao abuso de direito, devemos destacar mais três pontos essenciais. O primeiro diz respeito ao fato de que o abuso não estará configurado apenas quando não se respeita o prazo compatível com os investimentos, mas pode haver denúncia ilícita quando o denunciante atua de forma contrária à boa-fé, fim econômico ou social do contrato ou bons costumes, ainda que respeitado o prazo razoável.

O segundo é em relação ao risco inerente ao negócio, tendo em conta que o contrato de distribuição traz riscos a ambas as partes. Ninguém pode assegurar que os produtos irão vender da maneira estimada ou que o produtor não irá entrar em processo de falência, por exemplo. Desta forma, ressalta-se que não estamos a afirmar que todo o risco é do produtor, muito pelo contrário, se isso fosse verdade as empresas não firmariam mais contratos de distribuição indireta. Contudo, os prejuízos decorrentes da denúncia abrupta do contrato dizem respeito a "prejuízos

²⁰⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 474.

não relacionados à álea normal do negócio²⁰⁸ e, por este motivo, devem ser evitados.

O terceiro, e último, ponto diz respeito à denúncia realizada pelo distribuidor. Conforme já asseguramos, ela também pode ser abusiva, tendo em conta que o distribuidor pode ser a parte mais “forte” do negócio e o fornecedor economicamente dependente daquele. Em via de exemplo, podemos citar o produtor de produtos de limpeza que firma contrato de distribuição com uma grande rede de supermercados, sendo que 70% de sua produção são destinadas ao distribuidor em comento. Ora, caso o supermercado denuncie abruptamente o contrato, estará configurado o abuso de direito, tendo em conta que será ato contrário a boa-fé, já que é necessário que o produtor tenha tempo suficiente para se organizar e evitar os prejuízos advindos da ruptura (seja encontrando outro distribuidor com capacidade de escoamento semelhante ou se reestruturando internamente para sobreviver com quantidade muito menor de produção e lucro).

5.4. A DENÚNCIA IMOTIVADA, O ABUSO DE DIREITO E OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Antes de mais, cumpre ressaltar que não é sempre que a denúncia imotivada nos contratos de distribuição de tempo indeterminado²⁰⁹ é abusiva. Para que se chegue a uma conclusão como esta é necessária análise do caso concreto para apreender qual eram as verdadeiras expectativas da relação, qual era o nível de dependência econômica entre as partes, quais seriam as consequências da extinção, etc., uma vez que a dependência econômica sempre existirá, sendo um

²⁰⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 476. A autora afirma ainda na página 477 que “Os agentes econômicos são atraídos para a atividade de revenda, na medida em que o ordenamento jurídico assegura-lhes que não serão prejudicados por comportamentos oportunistas de seus parceiros comerciais; deverão apenas suportar as áleas de sua atividade”.

²⁰⁹ A maior parte dos contratos de distribuição não possui cláusula prevendo o fim da avença. Ainda, sempre que se fala em contrato de distribuição a partir deste ponto do trabalho estará se tratando dos contratos de prazo indeterminado, tendo em conta que a denúncia é o modo de extinção unilateral dos contratos desta espécie, não se aplicando àqueles que possuem prazo determinado (neste caso, de acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, estaríamos diante da rescisão – acerca do assunto vide PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. T. XXV. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, 2012, p. 377-389.

dos requisitos para que haja certa eficiência na rede de distribuição, devendo haver parcimônia no julgamento das lides sobre o assunto.

Na disciplina da coibição do abuso da dependência econômica, é significativa a questão de fundo que há se ser equacionada pelo direito: por um lado, deve-se reprimir o abuso; por outro, não se pode deixar que o regramento jurídico acabe por tornar o sistema ineficaz, desestimulando a adoção de uma forma vantajosa de distribuição de produtos ou serviços. Ou melhor, o ordenamento jurídico deve buscar um meio-termo²¹⁰ que conjugue a proteção do agente econômico com a eficácia do sistema.

O fim econômico do contrato de distribuição é a eficiência do sistema de escoamento e, por este motivo, a cada suspeita de abuso da dependência econômica deve haver análise do caso para que seja possível ponderar se a restrição ocorrida foi realizada egoisticamente ou a fim de melhorar a eficiência do sistema de distribuição e, conseqüentemente, os lucros de ambas as partes. Neste caso, não está havendo abuso, mas tão somente a busca pelo fim econômico do contrato firmado entre as partes. No mesmo sentido, é possível falar da denúncia imotivada que ocorre sem má-fé, desobediência ao fim econômico das obrigações estipuladas no contrato e em prazo razoável, tendo em conta que, ainda que nestes casos exista a dependência econômica, não há que se falar no seu abuso.

Desta forma, deve haver muita moderação ao considerar as alegações da parte prejudicada com a extinção do contrato, tendo em conta que, obviamente, ela não estará satisfeita com o fim da avença, mas isso não significa que há direito à indenização ou que houve qualquer tipo de abuso pela parte denunciante.

Assim, nos contratos de distribuição, não haverá abuso quando for praticado um ato ilícito nos quadrantes da eficiência jurídica no sistema de distribuição, informada pelas premissas implícitas no ordenamento (i.e., racionalidade jurídica, boa-fé e proteção da legítima expectativa, necessárias ao adequado fluxo de relações econômicas.

(...)

A eficiência da distribuição, para fins jurídicos, parte do interesse comum na atividade de escoamento da produção, mas leva em conta também as perdas experimentadas por uma das partes, bem como a boa-fé e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes. Se o ato implicar prejuízo ao distribuidor, não compensado pelos ganhos globalmente tomados em conta, há de ser considerado abusivo; caso contrário, dar-se-ia

²¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 353.

*proteção aos interesses egoísticos (e juridicamente ineficientes) de uma das partes, geralmente aquela detentora de maior poder econômico.*²¹¹

Desta forma, conclui-se que, definitivamente, é lícita a denúncia imotivada nos contratos de distribuição firmados por prazo indeterminado, sendo que o que deve ser analisado é a forma como ela é efetuada, que, por sua vez, caso vá de encontro com a boa-fé objetiva, com o seu fim econômico e social ou com os bons costumes²¹², será abusiva e, portanto, ilícita.

Ora, o que deve ser considerado para fazer essa análise? Antes de tudo, a forma de execução do contrato. Caso o fornecedor, a via de exemplo, em março de 2013 fizesse uma reunião com o distribuidor para elogiá-lo e dizer que as vendas estavam muito boas, mostrando admiração e confiança e, em razão do êxito dos lucros, pedisse para que fossem realizados investimentos em funcionários (aumento no número dos funcionários do distribuidor) e aumento na quantidade de carros na frota, se houvesse denúncia por parte do fornecedor em abril de 2013 estaria configurado o abuso de direito.

A pergunta que fica é “por quê”? Em um primeiro momento, principalmente aqueles que trabalham em empresas e sabem como é o dia-a-dia de uma multinacional, por exemplo, podem ficar abismados e afirmar que verdadeiro abuso é a própria configuração do abuso, tendo em conta que todos possuem o direito de se desvincular do contrato de distribuição por prazo indeterminado quando bem entenderem. Contudo, o abuso é configurado pelo contexto e não pela denúncia em si. Isso significa dizer que caso a situação da denúncia fosse outra, o abuso poderia não estar configurado.

Neste caso, o fornecedor teria praticado ato ilícito porque agiu de forma contraditória e, conseqüentemente, sem boa-fé, que, conforme tratado no item 2.3.6., tem como uma de suas funções a de limitar certos direitos, ou seja, não é possível agir de forma a lesionar a lealdade, confiança, correção etc. Como o fornecedor se aproveitou da situação da outra parte para conseguir os investimentos necessários naquele momento, tendo em vista que o elogiou e deu esperanças de que o contrato estava indo bem e duraria o suficiente para que as aquisições fossem

²¹¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**, 2007, p. 428 e 431, grifos do autor.

²¹² Conforme estudado nos itens 4.3. e 4.4.

recompensadas, agiu de má-fé ao denunciar o acordo e deixar a outra parte arcando com os prejuízos provenientes da sua influência.

O que ocorreu neste caso foi tipicamente abuso de direito, tendo em conta que o poder de denúncia era aparentemente lícito, em razão da possibilidade da determinação de termo para o fim do contrato de prazo indeterminado, porém, apesar de ser lícito, quando o contexto faz com que este aparente direito esteja sendo exercido de forma contrária ao princípio da boa-fé, ele torna-se ato ilícito e não deve ser praticado.

Assim, nos termos do artigo 187 do Código Civil, o fornecedor, neste caso hipotético, cometeu ato ilícito na espécie do abuso de direito e deve indenização ao distribuidor pelo dano certamente causado (vez que presente o dano e o nexo causal, sem que seja necessária a presença de dolo ou culpa em razão da responsabilidade ser objetiva²¹³).

No mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Brito que, ao fazer análise dos contratos de concessão comercial no Direito Português, chegou a conclusão absolutamente pertinente e aplicável ao entendimento brasileiro:

A denúncia constituirá comportamento abusivo sobretudo nos casos em que o concedente induziu a contraparte a realizar certos investimentos em vista de uma relação contratual duradoura, justificando-se então uma presunção de continuidade do contrato no tempo, por parte do concessionário.²¹⁴

É necessária também a análise do prazo fixado para a efetiva extinção na apreciação da existência ou não do abuso de direito. De acordo com o estudado, nos termos do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, deve haver a estipulação de aviso prévio compatível com a natureza e vulto dos investimentos realizados durante o contrato, sendo que, caso a denúncia seja abrupta haverá desobediência a uma imunidade garantida ao denunciado e, conseqüentemente, exercício de ato ilícito decorrente da má-fé ao denunciar o contrato e da violação de direito.

²¹³ Vide final do item 3.3.

²¹⁴ BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**, 1990, p. 241.

Nos casos em que não há a estipulação de prazo razoável o Poder Judiciário deve retirar a eficácia ou invalidar a denúncia²¹⁵, fazendo com que a relação contratual perdure até que seja obedecido o prazo, bem como, por estar configurado o abuso de direito²¹⁶ é devida indenização caso haja dano.

Assim, no episódio hipotético narrado anteriormente, caso o produtor não tenha dado nenhum tipo de aviso prévio ao distribuidor, nos termos dos artigos 187 e 166, VII²¹⁷ do Código Civil (e demais aplicáveis), o Poder Judiciário deve retirar a eficácia ou anular a denúncia²¹⁸, a fim de que o distribuidor permaneça revendendo os produtos até que possa recuperar, ainda que em parte, os seus investimentos. No mesmo sentido, deve ser fixada indenização, a fim de tentar diminuir os prejuízos decorrentes do ato ilícito exercido pela parte denunciante.

O decreto lei 178/86 de Portugal estabelece os prazos que deverão ser obedecidos na denúncia dos contratos de agência²¹⁹. Acerca de tais prazos, afirma António Pinto Monteiro:

Uma vez que a denúncia do contrato pode acarretar grandes inconvenientes e prejuízos para qualquer das partes, o legislador, como já se disse, estabeleceu prazos que permitam acautelar a outra parte contra uma cessação quase imediata, embora com a preocupação, por outro lado, de não prejudicar, com a fixação de prazo demasiado longos, o exercício, na prática, do direito (potestativo) de denúncia.

Não sendo respeitados, todavia, os prazos estabelecidos no artigo 28º, o contraente que assim proceder deve indemnizar o outro contraente pelos

²¹⁵ “Conforme constatado pelo jurista, observa-se na previsão do artigo a faculdade constitucional única (art. 5º, II, CF) de compelir determinada pessoa a adotar conduta contrária a sua vontade, uma vez que, caso seja entendido como adequada a solução pelo órgão jurisdicional, o contrato deverá ser cumprido até o termo final fixado pela decisão, ao revés dos interesses da parte denunciante.” (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 457336-6 - Cascavel - Rel.: José Sebastiao Fagundes Cunha - Unânime - J. 05.05.2011).

²¹⁶ A configuração do abuso de direito se dá na medida em que a denúncia se veste de aparente licitude, tendo em vista que é permitida no ordenamento jurídico, contudo, em razão da desobediência do prazo, há violação da boa-fé inerente ao contrato e do seu fim econômico e, consequentemente, a denúncia torna-se abusiva (ilícita).

²¹⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibí-lhe a prática, sem cominar sanção.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002.).

²¹⁸ Ressalta-se também que as partes, muitas das vezes, não desejam continuar a relação, ocasião na qual há a fixação de indenização sem desfazimento dos efeitos da denúncia.

²¹⁹ Artigo 28.º (Denúncia) 1 - A denúncia só é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado e desde que comunicada ao outro contraente, por escrito, com a antecedência mínima seguinte: a) 30 dias, se o contrato durar há menos de seis meses; b) 60 dias, se o contrato durar há menos de um ano; c) De três a doze meses, se o contrato durar há mais de um ano, conforme a sua importância, as expectativas das partes e as demais circunstâncias do caso.

danos causados pela falta de pré-aviso, tanto danos emergentes como lucros cessantes.²²⁰

Maria Helena Brito defende, ainda, que é abusiva a denúncia dos contratos de concessão comercial exercida pouco tempo depois do seu início, ou seja, deve ser observado o prazo compatível com o vulto dos investimentos considerando não apenas o aviso prévio, mas também a data de início da relação contratual²²¹. Por fim, a autora afirma que em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e aos deveres laterais que dele decorrem, a fim de evitar uma denúncia abusiva, pode justificar a inclusão de cláusula de obrigação de reaquisição de mercadorias por parte do fornecedor que requer a extinção do contrato. Desta forma, haveria menor prejuízo do distribuidor²²², na medida em que, na maior parte das vezes, o contrato chega ao fim e ele fica com um estoque de produtos sem destinação.²²³

5.5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Realizando uma análise dos últimos três anos da jurisprudência paranaense e paulista²²⁴ é possível perceber que os Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e do Estado de São Paulo não fazem distinção entre a rescisão unilateral e a denúncia, adotando a posição majoritária (e prevista no ordenamento) de que a denúncia é um efeito da rescisão unilateral. Ainda, é constatável que, em alguns casos, é afirmado que o contrato de distribuição é típico e, por isto, deve obedecer

²²⁰ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: Anotação ao decreto-lei nº 178/86, de 3 de julho. 6. ed. atual. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 129.

²²¹ No mesmo sentido leciona António Pinto Monteiro: “Note-se, porém, que será de exigir – à luz do princípio da *boa-fé* e da proibição do *abuso de direito* – que o contrato só possa ser denunciado *depois de ter decorrido um período de tempo razoável* e não imediatamente ou pouco tempo após o seu início de vigência.” (Ibid., p. 124, grifos do autor.).

²²² Sobre o assunto, leciona António Pinto Monteiro referindo-se aos contratos de agência: “Ora, extinto o contrato, o concessionário ficará impedido de revender esses bens, apesar de lhe pertencerem, por se tratar de bens de marca e ele ter deixado de ser o “representante” desta, em virtude de ter cessado a autorização que o contrato lhe conferia. Não é difícil imaginar os avultados prejuízos que, em muitos casos, esta situação pode acarretar ao concessionário (ou, em geral, a outros intermediários em idêntica situação).” (Ibid., p. 149.).

²²³ BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**, 1990, p. 235-242.

²²⁴ Foi escolhido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para enriquecer a pesquisa por lá estarem sediadas grandes empresas e, conseqüentemente, a maioria das lides relativas aos contratos de distribuição está sendo discutida em São Paulo.

as premissas do artigo 710 e seguintes do Código Civil, bem como, há casos que consideraram o contrato de distribuição atípico, porém, foi empregada a Lei dos Representantes Comerciais ou a Lei Ferrari analogicamente. Entretanto, alguns julgados destacam a atipicidade do contrato, estando absolutamente corretos do ponto de vista contratual.

Contudo, ainda que seja possível perceber equívocos conceituais e divergências de entendimentos nos julgados²²⁵, fato é que deles derivam uma série de ensinamentos e conclusões que podem, e devem, ser aproveitadas no presente trabalho, a fim de enriquecer as definições trazidas com casos do cotidiano.

Desde outubro de 2010 até novembro de 2013 houve 13 ações²²⁶ que versaram sobre a denúncia imotivada nos contratos de distribuição de prazo indeterminado nos Tribunais mencionados, 69% das ações decidiram pela configuração do abuso na extinção e apenas 31% resolveram pela total licitude da denúncia. Os motivos para tais decisões serão avaliados na sequência.

(i) Da configuração do abuso de direito pela não observância do prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos

Em recentíssimo julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²²⁷ o Desembargador Sérgio Arenhart decidiu pela caracterização do abuso de direito em um caso de denúncia de contrato firmado por prazo indeterminado entre Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. e Marcon Comércio de Insumos Agrícolas Ltda.

Marcon Comércio de Insumos Agrícolas atuava como distribuidora de agroquímicos, distribuindo produtos exclusivamente da empresa Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Contudo, alegando justa causa, a produtora denunciou o contrato sem aviso prévio. Em primeiro grau, a sentença foi julgada procedente em favor da

²²⁵ Frisa-se que a dificuldade de conceituação dos contratos de distribuição e da denúncia são conhecidas, tendo em conta que os contratos de distribuição são tratados de maneira absolutamente confusa no nosso ordenamento, demandando análise extensa sobre o assunto para que se possa conceituá-lo adequadamente, bem como a denúncia é definida, no próprio Código Civil, como um efeito da resilição unilateral, sendo que o entendimento de Pontes de Miranda é o que nos parece correto, contudo, não é o adotado na maior parte dos Tribunais.

²²⁶ 8 ações do TJ-SP e 5 do TJ-PR.

²²⁷ TJPR - 6ª C.Cível - AC - 975474-9 - Cascavel - Rel.: Sérgio Arenhart - Unânime - J. 01.10.2013.

distribuidora e condenou a requerida ao pagamento de indenização por lucros cessantes e perda do fundo de comércio, bem como por danos morais. O Relator manteve a sentença em partes e decidiu: 1) Que não houve justa causa, uma vez que a produtora estava ciente dos débitos da parte distribuidora e mantinha a execução do contrato normalmente²²⁸; 2) Por não haver justa causa para o rompimento, a ausência de aviso prévio, com extinção abrupta do contrato antes da safra de verão (onde havia expectativa de lucro pela distribuidora), caracterizou a ilicitude da denúncia, vez que presente o abuso de direito; 3) Deveria ter sido estabelecido o prazo mínimo de 120 dias para o fim da relação²²⁹; 4) Há a necessidade de fixação de indenização à distribuidora, tendo em conta que a conduta da parte produtora foi negligente, já que não houve tempo suficiente para o restabelecimento da concessionária²³⁰; e 5) É, de igual modo, devida a indenização por danos morais, em razão da extinção do contrato ter gerado a falência da distribuidora, o que fez com que a sua imagem fosse denegrida e seu nome perdesse a credibilidade dentro do mundo empresarial.

Ora, é possível perceber na decisão em apreço que havia dependência econômica da distribuidora em relação ao fornecedor, posto que, conforme fundamentado, havia cláusula de exclusividade na relação contratual desde março de 1998 (mesmo ano em que foi comunicada a denúncia), razão pela qual foram efetuados uma série de investimentos por parte da distribuidora, provavelmente pautada na expectativa de aumento de lucros e continuidade da relação.

(...) Com efeito, a rescisão unilateral²³¹ de contrato por prazo indeterminado certamente é um direito, mas, no caso em apreço, não houve exercício regular, sendo aquela levada a efeito de maneira abusiva pela Ré, o que igualmente enseja indenização nos termos do art. 187 do Código Civil:

²²⁸ “(...) a Ré vinha mantendo a relação comercial com a Autora mesmo com os débitos desta; que o termo de prorrogação de hipoteca celebrado a título de garantia entre as partes foi levado a registro pela Ré, esclarecendo seu preposto que também serviria para limite de crédito de compras futuras; que esse comportamento anterior da Ré afasta a sua alegação de justa causa para a ruptura.”

²²⁹ Ainda que o Relator entenda que deva haver aplicação analógica das leis 6.729/79 e 4.886/65 no caso em comento, interessante notar que não há em nenhum texto legal a fixação de 120 dias de aviso prévio, tendo sido elaborada uma efetiva análise do caso concreto para que se pudesse chegar ao prazo acima. Este é o entendimento que vem sendo defendido no presente trabalho.

²³⁰ Mesmo que o Desembargador defenda a responsabilidade subjetiva no caso em análise, tal entendimento não retira a importância da sua conclusão.

²³¹ Ainda que o Desembargador não acate a teoria de Pontes de Miranda acerca diferenciação entre rescisão unilateral e denúncia, suas conclusões são absolutamente pertinentes e devem ser levadas em consideração quanto à configuração do abuso de direito.

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. (...) A exclusividade da Apelada como distribuidora da Apelante passou a existir em março de 1998 segundo incontroversa alegação daquela a partir de quando fez gastos importantes, consoante se vê dos documentos anexados à inicial (fls. 161/176), sobre os quais também não há controvérsia. Daí se mostra que a sentença observou a razoabilidade ao fixar a indenização por lucros cessantes e fundo de comércio de modo compatível com a natureza e o vulto do investimento realizado pela Apelada, ressaltando-se que na liquidação de sentença deverão ser observadas de forma proporcional apenas as atividades comerciais envolvendo a Apelante, principalmente no que se refere ao período anterior ao início da mencionada exclusividade, no qual a Apelada também era distribuidora de outras empresas. (...) Do que consta dos autos, é inafastável a conclusão de que a abusiva rescisão do contrato tenha efetivamente promovido a desestruturação da atividade comercial da Autora a ponto de interrompê-la, tendo em vista que a desempenhava sob regime de exclusividade à Apelante e envolvendo vultosas negociações que foram cessadas sem aviso prévio, de modo que, além do dano institucional pelo ataque à pessoa jurídica com abalo à sua credibilidade comercial, também é inexorável a perspectiva de inscrições em cadastros de devedores ou de protesto de títulos da empresa Autora, como de fato ocorreu logo após a rescisão, com duas anotações negativas de 05.11.98 em nome da Autora, conforme documento de fls. 220, tudo a configurar dano a sua honra subjetiva e a ensejar a indenização dos danos morais (...).

Assim, depreende-se que ao tentar extinguir o contrato por justa causa (que não existia) sem conceder aviso prévio compatível com natureza e vulto dos investimentos (parágrafo único do artigo 473 do Código Civil), o produtor agiu de forma contrária à boa-fé, caracterizando-se o abuso de direito e, conseqüentemente, a necessidade de aplicação do artigo 187 do Código Civil, sendo devida indenização pela parte denunciante em decorrência dos prejuízos sofridos pela denunciada.

No mesmo sentido foi a decisão do TJ-SP²³² que considerou a denúncia da empresa Cia Leco de Produtos Alimentícios abusiva por não ter sido dado prazo razoável de aviso prévio à distribuidora Virgolino Felipe de Oliveira²³³.

²³² TJSP – APL 9101555-05.2003.8.26.0000 – Relator: Rizzato Nunes, Data de Julgamento: 14/12/2011, 23ª Câmara de Direito Privado.

²³³ No mesmo sentido: TJPR - 9ª C.Cível em Composição Integral - EIC - 395835-6/01 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: D'artagnan Serpa Sa - Unânime - J. 16.12.2010 e TJPR - 7ª C.Cível - AC - 909118-1 - Campo Mourão - Rel.: Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira - Unânime - J. 23.10.2012, da qual merece destaque a indenização fixada em razão da propaganda efetuada pela denunciada, segue trecho da decisão: "Diante do rompimento contratual que ocorreu de modo imprevisível e unilateralmente pela Nestlé, correta é a indenização pelos prejuízos sofridos inclusive os decorrentes da publicidade, eis que a propaganda era realizada tão-somente por exigência contratual de representação e não por liberalidade ou vontade da empresa representante, bem como a marca colocada em destaque era a da apelada Nestlé e não a da Castanheira, razão pela qual merece modificação a sentença objurgada neste

O acórdão baseou-se na afronta ao princípio da boa-fé objetiva e o Relator Desembargador Rizzato Nunes fez uma série de comentários importantíssimos sobre tal princípio na ocasião do seu voto e assinalou a sua relevância nos contratos em geral, demonstrando como ela deve ser aplicada nas relações jurídicas obrigacionais para que seja interpretado se houve ou não a configuração do abuso de direito.

Pode-se, a grosso modo, definir a boa fé objetiva como sendo uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Anote-se bem, a boa fé objetiva é fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente, é por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta. Este equilíbrio - tipicamente caracterizado como um dos critérios de aferição de Justiça no caso concreto -, é verdade, não se apresenta como uma espécie de tipo ideal ou posição abstrata, mas, ao contrário, deve ser concretamente verificável em cada relação jurídica (contratos, atos, práticas etc). Examine-se, pois, o funcionamento da boa fé objetiva: o intérprete lança dela mão, utilizando-a como um modelo, um "standart" (um "topos") a ser adotado na verificação do caso em si. Isto é, qualquer situação jurídica estabelecida para ser validamente legítima, de acordo com o sistema jurídico, deve poder ser submetida à verificação da boa fé objetiva que lhe é subjacente, de maneira que todas as partes envolvidas (quer seja credora, devedora, interveniente, ofertante, adquirente, estipulante etc) devem-na respeitar. A boa fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma atitude cooperativa que seja capaz que realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida. Desse modo, pode-se afirmar que, na eventualidade de lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal apriorística, pela qual as partes deveriam, desde logo, ter pautado suas ações e condutas, de forma adequada e justa. Ele deve, então, num esforço de construção, buscar identificar qual o modelo previsto para aquele caso concreto, qual seria o tipo ideal esperado para que aquele caso concreto pudesse estar adequado, pudesse fazer justiça às partes e, a partir desse "standart", verificar se o caso concreto nele se enquadra, para daí extrair as consequências jurídicas exigidas. Não resta dúvida: a boa fé objetiva é o atual paradigma da conduta na sociedade contemporânea.

Ainda, o relator, ao analisar o Código Civil de 2002, em especial o artigo 473, chega a conclusão que este está de acordo com a função social dos contratos, afirmando que: “A nova lei material está plenamente adequada à real função social dos contratos que devem respeitar direitos adquiridos, investimentos, emprego dos cidadãos que trabalham no negócio etc.”.

Especificamente, em relação ao abuso de direito decorrente do prazo exíguo para o término unilateral da relação contratual sem prazo determinado, bem como em relação à dependência econômica estudada anteriormente, segue trecho da decisão da 14ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que foi Relator o Desembargador Carlos Abrão²³⁴:

O primeiro aspecto singular a ser registrado diz respeito à ausência de contrato escrito, porém verbal, cujos elementos comprobatórios sinalizam que, durante esse período, a autora realizou, a contento, a sua tarefa, tendo sido surpreendida pela atitude da apelada, violadora da boa-fé objetiva, da eticidade contratual, provocando deslealdade concorrencial. (...) Coube ao perito analisar, desde julho de 1997 até outubro de 2006 o valor total de vendas, superando a casa de R\$ 8 milhões, bastante considerável e expressiva (fls. 1287/1289) para que a **requerida rompesse, ex abrupto, o contrato de distribuição, alterando a base essencial, impondo desvantagem exagerada, contrariamente à eticidade do negócio e a boa-fé objetiva.** (...) Roberto Rosas (Do Abuso de Direito ao Abuso de Poder, Malheiros, São Paulo, 2011) reflete que, quando existir má fé, essa ensejará a indenização, em virtude dos prejuízos sofridos, de tal forma que o uso abusivo de direito contamina a sua própria finalidade e traduz o próprio abuso do poder econômico. (...) Projeta-se, de forma indelével, **que a conduta da Novartis fora abusiva, sem intervalo de tempo mínimo para a ruptura do contrato, redirecionamento das atividades e dos custos de investimentos feitos pela autora**, daí porque, reconhecida a culpa concorrente, a ela cabe parte maior por ter, baseado no abuso, violado a boa-fé objetiva, exigindo condições nunca antes acenadas.

Evidente, de uma análise da decisão acima, que a ruptura abrupta de contrato de distribuição de prazo indeterminado, pela parte com maior poder econômico, em que não há problemas com a execução contratual e sem prazo de aviso prévio para que haja redirecionamento das atividades e dos custos de investimento caracteriza conduta lesiva à boa-fé e seus deveres laterais, sendo devida, portanto, indenização.

²³⁴ TJ-SP, APL: 0182861-41.2006.8.26.0002, Relator: Carlos Abrão, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 28/08/2013, Data da Publicação: 09/09/2013, grifo nosso.

O que ocorre é demasiada vantagem daquele que denuncia sobre aquele que é denunciado sem o aviso mínimo necessário. Ou seja, o denunciante não sofre grandes prejuízos, vez que na maior parte das vezes possui outros distribuidores disponíveis para o escoamento dos produtos, fica com a clientela adquirida mediante esforço do denunciado e continua com a sua imagem intacta, há, desta forma, abuso do poder econômico, má-fé e, conseqüentemente, abuso de direito na denúncia efetuada.

Esta foi a visão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar um caso de denúncia imotivada em um contrato de distribuição de uma indústria de bebidas²³⁵:

A rescisão unilateral para a indústria de bebidas, hoje uma potência no seguimento na América Latina, não acarretaria maiores danos, porquanto esta poderia facilmente arremeter novos distribuidores, o que, aliás, foi comprovadamente realizado à revelia da recorrida, de forma clandestina e em desrespeito à exclusividade antes pactuada com a distribuidora. Porém, a rescisão unilateral para a distribuidora de bebidas, parte incontroversamente mais frágil na relação, significa o encerramento da empresa. Na relação jurídica existente entre os ora litigantes não há, definitivamente, a igualdade econômica, tampouco liberdade contratual plena, sem as quais não se pode cogitar da manutenção de cláusula que, a despeito de apregoar uma igualdade entre os contraentes, acaba por possibilitar abusos do poder econômico.

Consoante já exposto, não há um prazo certo de aviso prévio para que não haja a configuração do abuso, devendo cada caso ser analisado separadamente, a fim de colocar na balança toda a relação contratual. Foi possível observar na análise dos julgados, contudo, que os juízes aos poucos vão fixando critérios para que a análise fique menos subjetiva e mais simplificada. Observa-se, a via de exemplo, o que entendeu o Relator Gil Coelho (TJ-SP) na apelação sob n. 9221838-52.2006.8.26.0000²³⁶:

Não se pode entender como adequado o prazo de denúncia de 30 dias para o contrato de distribuição que vigorava por cerca de 16 anos. Razoável é o

²³⁵ REsp 1112796/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/11/2010.

²³⁶ TJ-SP - APL: 9221838522006826 SP 9221838-52.2006.8.26.0000, Relator: Gil Coelho, Data de Julgamento: 24/11/2011, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/11/2011, grifo nosso.

tempo de 8 meses consignado na r. sentença, **equivalente um mês para cada dois anos de vigência contratual.**

Por fim, em relação ao abuso de direito por falta de notificação dada em prazo razoável, os Tribunais constantemente ressaltam o que vem sendo tratado desde o início do presente trabalho: em nenhum momento se afirma que a denúncia imotivada é ilícita nesse tipo de contrato, muito pelo contrário, ela é completamente lícita, desde que exercida nos termos da lei e observando-se a boa-fé, bons costumes, função social e função econômica do contrato. Ou seja, desde que não haja abuso de direito na ruptura.

Não se nega o direito da apelada de se desvincular da relação contratual com o apelante, por meio da rescisão. O que se veda é o exercício abusivo do direito de denúncia, sem aviso prévio necessário para impedir a surpresa e arbitrariedade do denunciante. (...) É de se reconhecer, portanto, a violação do dever de cooperação anexo à boa-fé objetiva por parte da apelada, uma vez que cumpre as partes colaborarem para a entre si na conclusão do contrato: 'Aqui [ao comentar o art. 473 do CC], há uma perceptível aplicação da teoria do abuso do direito, limitando o exercício ilegítimo de direitos potestativos (art. 187 do CC). Uma das funções do princípio da boa-fé objetiva é frear o exercício de condutas formalmente lícitas, mas materialmente antijurídicas, quando ultrapassem os limites éticos do sistema. (...) Portanto, a denúncia surtirá efeitos a partir do momento em que seja ultrapassado o período mínimo para adequação da natureza do contrato ao importe de investimentos. (Nelson Rosendal, Código Civil Comentado, 6ª ed., Manole, 2012, p. 537). (...) O prazo de aviso prévio a ser considerado como razoável para denúncia do contrato deve levar em consideração a extensão da relação jurídica existente entre as partes, os investimentos necessários para o exercício do negócio, além da expectativa existente com a perduração do negócio jurídico e a dependência financeira entre as partes. (...) Assim sendo, a rescisão abrupta do negócio certamente rompeu com a expectativa legítima do apelante quanto à continuidade do contrato de distribuição, pois não há qualquer prova de violação dos deveres contratuais, e lhe impôs considerável prejuízo financeiro.²³⁷

Desta forma, repete-se à exaustão que o que é vedado pelo ordenamento é o exercício de aparente direito (denúncia) de forma a contrariar os princípios estabelecidos no artigo 187 do Código Civil, seja não concedendo aviso suficiente

²³⁷ Trecho de decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi configurado o abuso por falta de notificação com antecedência razoável em contrato de distribuição que durava há cinco anos. (TJ-SP, APL: 9120259-90.2008.8.26.0000, Relator: Hamid Bdine, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 20/06/2013, Data da publicação: 24/06/2013, grifo nosso.).

para a extinção, seja agindo de forma contraditória, assunto que será abordado na sequência.

(ii) Da configuração do abuso de direito pela quebra de expectativa

Em que pese todas as decisões analisadas em algum momento discorram acerca do prazo estabelecido na notificação não ser suficiente e estar inadequado em razão da violação do princípio da boa-fé objetiva e do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil, destacamos a seguir dois acórdãos que chamaram a atenção por colocarem em patamar superior o abuso de direito configurado na quebra da expectativa da outra parte.

De acordo com o estudado, foi possível perceber que não é apenas a falta de prazo que configura o abuso de direito nas denúncias, mas também o comportamento de forma contraditória, sendo que se a parte denunciante havia gerado na parte denunciada expectativa de continuação do contrato por longo período, incentivando-a a realizar investimentos e firmando a confiança entre as partes, quando manifesta o desejo de denunciar o contrato sem justo motivo está agindo de forma contrária contraditória e, conseqüentemente, contraria à boa-fé, configurando o abuso de direito.

Ademais, **o comportamento da apelante efetivamente indicava que haveria nova prorrogação da avença.** Vejamos: Em 29/11/2005, a apelante enviou à apelada e-mails para participação em despesas de publicidade para a venda dos cartões (fls. 275 e seguintes); Exigiu da apelada apresentação de plano de atividades e investimentos para o ano de 2006 (fls. 302/311); Em dezembro de 2005 a apelante convocou a apelada para uma reunião cuja pauta incluía o tema “contrato de vigência a partir de 01/01/2006” (fls. 398). **Ora, a proibição de comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança, decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422). A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior, frustrando expectativas de terceiros.** Enfim, é a consagração de que “ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa”. 2 Assim, não há dúvidas de que a apelante efetivamente criou, para a apelada, a falsa expectativa de continuidade do contrato, o que se mostra

contrário à boa-fé objetiva, que deve pautar a conduta dos contratantes durante todas as fases contratuais, incluindo a sua execução e resolução.²³⁸

A conduta manifestada pela ré gerou surpresa a autora, na medida em que vinha tendo um bom desempenho de vendas, conforme consta do laudo a fls. 476, e o rompimento do pacto, com a entrada de outra empresa distribuidora na mesma região, ocasionou prejuízos a autora, tendo em vista que não havia indicativos da não continuidade do contrato e uma vez que a apelante fez investimentos para se adaptar aos novos projetos da ré, em atendimento as condições para permanência com o contrato. Neste caso, a ré não agiu com boa-fé contratual, pois se o distribuidor atingiu as metas estabelecidas, não havia justificada para a não continuidade do contrato, sendo descabida sua denúncia dentro de um breve período de tempo como ocorreu no caso.²³⁹

Ora, o que se pode perceber é a vedação do *venire contra factum proprium*, que, consoante já estudado no item 2.3.7., é decorrente do princípio da boa-fé objetiva e da tutela da confiança. Nos casos em análise, observa-se que: houve uma conduta anterior por parte dos denunciantes que gerou expectativa de continuação do contrato para os denunciados, logo em seguida, houve exercício de direito potestativo, denúncia, por parte dos denunciantes que gerou contradição com a expectativa criada; havia identidade de sujeitos na relação e, por consequência, foi protegida a parte atingida pela conduta contraditória, já que este estava de boa-fé ao executar o contrato e realizar investimentos, confiando na situação anterior. Assim, estão preenchidos os requisitos do comportamento contraditório, que vai de encontro com a boa-fé objetiva e, por este motivo, os atos que são assim exercidos constituem abuso de direito.

(iii) Da não configuração do abuso de direito

²³⁸ TJPR - 11ª C.Cível - AC - 909141-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Fernando Wolff Bodziak - Unânime - J. 13.03.2013, grifo nosso.

²³⁹ Caso importante na medida em que a notificação foi realizada com 18 meses de antecedência (1 ano e meio), e em razão da relação entre as partes existir por 22 anos foi julgado como exíguo. Houve, inclusive, voto vencido da Desembargadora Zélia Maria Antunes Alves, que afirmou que o prazo era razoável, o que mostra a dificuldade de se estabelecer prazo adequado e a subjetividade de julgamento. (TJ-SP - APL: 356734720058260562 SP 0035673-47.2005.8.26.0562, Relator: Heraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 20/06/2012, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/07/2012, grifo nosso.)

Finalmente, necessário avaliar os acórdãos que decidiram pela não configuração do abuso de direito. Em primeiro lugar, temos o caso interessantíssimo da ação movida pela Distribuidora de Bebidas Assaí Ltda. contra SPAL Indústria Brasileira de Bebidas no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴⁰.

As partes mantiveram contrato verbal de distribuição por 17 anos, o qual teve início em 1988. Em 1996 a produtora requereu certos investimentos da distribuidora para que o contrato pudesse continuar. Os investimentos foram realizados e a relação durou até o ano de 2005, quando a fornecedora denunciou imotivadamente o contrato, concedendo o prazo de 180 dias para que o contrato fosse extinto.

A distribuidora entrou acionou o judiciário pleiteando por indenização, uma vez que julgava serem necessários 36 meses de aviso prévio para que os investimentos fossem recuperados. Contudo, tendo em conta que as altas aquisições foram realizados 9 anos antes da denúncia, havendo tempo suficiente para que a distribuidora recuperasse seus investimentos, bem como em razão do aviso prévio compatível a natureza da relação, não ficou configurado o abuso de direito, sendo que, de acordo com o Tribunal, o poder de denúncia foi exercido de forma lícita.

Nas palavras do relator Desembargador Francisco Casconi:

Realmente, visível *in actu oculi* que o contrato verbal ajustado era de execução continuada e vigia por prazo indeterminado, situação que outorgava o direito potestativo à ré de resilir unilateralmente o pacto, sem que se possa aventar, por isso mesmo, ato ilícito por abuso de direito (art. 187 do Código Civil). (...) como bem observado pelo Douto Juízo *a quo*, a relação jurídica perdurou por dezessete anos, havendo notícia de últimos investimentos no ano de 1996, enquanto a relação se exauriu apenas no final de 2005. (...) Em remate, entendendo a autora-apelante suficiente período de trinta e seis meses para recuperação de todo investimento realizado, como anotou a r. sentença singular, superado de longa data o período tido por necessário.

Ora, o que se pode observar é uma decisão absolutamente pertinente e adequada, tendo sido analisado o caso concreto de maneira exemplar. Os desembargadores deixaram de lado a estatística e o fato de que na maioria das

²⁴⁰ TJ-SP - APL: 9173614832006826 SP 9173614-83.2006.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 29/03/2011, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2011, grifo do autor.

vezes configura-se o abuso de direito e perceberam que no caso em comento, ainda que um dia houvesse sido realizado grande montante de investimentos, estes já haviam sido recuperados e a denúncia foi realizada nos termos do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil. Ainda, por não ter sido trazido aos autos nenhum outro indício de má-fé na extinção, foi decidido pela licitude da de denúncia.

Semelhantes foram as decisões do mesmo Tribunal nas apelações 9072706-86.2004.8.26.0000²⁴¹ e 0073105-65.2004.8.26.0100²⁴² e nas apelação 457336-6²⁴³ do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que foi concluído que os prazos estabelecido nas notificações das denúncias foram compatíveis com os investimentos realizados ao longo das relações, frisando-se que no primeiro caso sequer houve investimento a ser recuperado.

²⁴¹ TJ-SP - APL: 9072706862004826 SP 9072706-86.2004.8.26.0000, Relator: Júlio Vidal, Data de Julgamento: 22/03/2011, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/03/2011.

²⁴² TJ-SP – APL: 0073105-65.2004.8.26.0100, Relator: Luiz Eurico, Data de Julgamento: 04/06/2012, 33ª Câmara de Direito Privado.

²⁴³ Tal decisão é de fundamental importância na análise do tema, tendo em conta que, apesar de decidir pela não caracterização do abuso de direito, trata de diversas matérias extremamente pertinentes e explica o abuso em grande parte das relações. (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 457336-6 - Cascavel - Rel.: José Sebastiao Fagundes Cunha - Unânime - J. 05.05.2011).

6. CONCLUSÃO

A maior conclusão que se pode extrair do presente trabalho é a seguinte: a denúncia imotivada dos contratos de distribuição firmados por prazo indeterminado nem sempre é abusiva. Ou seja, é possível desvincular-se de uma relação de tal espécie sem que seja devido nenhum tipo de indenização. Contudo, considerando a complexidade da espécie contratual, bem como as práticas costumeiras nas grandes empresas, raramente é observado o princípio da boa-fé objetiva e é aí que reside o grande problema.

O abuso de direito consiste na prática de um ato ilícito que aparenta licitude, porém, por ser realizado de forma contrária aos princípios da boa-fé objetiva, função econômica e social do contrato, bem como os bons costumes, é inadmissível e, por constituir-se ilícito, gera obrigação de indenização.

A denúncia imotivada de qualquer contrato, inclusive dos contratos de distribuição, é totalmente lícita, principalmente em razão da liberdade contratual, não sendo possível obrigar duas pessoas a relacionarem-se durante toda a eternidade, contudo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico é a denúncia abusiva.

Os contratos de distribuição são contratos de alta complexidade, envolvendo uma série de restrições ao distribuidor que geram dependência econômica exacerbada. Apesar deste fato, é um contrato que envolve grande confiança entre as partes, sendo geralmente de longa duração e, conseqüentemente, relacional.

Os distribuidores executam os contratos e procuram revender os produtos como se fossem seus, enquanto que os distribuidores confiam nos seus distribuidores como se estes fossem de fato empregados da empresa. Essa relação de cooperação, ainda que aparente, faz com que os distribuidores aceitem uma série de exigências por parte do produtor e realizem investimentos vultuosos a fim de executar o contrato de forma satisfatória e não dar causa à resolução por inadimplemento.

Até aí não há nenhum problema na relação, contudo, a partir do momento que o produtor resolve que não mais lhe interessa a relação contratual e deseja denunciar o contrato, as desavenças iniciam.

Para que seja possível entender o motivo das desavenças e da configuração do abuso nas denúncias, eis um resumo do que ocorre na grande maioria das vezes:

(i) O distribuidor presta serviços exclusivamente para o produtor, ou seja, toda a renda mensal que possui advém do contrato de distribuição firmado;

(ii) O contrato de distribuição exige uma série de investimentos, principalmente por parte do distribuidor, no decorrer da sua execução, tendo em vista que a quantidade de produtos escoados tende a ser cada vez maior, os produtos exigem transporte e armazenamento especiais, é necessário treinamento de pessoal para melhor eficiência na revenda, o custo para propaganda é alto, etc.

(iii) Em decorrência dos itens (i) e (ii) o grau de dependência econômica do distribuidor é alto e o produtor sabe disso, aumentando ainda mais suas exigências;

(iv) Para aumentar a motivação dos distribuidores e o engajamento com as vendas, os produtores elogiam o trabalho dos distribuidores, realizam reuniões, estabelecem metas para o próximo ano, premiam os melhores resultados, etc.

(v) As empresas possuem inúmeros distribuidores ao mesmo tempo em que mudam as suas práticas comerciais reiteradamente, desta forma, muitas vezes ocorrem reestruturações no setor de vendas e determinados distribuidores não são mais necessários;

(vi) Por este motivo, do dia para a noite, denuncia-se ao contrato, sem que haja qualquer tipo de inadimplemento contratual, causando surpresa a outra parte que acreditava que a relação ainda perduraria por anos;

(vii) A denúncia é realizada por meio de uma notificação, que estabelece determinado prazo para que ela surta efeitos. Essa notificação geralmente estabelece prazo padrão, geralmente ínfimo e já fixado previamente no contrato, para a efetiva extinção contratual;

(viii) O distribuidor é lesionado, já que fica com muitas dívidas decorrentes dos investimentos realizados e não consegue se reestabelecer no mercado prontamente, sendo que há casos de falência dos distribuidores por tal comportamento;

(ix) O produtor continua os seus negócios sem maiores prejuízos, reestrutura a sua rede de escoamento e contrata novos distribuidores, aproveitando-se das áreas e clientes já conquistadas pelo distribuidor denunciado.

(x) Considerando o exposto, não resta alternativa ao distribuidor que não seja o apelo ao Judiciário, a fim de buscar algum tipo de indenização pelo dano sofrido.

Quando é este o cenário da denúncia, conclui-se que efetivamente ocorre o abuso de direito e a denúncia é ilícita. Em primeiro lugar, este fato se deve ao comportamento contraditório do produtor, que age, inicialmente, de forma a incentivar os investimentos do distribuidor, dando a entender que a relação não irá ser extinta em breve. Ou seja, se contradiz ao denunciar o contrato e em obediência à proibição do *venire contra factum proprium*, por lesionar a boa-fé objetiva, a denúncia é considerada abusiva.

Em segundo lugar, quando não analisa o caso concreto para estabelecer prazo razoável para que a denúncia surta seus efeitos, desconsiderando os eventuais investimentos que o distribuidor realizou em razão do contrato e o tempo necessário para que o distribuidor consiga outro lugar no mercado, também se age de má-fé, indo de encontro com os princípios de cooperação, lealdade, equivalência material e função social que devem ser respeitados na execução do contrato.

Sendo assim, quando uma das opções acima (ou ambas) está configurada na denúncia ela é abusiva, sendo devida a indenização de acordo com cada caso em particular. Contudo, nos casos em que é estabelecido prazo razoável e não há comportamento contraditório com a manifestação de vontade de extinção, não há abuso de direito e a denúncia é completamente lícita.

Desta forma, cumpre responder a pergunta realizada no início do trabalho de forma afirmativa: Sim, é possível exercer o poder de denúncia nos contratos de distribuição firmados por prazo indeterminado sem que haja configuração de abuso de direito, contudo, para isso, é necessária análise cuidadosa da relação que se quer extinguir, avaliando, principalmente, a sua duração, as expectativas criadas ao longo da execução, os investimentos realizados e não recuperados e o mercado de trabalho para os distribuidores.

Se assim se proceder, a probabilidade de se acertar a hora apropriada para a efetivação da denúncia, bem como o prazo que nela deve ser estabelecido é muito grande, diminuindo de forma intensa o número de ações sobre o tema no Judiciário, os custos para os produtores e a dor de cabeça para os distribuidores.

Conclui-se, portanto, o seguinte: a boa-fé compensa.

REFERÊNCIAS

AGUINIS, Ana María de. **Contrato de agencia comercial**. Apectos jurídicos y función econômica. Derechos y obligaciones. Responsabilidad. Rescisión unilateral. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica**. Revista DOXA, nº 05, 1988. Disponível em: <http://www.4shared.com/office/FVwqNRk2/sistema_juridico_principios_ju.htm>. Acesso em 09.07.2013.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987 e 1997.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10/10/2013.

BRITO, Maria Helena. **O contrato de concessão comercial**. Coimbra: Editora Almedina, 1990.

BUENO, Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coordenadores). **Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei n. 4.866/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 621): estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**. 4. ed., Curitiba: Editora Juruá, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1997.

_____. ORDEM DOS ADVOGADOS DE PORTUGAL. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas: **Revista eletrônica da Ordem dos Advogados de Portugal**, Ano 65, Vol. II, Setembro de 2005. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=45582&ida=45614>. Acesso em: 02.07.2013.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa: Editora Almedina, 1973.

FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

FIDALGO PINHEIRO, Rosalice. **O abuso de direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. REVISTAS ELETRÔNICAS DA UNIBRASIL. O abuso do direito e as relações contratuais: primeiras aproximações: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, nº 1, Março-Agosto de 2002. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/593/511>>. Acesso em: 02.07.2013.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HAICAL, Gustavo. **O contrato de agência**: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HART-DAVIS, Adam (Ed.). **History**: The definitive visual guide. Londres: Dorling Kindersley Limited: Londres, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2004, v. I, p. 277-291.

LOBO, Jorge. **Contrato de “franchising”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Obrigações. 2. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil**: Contratos. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil**: Parte geral. 3. Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LÓPEZ FRÍAS, Ana. **Los contratos conexos**. Barcelona: Bosch, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3. Ed., Milano: Giuffrè, 1981. Tradução, com adaptações e modificações, por ALCIDES TOMASETTI JR. (1995).

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. 18. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência: Anotação ao decreto-lei nº 178/86, de 3 de julho**. 6. ed. atual. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2. Ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958, Tomo XXII.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 4. Ed., Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1983, Tomo II.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, T. XXV.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962, Tomo XXXVIII.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1966, Tomo LIII.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no Direito Civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. Volume III. 30 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11-36, jan/jun. 2006. Disponível em:

<http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p011_036.pdf> Acesso em: 02.10.2013.)

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Editora Almedina, 1979.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição: e o novo contexto do contrato de representação comercial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SUROWIECKI, James. That sunk-cost feeling. Disponível em: <http://www.newyorker.com/talk/financial/2013/01/21/130121ta_talk_surowiecki>. Acesso em: 22.10.2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Editora Bushatsky, 1976.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Editora Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Dos atos jurídicos ilícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, Tomo II. Volume III.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.