

## CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

### 1 Introdução

O contrato de distribuição, também conhecido como concessão comercial, é um dos principais instrumentos negociais concebidos para viabilizar o escoamento da produção, ao conectar a fase de produção ao consumo.

Esse negócio assume destacada posição nos dias que correm, pois o aumento no volume da produção tornou cada vez mais necessário o desenvolvimento de estruturas que assegurem a máxima difusão no mercado, ainda que em locais fisicamente distantes ou estranhos ao produtor.

Tais arranjos são estruturados para relações duradouras e o sucesso de referido negócio reclama esforços conjugados para a colocação dos produtos no mercado. As características desse tipo contratual, sobretudo seu enquadramento como um contrato de duração e de colaboração, colocam em xeque a adequação do regramento legal para disciplinar os problemas nele havidos.

Os conflitos entre as partes tendem a se acentuar diante do inadimplemento contratual. A situação torna-se ainda mais grave se ambos os contratantes descumprem o pactuado, o que, conforme cumpre ressaltar, é bastante corriqueiro nessa modalidade de negócio.

São situações como essa que este livro pretende investigar. Trata, desse modo, da caracterização e das consequências do inadimplemento recíproco nos contratos de distribuição.

Nesse cenário, nada mais adequado do que principiar o percurso investigativo com o exame deste tipo contratual. Pretende-se, com exatidão, contribuir

para a caracterização do contrato de distribuição, a qual se prestará, oportunamente, a moldar o inadimplemento recíproco.

A análise tem como base teórica o plano de existência do negócio e, desse modo, busca precisar os elementos essenciais, naturais e acidentais de referido tipo contratual. Imperioso, para a correta qualificação, distinguir ainda o contrato de distribuição de outros negócios que com ele guardam certa semelhança.

Após a caracterização do contrato de distribuição, convém classificá-lo de acordo com algumas categorias, tais como a tipicidade, o tempo de duração da avença, a relação entre as partes, a forma de conclusão do negócio, a exigência da forma e a álea do negócio.

A classificação visa a definir o regime jurídico que será aplicado ao negócio e, assim, procura lançar as bases que auxiliarão na resolução dos problemas encontrados diante do inadimplemento recíproco dos participantes.

A qualificação do contrato de distribuição e a definição de seu regime jurídico não são suficientes, porém, para solucionar os problemas enfrentados diante do inadimplemento recíproco. Afinal, o descumprimento pode recair tanto sobre a obrigação principal como sobre as obrigações relacionadas aos elementos particulares. Estas, por sua vez, podem desempenhar papéis distintos na economia do contrato.

Assim, quando ambas as partes descumprem suas obrigações, faz-se necessário encontrar uma ferramenta que possibilite medir o inadimplemento de forma a determinar sua repercussão na economia do negócio. O capítulo, desse modo, estabelece uma gradação finalística dos elementos do contrato de distribuição.

Precisar o que cada parte descumpriu é o primeiro passo a ser dado para que, na segunda metade do trabalho, se definam as consequências e a extensão das respectivas responsabilidades.

Diante do exposto, cumpre principiar a caracterizar o contrato de distribuição por meio do exame da operação econômica que tal tipo negocial pretende abarcar.

## 2 Operação econômica

O processo de distribuição comercial tem como escopo reduzir a distância entre produção e consumo. A distribuição abarca uma série de operações

dirigidas a fazer com que a mercadoria saia do produtor e alcance seu mercado de destino, o qual abrange tanto o consumidor quanto indústrias que empregam o bem em seu processo produtivo.

A finalidade mais ampla de toda atividade comercial é colocar bens no mercado. Ocorre que, com o aumento no volume da produção, tornou-se cada vez mais necessário o desenvolvimento de estruturas para o escoamento das mercadorias, de forma a assegurar a máxima difusão no mercado, ainda que em locais fisicamente distantes ou estranhos ao produtor.

A distribuição, em razão disso, ocupa destacada posição na atual realidade econômica. É por meio dela que os produtos se tornam disponíveis aos destinatários. O sucesso de um produtor, ainda que presentes qualidade e preço adequados, será bastante reduzido caso a mercadoria não alcance seu destino. O escoamento ineficiente, por outro lado, estrangula a demanda, levando os destinatários a procurarem alternativas que melhor se ajustem às suas necessidades.

O correto escoamento da produção, em quantidade, qualidade e preço adequados, não só satisfaz a procura pelo produto, como também desempenha papel fundamental quanto ao estímulo da própria demanda, por meio das atividades promocionais empreendidas. A distribuição, dessa maneira, quando organizada de modo consistente, oferece importantes vantagens competitivas em relação aos concorrentes.

O processo distributivo, em suma, objetiva superar as lacunas existentes entre produção e destino. Tal processo costuma se organizar sob duas modalidades: a distribuição direta e a indireta.

Essas formas de distribuição, entretanto, não se apresentam como métodos excludentes. O fornecedor não se encontra compelido a optar entre um ou outro método de maneira completamente apartada. Na prática, esforços próprios são combinados com a integração de empresários autônomos, em busca do máximo benefício ao sistema distributivo. A distinção, desta forma, aproveita mais como uma abstração conceitual do que uma realidade concreta<sup>1</sup>.

Na distribuição direta a própria empresa se encarrega da distribuição, ou seja, os bens passam diretamente do produtor para o destinatário. Para tan-

<sup>1</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. Napoli: Editore Jovene, 1979. p. 16.

to, além de sua atividade típica, o produtor cuida das atividades relacionadas à comercialização, através de filiais ou auxiliares dependentes.

A distribuição, no entanto, requer competências distintas daquelas necessárias à gestão dos processos produtivos. A atividade, em razão disso, foi progressivamente confiada a outros sujeitos que se dedicavam exclusivamente à comercialização. Houve, dessa maneira, uma especialização no ramo de atuação dos agentes e o aparecimento da chamada distribuição indireta. Nela, o escoamento da produção é realizado por meio de uma cadeia de operadores, denominada canal de distribuição<sup>2</sup>.

Os canais de distribuição procuram estabelecer ciclos de circulação, em uma estrutura verticalmente concatenada, até que os produtos alcancem seu destino. Os canais serão organizados da maneira que mais aprouver às partes e podem se estruturar em uma ou mais etapas (níveis), conforme o número de intermediários entre o produtor e o destinatário. Na cadeia constituída mais amiúde no que tange a bens de consumo, figuram produtor, atacadista, varejista e destinatário. Quando o objeto são bens industriais, recorre-se comumente ao distribuidor industrial.

A distribuição indireta, por sua vez, divide-se em integrada e não integrada, consoante à inserção ou não do distribuidor na rede de distribuição criada e mantida pelo fornecedor<sup>3</sup>. Este, ao invés de atuar diretamente no escoamento dos produtos, se torna organizador de uma rede formada entre todos os seus agentes e tem à sua disponibilidade uma série de arranjos para estruturá-la, desde o mínimo de controle até a subordinação dos agentes. Por outras palavras, construir uma rede de distribuição confere ao fornecedor a possibilidade de influir, em maior ou menor grau, na comercialização das mercadorias<sup>4</sup>.

A disponibilidade do distribuidor em aceitar o vínculo e, conseqüentemente, ingressar na rede do fornecedor pode ser incentivada através do oferecimento de uma série de vantagens, tais como financiamento, fornecimento de plantas, modelos de organização de empresa, uso de produtos em comodato, licença de uso de marca. O fornecedor, por meio dessa atuação,

<sup>2</sup> Cf. UREBA, Alberto Alonso; SAN PEDRO, Luis Velasco; LEDESMA, Carmen Alonso; SÁENZ, Joseba Aitor Echevarría; GONZÁLEZ, A. Jorge Viera (dir.). *Los contratos de distribución*. La Ley: Madrid, 2010. p. 60.

<sup>3</sup> Cf. UREBA, Alberto Alonso et al. *Los contratos de distribución*, op. cit., p. 88.

<sup>4</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 23-24.

procura conferir ao distribuidor contrapartidas, a fim de que este aceite sofrer restrições em sua liberdade de atuação no momento em que ingressar na rede de distribuição<sup>5</sup>.

A escolha entre distribuição direta ou indireta ou a combinação destas modalidades não é suficiente, porém, para estabelecer inteiramente o sistema distributivo. É necessário que o fornecedor ordene as estratégias de cobertura do mercado. A distribuição, segundo as estratégias de cobertura do mercado, assume fundamentalmente quatro contornos. Trata-se da distribuição intensiva, seletiva, exclusiva e autorizada.

A distribuição intensiva consiste na utilização do maior número possível de pontos de vendas e, por conseguinte, é mais adequada para produtos de compra frequente e de baixo valor por unidade<sup>6</sup>. Contraposta à primeira, encontra-se a distribuição seletiva, na qual o produtor limita deliberadamente o número de intermediários comerciais.

Nesse modelo, os fornecedores intentam controlar a distribuição e assegurar o prestígio da marca e a qualidade dos serviços por meio de uma rigorosa seleção dos revendedores. É adotada para produtos diferenciados, de luxo e de alta tecnicidade. Tendo em vista a natureza dos produtos, a presente estrutura é a que mais atende às necessidades do negócio. Basta pensar, por exemplo, que a colocação de mercadorias em grande quantidade ou aquela realizada fora de instalações adequadas teria o condão de vulgarizar produtos de luxo, ou ainda que mercadorias de alta tecnicidade necessitam de distribuidores capazes de assegurar um eficiente serviço pós-venda<sup>7</sup>.

Na distribuição exclusiva, por sua vez, o distribuidor deve adquirir e revender unicamente os produtos do fornecedor. Tal modelo é bastante utilizado para produtos de marcas notoriamente conhecidas. A exclusividade de comercialização pode, eventualmente, estar acompanhada de acordo que estabeleça a exclusividade de zona de atuação, de maneira que não exista outro revendedor a atuar naquela área. O distribuidor autorizado, finalmente, não usufrui dessa delimitação territorial, mas goza do prestígio advindo do emprego do termo “autorizado” para atrair clientes<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 32.

<sup>6</sup> Cf. UREBA, Alberto Alonso et al. *Los contratos de distribución*, op. cit., p. 86.

<sup>7</sup> Cf. MONTEIRO, António Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 115-116.

<sup>8</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 85.

### 3 Caracterização do contrato de distribuição

O processo de distribuição é viabilizado, no campo jurídico, por contratos. Os contratos são a veste jurídica da operação econômica e servem, essencialmente, à criação e circulação de riquezas<sup>9</sup>. O desenvolvimento de novos tipos contratuais pela autonomia privada responde a necessidades práticas.

No caso em tela, o incremento no volume da produção levou ao aparecimento de instrumentos negociais mais propícios a reduzir a distância entre produtor e destinatário. Estes arranjos possibilitavam a participação de terceiros na comercialização das mercadorias, o que não era viável nos esquemas tradicionais de troca<sup>10</sup>. Surgiram, desse modo, os contratos da distribuição.

Esses negócios, denominados ainda contratos em matéria de distribuição, são uma das mais importantes ferramentas de que dispõe o empresário para viabilizar o escoamento de sua produção<sup>11</sup>. Por meio deles, o fornecedor tem a colaboração de agentes independentes para a colocação de seus bens no mercado, o que permite àquele concentrar-se na atividade produtiva e reduzir suas despesas e riscos com a distribuição.

O objeto de tais acordos é a intermediação econômica e, por conseguinte, disciplinam somente as relações entre fornecedor e distribuidor. Não interessa, portanto, o ato final de transmissão para o destinatário, mas a atividade desenvolvida a montante, isto é, a atividade de intermediação instrumental à outra<sup>12</sup>.

Os contratos da distribuição, em razão das necessidades cada vez mais complexas para a colocação dos produtos no mercado, assumiram uma série de contornos negociais. A evolução destes modelos, cunhados pela autonomia privada, dirigiu-se no sentido de acentuar cada vez mais a separação entre a fase da produção e a da distribuição. Nesse sentido, encontram-se a comissão, a agência, o contrato de distribuição propriamente dito e a franquia<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Maria Coimbra e Manuel Januário Costa e Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 9. Faz-se relevante anotar que o capítulo atinente à função e evolução histórica do direito dos contratos, no qual consta o presente trecho, não se encontra nas edições posteriores da obra.

<sup>10</sup> Cf. SPINOZZI, Michele. La concessione di vendita. In: VILLANACCI, Gerardo (org). *I contratti della distribuzione commerciale*. Torino: UTET, 2010. p. 273; e MONTEIRO, Antônio Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*, op. cit., p. 37.

<sup>11</sup> Cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29.

<sup>12</sup> Cf. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*, op. cit., p. 35.

<sup>13</sup> É corrente na doutrina a inclusão destes tipos contratuais entre os contratos da distribuição. Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 2; e MONTEIRO, Antônio Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*, op. cit., p. 35.

É o contrato de distribuição propriamente dito o objeto central do presente trabalho. Tal negócio é também conhecido como contrato de concessão comercial em razão do estudo que introduziu o termo na doutrina pátria<sup>14</sup>, fortemente influenciado pela doutrina francesa<sup>15</sup>. Os termos contrato de distribuição e contrato de concessão comercial designam, assim, o mesmo tipo negocial<sup>16</sup>, de modo que, ao longo da investigação, empregam-se indistintamente os vocábulos distribuição e concessão comercial; bem como concedente e fornecedor; concessionário e distribuidor.

O contrato de distribuição é empregado no escoamento de ampla variedade de produtos, desde o setor de bebidas, vestuário, perfumes, eletrodomésticos, automóveis até produtos de elevada tecnologia e de luxo. Mais precisamente, instrumentaliza uma operação de distribuição indireta, a qual costuma organizar-se por meio de redes, apesar da possibilidade de arranjo não integrado.

No contrato de distribuição, o distribuidor obriga-se a revender, em seu próprio nome e por sua conta, os produtos adquiridos junto ao fornecedor. Diferencia-se, porém, do comerciante comum, pois os revende conforme as orientações do concedente. Tais restrições na liberdade de atuação são aceitas pelo revendedor em virtude, sobretudo, da possibilidade de ganho derivada do comércio dos artigos detidos por sua contraparte.

A remuneração do agente independente, tendo em vista a propriedade dos bens, é calculada com base na diferença entre o preço de aquisição e o de revenda. Trata-se, portanto, de contrato cuja função econômica primária é a comercialização por parte do distribuidor dos produtos do fornecedor<sup>17</sup>.

Além da obrigação de compra para a revenda, o contrato é geralmente acompanhado por outras obrigações. São cláusulas acessórias que disciplinam a relação entre concedente e concessionário e determinam, conse-

<sup>14</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 11, n. 7, p. 17-45, 1972.

<sup>15</sup> Cf. CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*. Paris, n. 3, p. 451-504, jul-set. 1963; e HÉMARD, Jean. Les agents commerciaux. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*. Paris, t. XII, p. 573-624, p. 1959.

<sup>16</sup> Nesse sentido, Cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, op. cit. p. 51 (nota 13) e p. 56-57; e POLLO, Marcelo. A discriminação de preço nas redes contratuais de distribuição. *Dissertação* (mestrado em Direito) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Cumpre anotar a presença de entendimento diverso, segundo o qual a distribuição é uma espécie mais genérica de concessão comercial, conforme DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 452.

<sup>17</sup> Cf. BORTOLOTTI, Fabio. *Manuale di diritto della distribuzione*. v. II. Padova: CEDAM, 2007. p. 2.

quentemente, o nível de integração entre eles. Como o contrato tende a se estender no tempo, procura-se estabelecer as bases de um comportamento colaborativo entre as partes. Essas estipulações possibilitam que o fornecedor articule e coordene a distribuição de seus produtos, ainda que a atividade seja empreendida por outro.

Dentre as obrigações acessórias, vale mencionar a exclusividade de comercialização e de zona, a aquisição de cota mínima e a sugestão de preço de revenda. Podem-se estabelecer ainda regras sobre a organização, as instalações, os métodos de venda, as formas de publicidade e a prestação de assistência técnica a ser oferecida aos clientes.

Dessa breve análise do contrato de distribuição, é possível, desde já, observar que esse contrato é um tipo complexo que reúne a função de troca e a de colaboração. O distribuidor, de fato, adquire as mercadorias do fornecedor, mas não as destina ao próprio consumo; seu fim é revendê-las. A atividade de revenda, por sua vez, é coordenada pelo fornecedor por meio de diversas cláusulas apostas no contrato. O êxito da operação contratual e, no extremo, da colocação dos produtos no mercado, depende da atuação de ambas as partes. O predomínio de uma ou outra função cabe ao arranjo negocial adotado no negócio concreto e, assim, o contrato poderá assumir configuração mais ligada à troca ou à cooperação.

Após esta descrição propedêutica da operação econômica e do contrato de distribuição, cumpre examiná-lo mais detidamente. A exata caracterização do negócio é imprescindível para a compreensão, nos capítulos seguintes, do inadimplemento do contrato de distribuição, sobretudo quando o não cumprimento do pactuado se dá por ambos os contratantes.

Para tanto, a investigação se vale do plano de existência do negócio jurídico como base teórica. Cumpre ressaltar, porém, que não serão objeto de apreciação todos os elementos de existência, mas somente aqueles cujo exame se revela fundamental para a elaboração de uma teoria geral do contrato de distribuição.

Nesse caso, torna-se necessário identificar a relevância e a repercussão de cada obrigação descumprida para a economia do contrato e, em razão disso, o estudo do objeto do contrato de distribuição ocupará posição de destaque nas linhas que seguem.

Antes, porém, de definir o conteúdo do contrato, faz-se importante fixar a qualidade das partes que realizam este negócio, posto que existem distin-

tos regimes e interpretações para contratos civis, comerciais e de consumo. Definidas as partes e o objeto deste tipo negocial, o estudo recai, por fim, sobre a forma. Tratar-se-á a seguir, portanto, de partes, objeto e forma.

### 3.1 Partes

O contrato de distribuição é um contrato tipicamente empresarial. Entende-se por contrato empresarial aquele celebrado entre empresários e, conseqüentemente, sujeito aos princípios próprios do Direito Comercial. A doutrina, por vezes, emprega o termo interempresarial, o qual evidencia por si só a qualificação das partes e contrapõe-se ao negócio celebrado com empresa, no qual somente uma das partes ostenta tal natureza<sup>18</sup>.

Definir um tipo contratual como pertencente a essa categoria importa relevantes conseqüências, sobretudo para a interpretação e aplicação da lei civil unificada. Interpretar significa esclarecer o sentido daquilo pactuado pelas partes e um contrato empresarial requer lógica própria, diversa da aplicável aos contratos civis e aos contratos de consumo<sup>19</sup>.

São partes dessa modalidade contratual o fornecedor e o distribuidor. De um lado, tem-se o empresário que produz, fabrica ou fornece um bem, chamado genericamente de fornecedor. De outro, o distribuidor que adquire o produto daquele e atua em sua colocação no mercado. O contrato, como visto, pode também ser chamado concessão comercial e, adotada tal terminologia, tem-se, respectivamente, concedente e concessionário.

A distribuição pode necessitar de uma, duas ou mais etapas para se concretizar. É possível que ocorra em apenas uma etapa, isto é, com a atuação de somente um distribuidor o produto é colocado em seu mercado de destino. Todavia, a cadeia distributiva comumente se estende, ao menos, à segunda etapa. Nessa situação, surge a figura do subdistribuidor encarregado de adquirir o produto do distribuidor e fazê-lo circular em seu respectivo mercado. Aqui, além daquele firmado entre fornecedor e distribuidor, há um

<sup>18</sup> Esta discussão é abordada em FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*, op. cit., p. 28-29.

<sup>19</sup> Sobre a interpretação dos contratos empresariais cf. FORGIONI, Paula A. *Interpretação dos negócios empresariais*. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

contrato entre o distribuidor e o subdistribuidor, ou, na linguagem comum, atacadista e varejista.

### 3.2 Objeto

O objeto de um contrato é o conjunto dos preceitos oriundos do consentimento<sup>20</sup>. É, de modo bastante simples, o conteúdo do contrato<sup>21</sup>. Ele deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável, sob pena de nulidade.

A definição do objeto pode ser dada através dos elementos. A doutrina costuma operar uma classificação tripartida do conteúdo em elementos essenciais, naturais e acidentais<sup>22</sup>.

Os elementos essenciais determinam a natureza jurídica de cada tipo de negócio. Eles acusam e distinguem o tipo e, em razão disso, são também chamados de elementos categoriais inderrogáveis<sup>23</sup>. Os elementos naturais, por seu turno, defluem da natureza do negócio, entretanto podem ser afastados mediante a vontade das partes e, em razão disso, são também denominados elementos categoriais derogáveis. Os acidentais ou particulares, por fim, são apostos pelas partes e podem, por conseguinte, estar ou não presentes. Uma vez pactuados, todavia, compõem o objeto do contrato.

Para descrever juridicamente o contrato de distribuição, é, portanto, imprescindível examinar seus elementos. A correta definição da estrutura mínima do contrato facilitará o exame a ser empreendido no item 4 do presente capítulo, ao atuar como norte na diferenciação de contratos que guardam semelhança com a concessão comercial. Não se pode olvidar, por fim, que a precisa descrição dos elementos que compõem o contrato de distribuição é tarefa preliminar indispensável para o exame da função desempenhada por

<sup>20</sup> Cf. BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 97.

<sup>21</sup> Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. v. VI, Parte I. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 87; e JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. 6ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

<sup>22</sup> A divisão dos elementos do negócio seguiu de perto o pensamento defendido por JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 31-41. Optou-se, no entanto, pelo emprego da terminologia tradicional, ainda que criticada pelo referido jurista, o qual os divide, respectivamente, em elementos categoriais inderrogáveis, categoriais derogáveis e particulares. Ademais, para a explicação de cada um dos elementos, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Reimpressão da 1. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 71-85.

<sup>23</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 35.

cada obrigação presente no contrato de distribuição, a ser empreendido no item 6 deste capítulo.

Nesse percurso cumpre, precipuamente, identificar quais elementos cuja verificação é necessária e suficiente para que este tipo negocial exista. Em seguida, convém buscar aqueles que podem ser afastados pelas partes sem, contudo, alterar o tipo negocial. Assentados os elementos essenciais e naturais, deve-se perscrutar as estipulações mais frequentemente apostas pelos contratantes nessa modalidade contratual. O conteúdo do negócio é, por fim, preenchido pela boa-fé objetiva e pelos usos setoriais e, desse modo, deve-se finalmente examinar o papel destes para a integração das lacunas do contrato de distribuição.

#### 3.2.1 Elementos essenciais

Os elementos essenciais são imprescindíveis à caracterização do tipo negocial, o que os leva a ser denominados também como elementos categoriais inderrogáveis. Ao analisar os elementos essenciais do contrato de distribuição, almeja-se identificar as características necessárias para que este negócio exista. Os "essentialia" representam, dessa maneira, o objeto mínimo de um contrato. A ausência de apenas um deles, por outro lado, é suficiente para descaracterizar, excluir o negócio concreto do âmbito do contrato de distribuição. Na falta, o que existe é outro tipo contratual.

Para que o contrato de distribuição exista é necessário, primeiramente, que o distribuidor adquira os produtos do fornecedor. Não basta, porém, a compra, pois é imprescindível para esta modalidade contratual que os produtos não se destinem ao consumo, mas à revenda.

Trata-se, desse modo, de elemento essencial complexo, definido pela aquisição dos produtos do fornecedor pelo distribuidor para que este, posteriormente, promova, durante todo o tempo de duração da avença, a revenda em uma zona de atuação. É este o objeto mínimo de todo contrato de distribuição, é o que caracteriza o tipo negocial.

O correto entendimento da estrutura mínima do contrato de distribuição reclama alguns esclarecimentos. A obrigação de compra das mercadorias do fornecedor pelo distribuidor é o primeiro ponto que merece atenção. A aquisição se concretiza por meio de inúmeras operações de compra e venda que se sucedem ao longo da vida do contrato e, dessa maneira, não se confundem com operações meramente esporádicas.

Essas operações de compra e venda, todavia, não são negócios jurídicos autônomos, uma vez que consistem em execução do contrato de distribuição. Tais operações, mais precisamente, assumem função instrumental<sup>24</sup> em relação ao efetivo escopo perseguido pelas partes, qual seja a comercialização dos produtos no mercado<sup>25</sup>.

Da compra e venda ainda é possível depreender a transferência da titularidade das mercadorias, as quais saem do patrimônio do fornecedor e ingressam no do distribuidor. O concessionário torna-se, desse modo, proprietário do bem, o que será fundamental para distingui-lo, a seguir, do representante comercial e do comissário. Uma vez proprietário, atua em seu nome e por sua conta, assumindo os riscos do negócio, de modo que sua remuneração é definida pela diferença entre o preço de aquisição e o preço de revenda dos produtos.

No que diz respeito às prestações do distribuidor, ao dever de adquirir os produtos acrescenta-se a obrigação posterior de revenda. Esta prestação não lhe é exclusiva, uma vez que também se faz presente na representação comercial. Somente na distribuição, porém, a revenda recai sobre produtos próprios, os quais são comercializados em nome e conta do distribuidor.

O fato de o concessionário possuir a titularidade das mercadorias faz com que tenha interesses próprios para colocá-las no mercado. O sucesso de sua própria atividade requer a comercialização dos produtos do fornecedor. É inegável, desse modo, que a atividade das partes é, em certa medida, convergente e a colaboração delas é preordenada (dirigida) ao êxito comercial dos mesmos produtos.

Nesse cenário, a doutrina discute acerca da existência da obrigação de revenda a cargo do distribuidor. Questiona-se, de forma mais precisa, se essa obrigação é depreendida do próprio tipo contratual ou se descende apenas

<sup>24</sup> Em acórdão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo corrobora a função instrumental das operações de compra e venda: "Quando falamos de contrato de distribuição, estamos diante de um contrato peculiar. Caem por terra, portanto, as opiniões que querem reduzir o contrato de distribuição a um negócio de compra e venda." (TJSP, Ap. Civ. nº 1160584-0/0, 28ª Câm. Dir. Priv., r. Des. Júlio Vidal, j. 29.04.2008).

<sup>25</sup> Cf. BORTOLOTTI, Fabio. *Manuale di diritto della distribuzione*, op. cit., p. 34; e NERVI, Andrea. *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 74 e 82.

da efetiva vontade das partes<sup>26</sup>, hipótese em que sua existência depende da concordância do distribuidor.

A obrigação de revenda é elemento essencial do contrato de concessão comercial. Não há efetivamente distribuição caso o produto seja destinado ao próprio consumo. Por outro lado, o dever de revenda persiste, ainda que não pactuado. Ocorre que, salvo estipulação expressa, não se pode reclamar a comercialização de uma quantia determinada de produtos. É perfeitamente exigível, porém, que o distribuidor empreenda esforços para a comercialização. Trata-se, via de regra, de obrigação de meio.

As obrigações, conforme o exigido do devedor, costumam ser divididas pela doutrina em obrigações de meio e de resultado. Nessas, o adimplemento da obrigação requer a consecução de um resultado específico. Naquelas, por sua vez, o devedor obriga-se tão somente a envidar esforços para atingi-lo; sua obtenção não é exigível, de modo que basta para o cumprimento que o resultado tenha sido adequadamente tentado<sup>27</sup>.

A orientação encontra também acolhida no art. 5.1.4 dos Princípios Unidroit, cujo texto toma o cuidado de esclarecer que nas obrigações de meio a diligência requerida corresponde àquela exigida na específica área e situação em que se coloca o devedor.

Nesse sentido, o concessionário obriga-se a envidar seus melhores esforços no sentido de promover a venda dos produtos contratuais. Há obrigação de meio de revenda e esta consiste em um elemento essencial da concessão comercial. Dessa maneira, ainda que no negócio concreto as partes silenciem a respeito, ao distribuidor cabe agir com a diligência esperada na execução da prestação.

<sup>26</sup> Uma parcela da doutrina sustenta que esta obrigação constitui elemento essencial do contrato ora em exame (Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 279; e SPINOZZI, Michele. *La concessione di vendita*, op. cit., p. 272). Por sua vez, Bortolotti filia-se à posição contrária, conforme denota o seguinte excerto: "impegno del concessionario di promuovere le vendite non può risultare implicitamente dalla scelta del tipo contrattuale della concessione, ma deve discendere dall'effettiva volontà delle parti" (BORTOLOTTI, Fabio. *Manuale di diritto della distribuzione*, op. cit., p. 13).

<sup>27</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 2. 14. ed. rev. e atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47-48; COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meio, de resultado e de garantia*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *Doutrinas essenciais - obrigações e contratos*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73-88; e CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. 2. t. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 443-454.

A bem da verdade, ainda que a obrigação do concessionário de promover a revenda constitua elemento essencial, provar a insuficiência de empenho é algo extremamente difícil. Esta prestação, em razão disso, costuma ser reforçada através das cláusulas de aquisição mínima e manutenção de estoque mínimo<sup>28</sup>. Tais cláusulas representam instrumentos manejados pelo fornecedor para controlar, em certa medida, a atuação e a diligência do distribuidor na colocação dos produtos no mercado.

Nada impede, entretanto, que as partes pactuem diferentemente e constituam uma obrigação de resultado. É possível, por exemplo, que o distribuidor se comprometa a vender no prazo de um ano a cota de 15.000 produtos em sua área de atuação. Nessa hipótese, caso venda apenas 6.000 artigos, há inadimplemento da obrigação contratual.

Esclarecida a obrigação de promoção de revenda, cumpre elucidar algumas questões relacionadas à zona de atuação. Existe necessariamente uma área em que o distribuidor executa suas atividades, independentemente de previsão contratual<sup>29</sup>. Na maioria dos casos, tal região é individualizada no contrato.

O problema surge exatamente quando o negócio nada dispõe sobre a zona de atuação e tampouco houve acordo verbal entre as partes. Nesse caso, para definir a área recorre-se a dados de fato, tal qual a região em que o distribuidor atuava anteriormente.

A ausência de delimitação clara, porém, é situação potencialmente conflituosa. De um lado, o concessionário não sabe com exatidão o quanto poderá expandir seus negócios. De outro, a indefinição gera dificuldades para caracterizar a falta do distribuidor na promoção da revenda.

Expostos os primeiros elementos essenciais do contrato de distribuição, cumpre, nesse momento, investigar se a exclusividade e a subordinação também são elementos que definem este tipo negocial.

A exclusividade foi considerada por bastante tempo elemento essencial do contrato de distribuição<sup>30</sup>. Trata-se mais precisamente da exclusividade territorial, a qual assegura ao concessionário uma área exclusiva de atua-

<sup>28</sup> Sobre estas cláusulas, conferir os itens 3.2.3 c e d, nessa ordem.

<sup>29</sup> Cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, op. cit., p. 61.

<sup>30</sup> A discussão sobre a essencialidade da exclusividade pode ser vista em Pardolesi. O autor, no entanto, não se filia à corrente e tece várias críticas: "l'idea che esclusiva catturi l'essenza dei contratti di distribuzione appare oggi inaccettabile" (Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 223).

ção ao impedir a fixação de outros revendedores da mesma rede naquela determinada área.

Essa cláusula, em termos econômicos, é a mais simples e imediata contrapartida a ser oferecida para que o distribuidor aceite, primeiramente, empreender os esforços necessários para a revenda dos produtos e ainda ingressar na rede coordenada pelo fornecedor<sup>31</sup>.

A exclusividade de zona de atuação consiste, de fato, em uma cláusula assaz recorrente. Não se trata, todavia, de elemento essencial, mas de elemento particular. Tal entendimento superou o anterior e é adotado atualmente tanto pela doutrina<sup>32</sup> quanto pela jurisprudência<sup>33</sup>. No mesmo sentido, a Lei Ferrari, ao enfrentar o problema, estabeleceu, no parágrafo único de seu art. 5º, que é inerente à concessão a definição da área operacional. Esta, no entanto, poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.

A exclusividade não é depreendida pela simples escolha do tipo contratual e tampouco pode ser inferida da mera delimitação da zona de atuação<sup>34</sup>. Uma vez elemento particular, sua presença deve ser demonstrada, seja expressamente no documento contratual, por acordo verbal ou ainda através de uma situação de fato que evidencie essa escolha, como ocorre, por exemplo, quando a publicidade produzida pelo próprio concedente indica certo distribuidor como exclusivo<sup>35</sup>.

A ausência de elemento accidental, de outro lado, não descaracteriza o tipo. Qualificar-se como revendedor autorizado ou oficial já é, por vezes, contrapartida suficiente para o distribuidor, hipótese que claramente não afasta a existência de uma concessão comercial. No extremo, não desconfigura o contrato nem mesmo a colocação de novo distribuidor em um acordo que estipule a exclusividade. Há, nesse caso, inadimplemento contratual, porém se mantém hígida a natureza da avença.

<sup>31</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 156.

<sup>32</sup> Cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, op. cit., p. 59; BORTOLOTTI, Fabio. *Manuale di diritto della distribuzione*, op. cit., p. 19-22; e SPINOZZI, Michele. *La concessione di vendita*, op. cit., p. 285.

<sup>33</sup> Para o Tribunal de Justiça de São Paulo "a cláusula de exclusividade, em contrato de distribuição, deve ser cabalmente demonstrada" (TJSP, Ap. Cív. nº 0220375-64.2002.8.26.0100, 21ª Câm. Dir. Priv., r. Des. Itamar Gaino, j. 02.06.2011).

<sup>34</sup> Cf. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, op. cit., p. 202.

<sup>35</sup> Cf. BORTOLOTTI, Fabio. *Manuale di diritto della distribuzione*, op. cit., p. 22.

Portanto, muito embora a exclusividade territorial seja recorrente, ela não constitui elemento essencial. Trata-se, na verdade, de elemento acidental ou particular e, por isso, retomar-se-á sua descrição no item 3.2.3.a.

O declínio da exclusividade como característica distintiva da concessão comercial encontra-se, consoante a doutrina, intrinsecamente relacionado com o aparecimento de novo entendimento. Segundo esta linha, é essencial a subordinação econômica do distribuidor, o qual se vê sensivelmente condicionado a seguir as políticas distributivas e escolhas comerciais do concedente<sup>36</sup>.

Esse posicionamento é facilmente refutado nos dias de hoje, sobretudo quando se contempla os contratos firmados entre fornecedores e grandes varejistas. Nesses, o controle muitas vezes encontra-se nas mãos do distribuidor e a dependência é do fornecedor. Dessa maneira, ainda que comum a subordinação, necessário perceber que a figura do concessionário abarca realidades muito distintas, que vão desde o grande empresário ao pequeno revendedor, o que impede de definir esta característica como elemento essencial.

Por todo o exposto, conclui-se que é essencial para a existência do contrato de distribuição a aquisição dos produtos do fornecedor pelo distribuidor para que este, posteriormente, promova, ao longo de toda avença, a revenda em uma determinada zona de atuação. A ausência de apenas um desses elementos, no entanto, basta para descaracterizar a concessão comercial.

Precisado o elemento categorial inderrogável do contrato de distribuição, oportuno abordar seus elementos naturais e, posteriormente, os particulares.

### 3.2.2 Elemento natural

Os elementos naturais defluem da própria natureza do negócio. As partes, no entanto, podem afastá-los, sem que isso acarrete a mudança de tipo negocial. Tais elementos, em razão disso, são também denominados categoriais derogáveis<sup>37</sup>.

A permissão de uso da marca constitui o elemento natural do contrato de distribuição. Por meio desta obrigação, o fornecedor coloca o uso da marca à disposição do distribuidor, o qual poderá partilhar do prestígio e da notoriedade da marca para o exercício de sua atividade. O distribuidor assume,

<sup>36</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 178-179.

<sup>37</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 38.

por sua vez, os deveres de zelar por ela e de atender às determinações do fornecedor quanto ao modo de usá-la. No extremo, a permissão de uso da marca ainda possibilita que o distribuidor seja identificado como membro de sua respectiva rede pelo destinatário.

Como elemento natural, a permissão de uso da marca do fornecedor pelo distribuidor, em princípio, restará presente no contrato de distribuição. A vedação ao uso dependerá de manifestação dos contratantes, ou seja, há para as partes o ônus de se manifestar caso queiram afastá-lo.

De modo mais preciso, pode-se afirmar que a permissão de uso restará caracterizada ainda que as partes nada pactuem a respeito, o que a afasta de um elemento acidental. Para ilustrar tal situação, vale considerar um contrato de distribuição que tenha por objeto a revenda de bicicletas. Por meio dele, ainda que as partes nada tenham estabelecido, o distribuidor colocará no mercado produtos que estampem a marca do fornecedor.

O uso da marca, por outro lado, não figura entre os elementos essenciais do referido tipo negocial, porquanto a cláusula que o veda não descaracteriza o contrato de distribuição. Nessa linha, basta pensar em uma cláusula cujo texto dispõe que as bicicletas entregues pelo fornecedor serão colocadas no mercado com a marca do próprio distribuidor.

A permissão de uso da marca, desse modo, resulta do próprio contrato de distribuição e apenas não estará presente caso seja afastada expressamente no negócio concreto. Assim, esse é o único elemento natural do contrato ora examinado.

### 3.2.3 Elementos acidentais

Os elementos acidentais ou particulares são aqueles inseridos no negócio concreto pelas partes no exercício da autonomia privada<sup>38</sup>. Eles não decorrem da mera escolha do tipo contratual e, com isso, sua presença requer estipulação das partes.

No contrato de distribuição, os elementos particulares assumem importante papel, ainda que ausente, por óbvio, conotação de essencialidade. Por

<sup>38</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 38.

meio deles é disciplinada a relação entre concedente e concessionário e se determina, por conseguinte, o nível de integração entre eles<sup>39</sup>.

Esses elementos tencionam, mais especificamente, coordenar a atividade de revenda e articular a colaboração entre os contratantes. Possibilitam, em última análise, que o fornecedor controle sua rede de distribuição sem assumir, todavia, o risco de tal atividade, o qual recai sobre o concessionário. Trata-se, em suma, de regras internas de organização, apostas consoante a política comercial definida pelo fornecedor<sup>40</sup>. No negócio concreto, tais elementos podem ou não se encontrar e, uma vez presentes, podem aparecer com diversas configurações.

Cumpra, nesse momento, identificar quais os elementos particulares apostos comumente no contrato de distribuição.

#### a) Exclusividade territorial

As cláusulas de exclusividade, aqui compreendidas a exclusividade territorial e de comercialização, são uma das mais recorrentes estipulações dos contratos de distribuição. Sua presença reforça a consecução dos objetivos perseguidos pelas partes nessa modalidade contratual, muito embora não constituam elementos essenciais.

A exclusividade territorial representa, de fato, a mais simples e imediata contrapartida a ser oferecida pelo fornecedor àquele cujo dever consiste em se empenhar ao máximo para a comercialização e a construção de um mercado para os produtos do outro. A exclusividade de venda, por outro lado, garante que o distribuidor concentrará todos os seus esforços na comercialização das mercadorias contratuais e, desse modo, é o principal instrumento para integrá-lo à rede de distribuição planejada pelo fornecedor<sup>41</sup>.

Na exclusividade territorial ou de zona, o concedente assume o compromisso de não vender as mercadorias objeto do contrato a outro distribuidor dentro de determinada área geográfica. O distribuidor com exclusividade,

<sup>39</sup> Cf. SPINOZZI, Michele. *La concessione di vendita*, op. cit., p. 285.

<sup>40</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 220; e MONTEIRO, António Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*, op. cit., p. 111.

<sup>41</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 156; e BORTOLOTTI, Fabio. *Manuale di diritto della distribuzione*, op. cit., p. 19-20.

dessa maneira, é o único autorizado a comercializar os produtos contratuais naquela região.

Note-se que a exclusividade não é inferida da mera delimitação da zona de atuação. É perfeitamente possível que se atribua uma área de atuação ao distribuidor sem conceder-lhe, no entanto, a garantia de não enfrentar a concorrência de outros distribuidores da mesma rede. A exclusividade, desse modo, deve ser pactuada por escrito no documento contratual, por acordo verbal ou ser depreendida através de uma situação de fato capaz de evidenciar a vontade das partes nesse sentido. É o caso, por exemplo, de um panfleto publicitário produzido pelo fornecedor, no qual o distribuidor figure como exclusivo.

A exclusividade territorial afasta a concorrência intramarca e acaba por criar uma reserva de mercado a favor do distribuidor exclusivo<sup>42</sup>. Assim, o concessionário de determinada marca de relógios que atua com exclusividade em todo o território nacional é o único a colocar em nosso mercado os produtos contratuais. Ele se sujeita à competição com outras marcas (entremarcas), mas não à concorrência com integrantes de sua rede (intramarca).

Um dos principais problemas que envolvem a exclusividade a favor do distribuidor diz respeito à violação do contrato por parte de terceiros. Nesse caso, não há venda direta e tampouco invasão territorial por outro membro da rede, mas uma comercialização à margem dos contratos estabelecidos com os concessionários exclusivos.

É o caso de terceiro que adquire o produto de dado fornecedor ou distribuidor e o revende na área de atuação de outro. A Lei nº 6.729/79, mais conhecida como Lei Ferrari, nos termos de seu art. 12, procurou evitar esta situação ao vedar explicitamente a revenda de veículos novos pelo distribuidor a outros comerciantes. A comercialização paralela foi também alvo de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> O termo *reserva de mercado* é empregado por Nervi (NERVI, Andrea. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 35). Por sua vez, Forgioni prefere dizer que há uma espécie de monopólio por não enfrentar a concorrência intramarca, mas somente a entremarcas (FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*, op. cit., p. 202).

<sup>43</sup> No caso, decidiu-se que o contrato de distribuição exclusiva, por si só, não anula a liberdade de comercializar produtos, decorrentes dos princípios que fundamentam a ordem econômica, nem afasta as regras de economia baseada na propriedade privada e na livre concorrência (Cf. STJ, REsp nº 930.491, 3ª T., r. Min. Sidnei Beneti, j. 12.04.2011).

### b) Exclusividade de comercialização

A cláusula de exclusividade de comercialização, também conhecida como exclusividade a favor do concedente, obriga o distribuidor a adquirir os produtos contratuais apenas do fornecedor (ou de outros por ele indicados). Por outras palavras, a cláusula veda que o distribuidor comercialize os produtos dos concorrentes, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>44</sup>.

Vale esclarecer que a exclusividade de comercialização recai tão somente sobre os produtos contratuais. É possível que o negócio não abarque toda a gama de produtos do fornecedor, mas somente uma parcela deles. Nesse caso, a limitação na atividade do distribuidor incide apenas sobre os produtos estipulados.

A situação é bem ilustrada por meio de um exemplo. Dada sociedade possui contrato de distribuição com famosa marca de relógios, sendo que uma de suas cláusulas prevê a exclusividade de comercialização. O contrato abrange, porém, apenas os modelos que suportam alta pressão, ou seja, aqueles destinados para mergulho. O distribuidor, portanto, não pode revender este tipo de relógio das marcas concorrentes. É livre, no entanto, para comercializar qualquer outro modelo.

A exclusividade de comercialização, como se conclui do exposto, liga-se à concorrência entremarcas e representa o principal instrumento detido pelo fornecedor para integrar o terceiro à sua rede de distribuição. Como o distribuidor assume a obrigação de comercializar apenas os produtos do fornecedor, essa cláusula tem o condão de aumentar a dependência econômica entre as partes.

### c) Aquisição mínima

A cláusula de aquisição mínima (ou cota mínima) estabelece para o concessionário a obrigação de adquirir uma quantidade determinada de produ-

<sup>44</sup> Segundo a decisão proferida, a "cláusula de exclusividade visa a manter a fidelidade do distribuidor ao fornecedor a fim de que não sejam comercializados produtos de empresas concorrentes." (TJSP, Ap. Civ. nº 992.05.123294-3, 26ª Câmara, r. Des. Renato Sartorelli, j. 14.09.2010).

tos em certo intervalo de tempo<sup>45</sup>. O fornecedor, por sua vez, assume o dever de entregar a quantidade pactuada<sup>46</sup>.

Esta cláusula é frequentemente aposta pelas partes e, como visto, representa uma ferramenta para que o fornecedor controle a atuação e a diligência do partícipe na revenda dos produtos. Espera-se que o distribuidor empreenda os esforços necessários para colocar no mercado, ao menos, a cota que está vinculado a adquirir. A Lei Ferrari, nos termos de seu art. 7º, inciso III, estabelece critérios para a fixação da cota de aquisição, consoante a capacidade empresarial, o desempenho de comercialização e a capacidade de mercado da área de atuação do concessionário.

Vale ressaltar, porém, que aquisição e revenda não se confundem e, em vista disso, é possível que o distribuidor descumpra sua obrigação de revenda, ainda que tenha adquirido a cota mínima fixada no contrato. Basta pensar em um concessionário que deixa de vender os produtos do concedente para, lançando mão da exclusividade territorial, excluí-lo do mercado e posteriormente lançar seu próprio produto.

### d) Manutenção de estoque mínimo

A exigência de manutenção de estoque pelos concessionários reduz as despesas dessa natureza suportadas pelo concedente, uma vez que os custos com armazenagem, conservação e seguro são assumidos pelo primeiro.

Esta cláusula, tal qual a anterior, constitui instrumento detido pelo concedente para controlar a atuação e a diligência do distribuidor na colocação das mercadorias no mercado. Isto porque a presença de peças para reposição garante, em certa medida, que as necessidades dos destinatários serão atendidas. Ademais, a possibilidade de encontrar todo o *mix* de produtos em qualquer dos distribuidores preserva a imagem da rede. No entanto, a ressalva feita anteriormente persiste, porquanto o distribuidor pode não se empenhar na comercialização dos artigos ainda que possua certo estoque.

<sup>45</sup> Cf. TJSP, Ap. Civ. nº 0111539-78.2008.8.26.0005, 31ª Câmara, r. Des. Adilson de Araujo, j. 19.04.2011; e TJSP, Ap. Civ. nº 108284-0/0, 36ª Câmara, r. Des. Arantes Theodoro, j. 12.07.2007.

<sup>46</sup> A presença da obrigação de entrega de cota mínima também é exposta em CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional. *Dissertação* (mestrado em Direito) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 76.

Vale anotar, por fim, que o art. 10 da Lei Ferrari limita as exigências de estoques no setor de veículos automotores de via terrestre.

#### e) Serviço de assistência técnica

Nos contratos de concessão mercantil, além da obrigação de promover a revenda, o concessionário geralmente tem o dever de prestar assistência técnica. Nos contratos que envolvem produtos de alta complexidade, como computadores, a capacidade para a prestação dos serviços de pós-venda constitui critério decisivo para o ingresso na rede de distribuição.

#### f) Publicidade dos produtos

As despesas com a publicidade dos produtos são, geralmente, partilhadas pelas partes. Na maioria dos casos, as ações de *marketing* local cabem ao distribuidor e aquelas de âmbito nacional ou que abarquem toda a rede, ao fornecedor.

A ação publicitária da rede de distribuição é desenvolvida, mais precisamente, pelo fornecedor. O concessionário, desse modo, promoverá a propaganda de acordo com as diretrizes fixadas e costuma valer-se do material promocional (*folders*, adesivos, brindes) desenvolvido por sua contraparte.

#### g) Orientações técnicas

O fornecedor, como organizador da rede, prescreve ao distribuidor uma série de obrigações ligadas à política de vendas. As orientações comumente encontradas são aquelas relativas: (i) a um padrão mínimo de atendimento, até mesmo com o oferecimento de treinamento para pessoal; (ii) à organização das vendas e do estabelecimento; (iii) à forma de manuseio, acondicionamento e transporte das mercadorias até o destinatário; e (iv) à sugestão ou à indicação de parâmetros para a determinação do preço de revenda.

#### h) Prestação de informações sobre o mercado

O fornecedor, ao optar pelo sistema de vendas indireto, reduz também o seu contato com o mercado. A partir do momento em que é tomada tal deci-

são, as informações e percepções das demandas e reações dos destinatários chegam a ele somente por meio dos distribuidores<sup>47</sup>.

Esta situação justifica a presença da obrigação de prestar informações que recai sobre o distribuidor na grande maioria dos contratos.

#### 3.2.4 Usos e boa-fé

As prestações tratadas compõem o objeto do contrato de distribuição. A aquisição dos produtos do fornecedor pelo distribuidor para que este, posteriormente, promova a revenda em uma zona de atuação, é obrigação complexa que define o tipo contratual e se estende pelo tempo de duração da avença.

O objeto contratual ora investigado não se limita, todavia, a estas obrigações. Merece destaque também a permissão de uso da marca a favor do distribuidor. Tal prestação, muito embora decorra do tipo, pode ser afastada mediante o consentimento das partes.

O conteúdo do contrato é composto ainda por inúmeras outras obrigações que visam a organizar as atividades a serem empreendidas e a coordenar o relacionamento dos partícipes no *iter* contratual. As obrigações supraclassificadas se tratam daquelas mais frequentemente apostas pelas partes no exercício de sua autonomia privada.

O conjunto desses preceitos oriundos do consentimento compõem, portanto, o objeto do contrato de distribuição. Imprescindível notar, entretanto, que a realidade, não raramente, excede as previsões das partes. A ocorrência de incompletudes contratuais é ainda mais natural quando os acordos são desenhados para terem longa duração, tal qual o contrato de distribuição. Os contratos de duração são feitos para protrair-se no tempo e, por isso, no momento de sua formação é impossível para as partes prever todos os eventos que podem ocorrer no futuro.

As lacunas devem ser supridas por meio da integração, sob pena de graves repercussões na economia do negócio. A integração objetiva cria normas para compor o conteúdo do negócio. As principais fontes de integração do contrato são o princípio da boa-fé objetiva<sup>48</sup> e os usos em sua função normativa.

<sup>47</sup> Cf. PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*, op. cit., p. 27.

<sup>48</sup> Segundo Roppo, a boa-fé é uma importante fonte de integração dos contratos. Preceitua ainda que "non è azzardato dire che la scoperta e la valorizzazione di questo ruolo della buona fede costituisce una delle

A boa-fé é elemento criador de novos deveres dentro da relação obrigacional. Tais deveres, oriundos da complexidade intraobrigacional, podem nascer e se desenvolver independentemente de pactuação<sup>49</sup>. Os deveres resultantes da boa-fé objetiva são denominados na doutrina sob as mais variadas nomenclaturas: deveres acessórios de conduta<sup>50</sup>; instrumentais ou funcionais<sup>51</sup>; e laterais<sup>52</sup>.

Nos contratos de colaboração, tais como o contrato de distribuição, a boa-fé, tomada nessa função criadora de deveres jurídicos, assume papel ainda mais destacado do que nos outros negócios jurídicos.

Nesses contratos, vários deveres fundados na boa-fé compõem, desde logo, o conteúdo do contrato. É o caso, por exemplo, do dever de informar. Assim, em razão da necessidade de colaboração entre os contratantes ínsita a tal negócio, os deveres de consideração recíproca, de observância aos interesses da outra parte, em suma, de conduta honesta e leal, tornam-se ainda mais destacados, conforme se examinará mais detalhadamente no item 5.3 do presente capítulo.

Os usos e costumes também se prestam a completar a declaração negocial. O emprego dos usos e costumes na integração dos contratos já se encontrava na quinta regra de Pothier<sup>53</sup> e no art. 133 do Código Comercial. Nesse sentido, merecem destaque os arts. 1.374, do Código Civil italiano, e 1.135, do Código Civil francês, os quais estabelecem que os contratos obrigam não somente àquilo que neles está expresso, mas ainda a todas as consequências da obrigação decorrentes da equidade, dos usos ou da lei.

*principali linee di sviluppo del diritto dei contratti del nostro tempo*. (ROPPO, Enzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 465).

<sup>49</sup> Cf. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 35. O trabalho foi originalmente apresentado em 1964, como tese de livre-docência.

<sup>50</sup> Cf. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v. I, 10. ed., 5ª reimpr. da ed. de 2000. Coimbra: Almedina, 2008. p. 123.

<sup>51</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 438.

<sup>52</sup> Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 75.

<sup>53</sup> "Règle pour l'interprétation des conventions: l'usage est d'une si grande autorité pour l'interprétation des conventions, qu'on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées: In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis." (POTHIER, Robert Joseph. *Ouvres complètes de Pothier*. Tome premier: Traité des obligations. Nouvelle édition. Paris: Chez Thomine et Fortic, Libraires, 1821. p.88).

Note-se que, no contrato de distribuição, a função integrativa dos usos setoriais assume especial relevância ao produzir reflexos sobre o regime jurídico aplicável. A tipicidade social<sup>54</sup> deste contrato prescreve que, na ausência de regramento particular, se recorra aos usos e costumes, para somente depois ter lugar a analogia a contratos semelhantes, conforme se examinará no item 5.1 do presente capítulo.

O princípio da boa-fé objetiva e os usos setoriais são, portanto, as principais fontes para integrar os contratos. No contrato de distribuição, o manejo correto de tais ferramentas contribuirá de maneira ainda mais destacada para definir o conteúdo do negócio. Assim, ao examinar os elementos essenciais, naturais e acidentais e, finalmente, o papel da boa-fé objetiva e dos usos setoriais para a integração das lacunas presentes no contrato de distribuição pode-se descrever juridicamente o contrato de distribuição e, por consequência, definir seu objeto.

### 3.3 Forma

Após investigar as partes e o objeto do contrato de distribuição, cumpre, nesse momento, a fim de concluir a análise do plano de existência do contrato ora objeto de estudo, examinar a forma do contrato de distribuição.

A forma é o meio pelo qual o agente expressa sua vontade<sup>55</sup>. Pode ser escrita, oral ou gestual. A declaração, em certas situações, pode resultar ainda do silêncio ou de um comportamento passível de ser valorado como declaração de vontade. Todo contrato, manifestando-se por um ou outro meio, reclama uma forma<sup>56</sup>. Não há, de modo mais preciso, um negócio jurídico sem ela. A forma, portanto, é elemento de existência de todo negócio jurídico<sup>57</sup>.

No direito brasileiro, a escolha da forma é, em regra, livre. Não raro, porém, a lei exige a adoção de forma especial. Nessa hipótese, a forma específi-

<sup>54</sup> Contrato socialmente típico é aquele cuja tipicidade foi cunhada por seu reiterado emprego pelo mercado, ou seja, o negócio foi de tal maneira difundido na praxe social e econômica que possibilitou o seu reconhecimento como um tipo negocial, em detrimento da ausência de regramento legal. Este tema será analisado com mais vagar a seguir no item 5.1 deste capítulo.

<sup>55</sup> Para aprofundamento sobre as funções desempenhadas pela forma no direito contratual brasileiro, cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 159-218.

<sup>56</sup> Cf. ROPPO, Enzo. *Il contratto*, op. cit., p. 206.

<sup>57</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*, op. cit., p. 32.

ca, nos termos do art. 104 do Código Civil, assume a qualidade de requisito de validade e deve ser observada para que o negócio ingresse regularmente no mundo jurídico.

O contrato de distribuição, diferenciando-se dos chamados contratos solenes, não requer forma específica<sup>58</sup>. Encontra-se, mormente, sob a forma escrita, mas não há exigência de tal. Além disso, sua execução leva igualmente à formação do vínculo obrigacional por configurar aceitação tácita à proposta, conforme ensina a doutrina<sup>59</sup>, secundada pela jurisprudência<sup>60</sup>.

O exame da forma do contrato de distribuição encerra o estudo dos elementos de existência necessários para a caracterização deste tipo negocial. De maneira bastante sucinta, pode-se afirmar que o exame das partes, do objeto e da forma revelou que o contrato de distribuição é um negócio tipicamente empresarial, não solene, pelo qual o distribuidor adquire as mercadorias do fornecedor para posteriormente empenhar-se na revenda, de acordo com uma série de regras que coordenam a atividade, e comumente integram o distribuidor à rede concebida pelo fornecedor.

#### 4 As diferenças em relação aos contratos afins

No item anterior, o contrato de distribuição foi detidamente caracterizado. No entanto, para sua completa e exata compreensão, cumpre ainda diferenciá-lo de tipos negociais que guardam com ele alguma semelhança.

Nessa tarefa, deve-se anotar, primeiramente, a generalidade da expressão contratos de distribuição, a qual comporta duas acepções. O termo em seu

<sup>58</sup> Posicionamento diverso é encontrado em Orlando Gomes. Segundo o autor, trata-se de contrato formal, cuja celebração deve se realizar por meio de instrumento particular (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 464). O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em linha, decidiu que "o contrato de distribuição só pode ser celebrado por escrito, sendo inaceitável o emprego da forma verbal em razão da complexidade das cláusulas e condições que devem integrar esse tipo de contrato" (TJPR, Ap. Cív. nº 0124804-2, 1ª Câm. Cív., r. Des. Pacheco Rocha, j. 01.10.2002).

<sup>59</sup> Cf. TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Comentários sobre: Contrato mercantil. Proposta. Aceitação. Inexistência de manifestação expressa. Art. 1079 do CC. Silêncio circunstanciado que significa manifestação tácita da vontade. Cobrança procedente. Recurso não provido. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 23, n. 53, p. 119-122, jan./mar. 1984.

<sup>60</sup> "Contrato de distribuição. Parte que efetivamente atuava como distribuidora de produtos da ré. Contrato caracterizado, ainda que não escrito" (1ª TACivSP, Ap. Cív. nº 768.938-3, 2ª Câm., r. Des. Cyro Bonilha, j. 18.08.1999). No mesmo sentido, STJ, REsp nº 1.255.315, r. Min. Nancy Andrighi, j. 13.09.2011 e TJSJ, Ap. Cív. nº 7.029.588-8, 23ª Câm. Dir. Priv., r. Des. Rizzatto Nunes, j. 05.03.2008.

sentido mais amplo reporta aos contratos que visam a conectar, pelo sistema de venda indireta, a fase produtiva à distributiva. São ainda empregadas, a fim de evitar confusões terminológicas, as expressões contratos da distribuição ou contratos em matéria de distribuição. Aqui encontram-se a agência (ou representação comercial), a comissão e a franquia.

O termo contrato de distribuição em sentido estrito, por sua vez, refere-se a uma das espécies abrangidas pelo gênero. Também conhecido como contrato de concessão comercial e, conforme já elucidado, objeto do presente percurso investigativo.

O confronto do negócio ora objeto de estudo com outras figuras possibilitará o teste da exatidão dos elementos essenciais, naturais e acidentais traçados no item 3.2 acima. Por meio da comparação, pretende-se, portanto, confirmar as características que definem o contrato de distribuição.

De modo mais preciso, pode-se afirmar que a comparação entre contrato de distribuição e, do outro lado, a agência, a comissão e ainda o contrato estimatório coloca em evidência a qualidade de proprietário do distribuidor.

A tarefa de estremar o contrato de distribuição da franquia revela-se bastante árdua, mas, indubitavelmente, afasta a integração e a cooperação entre os partícipes como elemento definidor do tipo negocial ora tratado.

O cotejo com o contrato de fornecimento corrobora, por fim, que não basta a compra da mercadoria e, por conseguinte, demonstra a relevância da revenda para se definir o contrato de distribuição.

Por todo o exposto, não resta dúvida sobre a importância do presente item para a exata caracterização do tipo negocial ora objeto de estudo. Cumpre, em virtude disso, proceder a cada uma dessas comparações.

#### 4.1 Contrato de agência (representação comercial)

O contrato de representação comercial rege-se pela Lei nº 4.886/65. Com o advento do Código Civil de 2002, o contrato de agência foi disciplinado nos arts. 710 a 721. A adoção de tal terminologia suscitou dúvidas na doutrina, porquanto se discute se agência e representação comercial são termos sinônimos ou se designam tipos contratuais diversos.

De acordo com o art. 710 do diploma civil, na agência uma pessoa assume, não eventualmente e sem subordinação, a obrigação de promover,

**ANA CAROLINA DEVITO DEARO ZANETTI**

# **CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO**

**O INADIMPLEMENTO RECÍPROCO**

**DIREITO COMERCIAL  
BIBLIOTECA**

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. - 2015