

DUAS REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE AGÊNCIA: IDENTIDADE/DISTINÇÕES PERTINENTES E CRITÉRIOS PRÓPRIOS NA APLICAÇÃO DA REGRA DA RAZÃO ANTITRUSTE*

JOSÉ INACIO FERRAZ DE ALMEIDA PRADO FILHO

I – Circulação e contratos da distribuição. II – Relações do tipo agente principal na “common law”. III – Contratos de agência e de distribuição: a) Definição e distinções: agência, representação comercial e distribuição; b) Contrato de agência (ou representação comercial): disciplina interna; c) Contrato de agência (ou representação comercial): disciplina externa. IV – Conclusões. Bibliografia.

I – Circulação e contratos da distribuição

Como bem argumentado por Francesco Carnelutti, a atividade econômica de produção de bens e de distribuição da riqueza atingiria apenas a sua medida mínima de seu benefício sem a *atividade de circulação*: de um lado, não seria possível a divisão do trabalho, já que ninguém se especializa na produção de um único bem se não puder trocar o seu excedente por outras mercadorias de que precisa; de outro lado, somente pela circulação os bens se distribuem segundo as necessidades das pessoas, transferindo-se por trocas sucessivas até chegarem àqueles que mais os valorizam.¹

* Agradecimentos especiais a Marcos Paulo de Almeida Salles e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, pelos valiosos comentários e sugestões sobre as versões anteriores deste trabalho. Eventuais equívocos, evidentemente, são de única e exclusiva responsabilidade do autor.

1. Francesco Carnelutti, *Teoria Giuridica della Circolazione*, p. 1.

O maior obstáculo à circulação dos bens está em procurar a coincidência entre duas situações: a de quem tem menos do que o necessário de um determinado bem para satisfazer suas necessidades, e a de quem tem mais do que o necessário desse mesmo bem. O meio econômico por que se conectam essas duas situações, segundo Carnelutti, pode ser subjetivo (*i.e.*, o comerciante, cuja função é de típico intermediário na circulação do bem) ou objetivo (*i.e.*, a moeda, que funciona como denominador comum e um termo intermediário entre dois bens a serem trocados). A interposição do comerciante e da moeda converte uma troca difícil de ser obtida (mercadoria por mercadoria, entre os titulares de dois bens diferentes), em duas trocas sucessivas que podem ser obtidas com maior facilidade (mercadoria por dinheiro, e dinheiro por outra mercadoria, seja entre o comerciante e os titulares de dois bens distintos, seja entre três titulares de bens distintos).²

2. Idem, pp. 8-9.

O agente detém posição semelhante àquela descrita por Carnelutti sobre o comerciante: sua função é *auxiliar* o produtor, que tem mais do que o necessário para atender às suas necessidades da mercadoria produzida, para que ele possa atingir os seus consumidores, que têm menos do que o necessário. O agente desempenha esse papel por meio de uma atividade de promoção dos negócios do proponente, em uma determinada área, mediante remuneração (cf. art. 710 do Código Civil, a definir o *contrato de agência*).

Essa finalidade típica do contrato de agência permite reconduzi-lo a um gênero mais amplo, nomeado pela doutrina italiana como “contratos *da* distribuição”, cuja função econômica é organizar e tratar o comércio dos produtos de um fabricante em um dado território, categoria econômica que envolve os contratos de distribuição, franquia, agência, comissão e outros que viabilizam o escoamento da produção em direção ao mercado, de modo a atender ao demandado.³ Ainda que a função conspícua dos contratos em geral seja atuar juridicamente a circulação dos bens (daí Carnelutti defini-los como os *instrumentos jurídicos da circulação*),⁴ esse con-

junto de contratos *da* distribuição tem as particularidades de encontrarem, na própria atividade de circulação, seu objetivo primário e típico, e de permitirem ao produtor algum grau de planejamento e ordenação da forma como seus produtos serão oferecidos em mercado.⁵

A figura jurídica da *agência* ganhou impulso após as transformações da Revolução Industrial, que estabeleceram a necessidade de uma atividade de colaboração estável, contínua e coordenada para a distribuição dos produtos, e que, a partir da segunda metade do século XIX, vieram a estabelecer um elo orgânico de conjugação entre a produção industrial de massa e os consumidores finais, com o surgimento da figura do agente de comércio.⁶ Surgidas as indústrias, o desenvolvimento do comércio daí resultante exigiu novos processos de intermediação para atender à expansão do mercado interno, tendo a mediação se

5. A capacidade de planejamento e ordenação do sistema de distribuição pelo produtor é um aspecto extremamente importante para avaliar as *restrições verticais*, cláusulas contratuais ou práticas comerciais impostas pelos produtores aos distribuidores *lato sensu*, um dos problemas jurídicos mais importantes em matéria de contratos da distribuição.

6. Roberto Baldi, *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, cit., pp. 11-12, 17: “Il sorgere della concezione di ausiliarietà quale funzione di distribuzione commerciale in senso organico, quale anello di congiunzione tra la produzione industriale ed il collocamento dei prodotti presso il consumatore, si verifica però solo verso la metà del secolo scorso. È infatti la rivoluzione industriale, con la produzione in serie, che consente la trattazione di ffari sulla base di semplice compioni, e con la diffusione capillare dei prodotti, che determina un mutamento radicale nelle forme di ausiliarietà, attraverso la creazione di attività e di collaborazioni stabili, continue e cordinate, corrispondenti alle nuove esigenze, e che assumono fisionomie ed aspetti nuovi, mai esistiti in precedenza. (...) Sull'origine degli agenti, apparsi nel mondo degli scambi commerciali verso la metà del secolo scorso, lo scrivente ha spesso altrove la sua opinione, precisando che essi, per la loro attività svolta in piena autonomia, per conto dei terzi, si ricollegano ai commissionari, mandatarî a titolo oneroso, di cui sostituiscono, per le mutate esigenze dei tempi”.

3. Cf. Paula Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, p. 46; Jorge Lobo, *Contrato de “Franchising”*, p. 1; Roberto Baldi, *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, pp. 7-8: “Per distribuzione commerciale si deve intendere nell'economia moderna quell'insieme di attività di intermediazione che consentono al produttore di raggiungere il consumatore. (...) Le considerazioni ora svolte portano alla conclusione che può oggi parlarsi di un 'diritto della distribuzione commerciale' come materia giuridica a se stante, che richiede un generale e unitario inquadramento, valutazione e disciplina giuridica. Il diritto della distribuzione commerciale, ingloba pertanto in forma organica e coordinata le figure di intermediari-collaboratori che attuano con il produttore quella che suol chiamarsi integrazione verticale, con esclusione pertanto di quelle attività, pure di distribuzione, che vengono attuate attraverso le imprese di vendita all'ingrosso e l'attività di commercio al dettaglio, e che sono al di fuori degli schemi che sono stati ora delineati”.

4. Francesco Carnelutti, *Teoria Giuridica della Circolazione*, cit., p. 16.

imposto como atividade auxiliar e independente das empresas industriais e atacadistas, que se valiam desses auxiliares para atingir a sua clientela de forma mais funcional e econômica.⁷ Mas antes de discutir as questões e problemas específicos do contrato e agência, convém distingui-lo do conceito de *agency* empregado nos países de *common law*.

II – Relações do tipo agente principal na “common law”

Nos países de *common law*, o conceito de *agency* é empregado em uma ampla gama de situações, constituindo um dos pilares de sustentação deste sistema jurídico.⁸ Para uma ideia da importância que esse conceito desempenha nos sistemas jurídicos de raiz anglo-saxônica, quando o *American Law Institute* começou a compilar seus influentes resumos da *common law*, conhecidos como *Restatements of the Law*, o documento que tratou da relação de

7. Rubens Requião, “Representante comercial – Natureza jurídica de sua atividade”, in *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, vol. 1, p. 187. O mesmo autor destaca o desenvolvimento da figura da representação comercial a partir dos contratos de locação de serviços e do mandato; juntamente com outros colaboradores independentes, essa estrutura permitia o trabalho autônomo com mais desenvoltura e sem os encargos sociais que começavam a ser impostos sobre o trabalho assalariado a partir do século XX; tal “desproteção” dos agentes e representantes comerciais levou à adoção de legislação própria, de caráter protetivo e social, fruto de pressões feitas pelas entidades e associações de classe (cf. “Autonomia da representação comercial – Relação de trabalho e relação de emprego”, in *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, vol. 2, p. 98).

8. Cf. Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Casto, “O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002”, in J. Hamilton Bueno e Sandro G. Martins (coords.), *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Art. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*, p. 249.

agency foi o segundo a ser produzido, logo após o que tratou dos contratos.⁹

Como se pode ler no § 1.01 do *Restatement (third) of Agency*, a relação agente principal está muito ligada à noção de *representação*, com seu conteúdo acrescido por elementos de confiança e de direção pelo representado (dito *principal*).¹⁰ A geração de relações jurídicas envolvendo diretamente o principal, advindas das atividades do agente, foi estabelecida nos §§ 6.01, 6.02 e 6.03 do *Restatement (third) of Agency*, que determinam a participação necessária do principal em contratos gerados por agentes ditos “revelados”, e sua participação natural em contratos gerados por agentes ditos “não revelados”.¹¹

9. Cf. Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Casto, “O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002”, cit., p. 249.

10. Assim está redigido o texto compilado: “§ 1.01. Agency defined: Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a ‘principal’) manifests assent to another person (an ‘agent’) that the agent shall act on the principal’s behalf and subject to the principal’s control, and the agent manifests assent or otherwise consents so to act”. Para a semelhança entre as relações de *agency* e o mandato romano-germânico, cf. Roland Sérroussi, *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*, p. 128.

11. A esse respeito, convém destacar a existência de três tipos de principais: (i) *disclosed principals*, quando o agente interage com terceiros que não apenas sabem que ele atua em nome de um principal, mas também conhecem a própria identidade do principal; (ii) *unidentified principal*, quando o agente interage com terceiros que sabem que ele atua em nome de um principal, mas não conhecem a identidade do principal; e (iii) *undisclosed principal*, quando o agente interage com terceiros que não sabem da existência de qualquer relação de *agency* (cf. § 1.04 do *Restatement [third] of Agency*). As implicações na representação dependerão de qual tipo de *agency* foi estabelecido: para *disclosed agency*, o principal e o terceiro são partes do contrato, mas o agente não é, exceto se acordado em sentido diferente (cf. § 6.01 do *Restatement [third] of Agency*); para *unidentified agency*, o principal e o terceiro são partes do contrato, assim como o agente, exceto se acordado em sentido diverso (cf. § 6.02 do *Restatement [third] of Agency*); para *undisclosed agency*, o agente e o terceiro são partes no contrato, e o principal também será parte (inclusive valendo exceções

As particularidades deste tipo de relação ficam mais claras em uma avaliação dos deveres atribuídos ao agente pelo *Restatement (third) of Agency*. Foi estabelecido um *princípio geral fiduciário*, devendo o agente atuar lealmente para o benefício do principal, em todos os assuntos relacionados à relação de *agency* (cf. § 8.01); estabeleceram-se também diversos deveres específicos de lealdade: (i) não adquirir benefícios materiais de terceiros por conta de negociações ou ações adotadas em nome do principal, ou mesmo por sua posição como agente (cf. § 8.02); (ii) não atuar em conflito formal de interesse com o principal (cf. § 8.03); (iii) durante a relação de *agency*, não concorrer com o principal ou auxiliar seus competidores, ainda que o agente possa preparar sua entrada como concorrente depois de encerrada a relação (cf. § 8.04); (iv) não usar os bens do principal em benefício próprio ou de terceiros, assim como não comunicar informações confidenciais do principal para uso próprio ou em benefício de terceiros (cf. § 8.05). Em matéria de resultado, o *Restatement (third) of Agency* também estabelece alguns deveres que reforçam as relações fiduciárias do agente: (i) atuar com cuidado, competência e diligência normalmente exercidos pelos agentes em circunstâncias semelhantes, incluídos na determinação do padrão de cuidado as habilidades e conhecimentos especiais detidas ou apregoadas pelo agente (cf. § 8.08); (ii) agir dentro dos limites de seus poderes, e cumprir com todas as instruções fornecidas pelo principal (cf. § 8.09); (iii) agir de forma razoável e não adotar condutas capazes de lesar a atividade do principal (cf. § 8.10); (iv) transmitir informações ao principal que sejam do interesse do principal, desde que não haja violação de deveres superiores perante terceiros (cf. § 8.11); (v) não negociar com bens do principal como se fossem seus, não promover confusão patrimonial

personais), exceto se excluído pelo contrato (cf. § 6.03 do *Restatement [third] of Agency*).

com os bens do principal e prestar contas (cf. § 8.12).

Com relação aos deveres do principal, o *Restatement (third) of Agency* os estabelece em duas disposições: § 8.14, constituindo o dever de indenizar o agente por pagamentos e prejuízos, e § 8.15, constituindo o dever geral de o principal agir de forma justa e de boa-fé, incluída a revelação de informação ao agente sobre os riscos de danos físicos ou perdas pecuniárias porventura conhecidos.

Em suma, o emprego do conceito de *agency* na *common law* é muito mais amplo do que a relação estrita de distribuição de bens; ainda que nada pareça impedir sua utilização com a finalidade de auxiliar a circulação de bens, a relação formalizada desta maneira virá acrescida de toda a fidúcia própria desta figura.

III – Contratos de agência e de distribuição

a) Definição e distinções: agência, representação comercial e distribuição

Ao teor do art. 710 do Código Civil, o contrato de agência consiste no exercício da *atividade* de promoção de negócios de terceiros (*i.e.*, a obrigação de promover negócios em caráter não eventual) havida sem dependência e mediante remuneração específica, em zona determinada. Pode o proponente conferir ou não poderes para que o agente o represente na conclusão do negócio, caso em que existirá também contrato de mandato; a relação a ser constituída sempre opõe o proponente e o consumidor: o agente não é parte do negócio, mas apenas aproxima os contratantes, podendo representar uma das partes, se detiver poderes específicos para tanto.

Aqui já se distingue o contrato de agência dos contratos de comissão (arts. 693-709 do Código Civil) e do contrato estimatório (arts. 534-537, do Código Civil),

já que tanto o comissário quanto o consignatário negociam mercadoria que não lhes pertence em seu próprio nome, mas no interesse do comitente/consignante; o agente apenas aproxima as partes para contratarem e, mesmo quando intervém, conclui o contrato em nome do proponente. A agência também se distingue da corretagem (arts. 722-729 do Código Civil) porque tem na habitualidade e estabilidade elementos essenciais de sua *fattispecie*; admite-se a corretagem para atos isolados, mas a agência é, necessariamente, uma atividade.¹² Além disso, o corretor coloca-se em uma posição de imparcialidade entre as partes do negócio, enquanto o agente é sempre ligado a uma das partes.¹³⁻¹⁴

Grande discussão existe sobre a identidade ou não entre os contratos de agência

12. A esse respeito, cf. STJ, REsp n. 53.192-RS (relator Min. Milton Luiz Pereira, DJ 23.10.1995): “a característica básica da corretagem é a sua transitoriedade. O corretor, sob a forma autônoma ou de pessoa jurídica, não se liga ao comitente de modo permanente. (...) Já o representante comercial, pessoa física ou jurídica, tem características profissionais completamente diferentes. A que mais ressalta é a permanência de sua relação com a representada”. O mesmo entendimento também foi expressado no voto vista do Min. Milton Luiz Pereira no REsp n. 67.486-7-RS.

13. A característica de *unilateralidade* é apontada por Jorge Lobo como elemento essencial do contrato de agência, sob argumentando de que o agente atua apenas em favor do proponente, e neste aspecto, diferencia-se do contrato de corretagem, na medida em que o corretor atua para conciliar os interesses das duas partes intermediadas (cf. Jorge Lobo, *Contrato de “Franchising”*, cit., p. 3). Orlando Gomes fala no conceito de *imparcialidade* presente no contrato e mediação, não tendo o corretor parte ativa no contrato, aparentemente com o mesmo significado (cf. *Contratos*, 24ª ed., p. 367).

14. Maria Helena Diniz resume muito bem os requisitos de estabilidade e parcialidade do agente: “O contrato de representação comercial pertence ao gênero dos contratos de intermediação, do qual o mais peculiar é a corretagem, com o qual não se confunde, visto que enquanto a corretagem é uma atividade eventual em relação ao comitente, agindo o corretor no interesse das duas partes, o representante comercial age, permanente, profissional e habitualmente, em prol da empresa representada” (cf. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 3, 21ª ed., p. 416).

e os de representação comercial autônoma, disciplinados pela Lei n. 4.886/1965, especialmente diante da semelhança de redação entre o art. 710 do Código Civil e o art. 1º da Lei n. 4.886/1965.

Parte da doutrina identifica as duas figuras como idênticas. Paula Forgioni ressalta que a Lei n. 4.886/1965 permanece em vigor, ao lado das disposições do Código Civil, por força do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: não tendo havido revogação expressa da Lei n. 4.886/1965 quando da entrada em vigor do Código Civil (instituído pela Lei n. 10.406/2002), não tendo sido a matéria inteiramente regulada no Código Civil, e nem havendo incompatibilidade entre os dois textos, ambos permaneceriam em vigor.¹⁵ Jairo Saddi, indo um pouco mais a fundo, argumenta que a Lei n. 4.886/1965 e o Código Civil são diplomas suplementares e coexistentes, especialmente diante do art. 721 do Código Civil, que expressamente ressalva a aplicação das disposições constantes “*de lei especial*” ao contrato de agência; complementa considerando revogadas apenas as disposições da Lei n. 4.886/1965 incompatíveis com o Código Civil, a saber: a presunção de exclusividade, que passou a existir *vis-à-vis* o art. 711 do Código Civil, e o prazo de aviso prévio, que era de 30 (trinta) dias nos termos do art. 34 da Lei n. 4.886/1965 e passou a ser de 90 (noventa) dias, e desde que compatível com os investimentos feitos pelo agente, nos termos do art. 720 do Código Civil.¹⁶

Todavia, a lição mais clara sobre o assunto já havia sido manifestada por Rubens Requião. Apesar de concordar com a posição de Pontes de Miranda – de que a designação “agente comercial” deveria

15. Paula Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, pp. 95-96.

16. Jairo Saddi, “Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 42, n. 129, pp. 54-55.

ser usada para o agenciador de propostas a serem entregues ao proponente, enquanto o termo “representante comercial” deveria ser utilizado para aqueles colaboradores que detivessem poderes efetivos para praticar atos relacionados à execução dos negócios —, Rubens Requião argumenta que o sistema adotado pela Lei n. 4.886/1965 impediria essa distinção. Ao permitir ao representante comercial praticar ou não atos relacionados à execução dos negócios intermediados, o texto legal vigente fundiria as figuras do agente e do representante comerciais (cf. art. 1º, *caput* e parágrafo único, Lei n. 4.886/1965). Requião ainda lembra a legislação civil italiana de 1942, que regularia a mesma relação jurídica batizando-a de agência, e o histórico legislativo brasileiro, em especial o Projeto de Código Comercial Florêncio de Abreu e o Projeto de Lei n. 1.171/1949, ambas tentativas legislativas naufragadas e que faziam a distinção entre agente e representante comerciais conforme o intermediário tivesse ou não poderes de representação, na linha de Pontes de Miranda.¹⁷

Algumas posições doutrinárias defendem a diferenciação entre os contratos de agência e representação comercial, cada uma delas fundamentando-se em razões distintas, mas nenhuma parece razoável. Rubens Edmundo Requião argumenta que haveria 4 (quatro) focos de distinção: (i) o *campo de atuação* do representante co-

mercial estaria limitado apenas a negócios mercantis (cf. art. 1º da Lei n. 4.886/1965), enquanto o contrato de agência não sofreria tal limitação, e poderia agenciar qualquer tipo de negócio; (ii) o papel de agente deveria ser exercido apenas por *pessoa física*, por força do art. 719 do Código Civil; (iii) o *prazo de aviso prévio* para encerramento do contrato de agência seria de 90 (noventa) dias, diferenciando-o do contrato de representação comercial, cujo prazo seria de 30 (trinta) dias; (iv) a *necessidade de amortização de investimentos*, à luz do art. 473 do Código Civil, estaria reservada apenas aos contratos de agência, em uma leitura estrita da Lei n. 4.886/1965.¹⁸

Na vigência exclusiva da Lei n. 4.886/1965, Rubens Requião já havia esclarecido que contratos civis poderiam ser objeto de representação comercial, de forma que não haveria razão para reintroduzir uma distinção já descartada em matéria de representação comercial.¹⁹ Com relação ao art. 719 do Código Civil, sua existência não parecer restringir um dos polos da relação jurídica apenas a pessoa física, mas tão somente

18. De Rubens Edmundo Requião, *Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma (o Contrato de Agência e Distribuição no Código Civil de 2002)*, 3ª ed. e “Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição”, in J. Hamilton Bueno e Sandro G. Martins (coords.), *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Art. 710 a 721)*, EC 45/2004: *Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*, pp. 189-190.

17. Rubens Requião, *Do Representante Comercial: Comentários à Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, e à Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992*, 9ª ed., pp. 47-48. O art. 1º do Projeto 1.171/1949 tinha a seguinte redação “Art. 1º. Considera-se agente comercial quem de maneira estável, em caráter profissional, sem dependência econômica e subordinação hierárquica, realiza numa determinada zona, por conta de uma ou mais empresas, os atos de comércio peculiares à promoção de negócios, agenciando propostas e transmitindo-as aos seus representantes para aceitação. Parágrafo único. Denomina-se especificamente representante comercial o agente que tem poderes de representação para concluir os negócios promovidos, aplicando-se-lhes as disposições desta lei no que forem compatíveis com o mandato mercantil”.

19. Rubens Requião, *Do Representante Comercial*, cit., p. 80: “Não há motivo para não se incluir sob a tutela da Lei n. 4.886 a atividade que o representante comercial exerça também em relação aos negócios civis. Pode perfeitamente; e não existe nenhuma incompatibilidade doutrinária que impeça o mesmo representante de agenciar negócios para empresas civis, como empresas de serviços, empresas agrícolas ou pecuárias. (...) A interpretação que se deve dar à expressão ‘negócios mercantis’ há de ser no sentido econômico, isto é, de negócios que vise a proveito pecuniário ou lucro. Assim devem ser incluídos na órbita das atividades de representação comercial os negócios de objetivos lucrativos, embora de natureza civil”.

criar um direito especial para herdeiros de agente pessoa física.²⁰ Com relação ao aviso prévio e à aplicação do art. 473 do Código Civil, trata-se de resolver o conflito aparente de normas: as disposições da lei mais recente (*i.e.*, art. 711 do Código Civil, disposição que inclusive ressalva a necessidade de compatibilizar o fim do contrato com os investimentos feitos) revogam as da lei anterior, e as regras gerais estabelecidas pelo Código Civil (aí incluído o art. 473) passam a ter aplicação geral na vida contratual.

Apesar de estar ressalvada a validade dos contratos já assinados quando da entrada em vigor do novo Código Civil, por constituírem ato jurídico perfeito (cf. art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil), os seus efeitos produzidos na vigência da lei civil nova por ela se regerão, nos termos do art. 2.035 do Código Civil. Dessa forma, parece-me que as regras sobre aviso prévio e rescisão contratual têm aplicação imediata aos eventos posteriores a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002, ainda que relacionados a contratos anteriores.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto argumenta que o contrato de agência seria um tipo aberto, mais abrangente que a representação comercial; esta última seria uma das espécies de contrato de agência, contendo necessariamente os elementos de (i) colaboração mais intensa, nos termos dos arts. 28 e 30 da Lei n. 4.886/1965; (ii) obrigação de resultado, nos termos do art. 32 da Lei n. 4.886/1965 (enquanto as disposições do Código Civil trariam do assunto com alguma ambiguidade: cf. art. 717, com um tom supostamente mais próximo de uma obrigação de meio, ao falar em “serviços úteis”, e art. 714, para uma

impressão mais próxima de uma obrigação de resultado, ao atribuir ao agente a remuneração por todos os negócios realizados em sua área).²¹ A generalidade das regras do Código Civil, em oposição aos termos bem mais específicos da Lei n. 4.886/1965, não parecem conduzir à separação entre os contratos de agência e representação comercial como de gênero e espécie. Seria de se esperar disposições genéricas no Código Civil, especialmente diante da existência de lei especial cuja vigência não foi revogada, e cuja aplicabilidade ao contrato de agência foi expressamente consignada no art. 721 do Código Civil. Com relação à natureza de obrigação de meio ou de resultado, as disposições do Código Civil citadas por Gonçalves Neto parecem funcionalizadas para outras questões; no caso do art. 714, a finalidade parece ser complementar as disposições sobre exclusividade que constam do art. 711, valendo ser destacada a natureza dispositiva de ambos esses artigos; no caso do art. 717, a finalidade parece ter sido impedir o empobrecimento injustificado do agente.

Carlos Alberto Hauer de Oliveira diferencia os dois contratos pelo *modus operandi*, em uma interpretação bastante estrita da Lei n. 4.886/1965, que seria aplicável apenas ao “tirador de pedidos”. O contrato de agência seria um gênero de que a representação constitui espécie, mas uma espécie fortemente regulada por uma legislação social protetiva, destinada a ser aplicada apenas àqueles agentes hipossuficientes, os “tiradores de pedido”. Diante da possibilidade de celebração de contrato atípicos (cf. art. 425 do Código Civil), não parece necessário uma interpretação tendente a separar os contrato de agência e distribuição

20. Assim ficou redigido o dispositivo: “Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo este direito aos herdeiros no caso de morte”.

21. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002”, in J. Hamilton Bueno e Sandro G. Martins (coords.), *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Art. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*, pp. 212-213.

respectivamente como gênero (pouco regulamentado) e uma de suas espécies (a mais fortemente regulada). Os contratantes interessados em uma estrutura mais ágil e menos regulamentada podem adotar contratos atípicos contendo as cláusulas que melhor se ajustem às suas necessidades.

Assim, diante da semelhança de redação entre o art. 1º da Lei n. 4.886/1965 e o art. 710 do Código Civil, do histórico legislativo nacional (que esboçara a distinção entre agente e representante comerciais segundo o critério da detenção de poderes para execução do negócio intermediado, para depois afastá-la fundindo as duas figuras), da ressalva expressa do art. 720 do Código Civil (sobre a aplicação de lei especial ao contrato de agência) e da existência de incompatibilidades mínimas e pontuais entre a Lei n. 4.886/1965 e os arts. 710-721 do Código Civil, parece-me que os *nomem juris* agência e representação comercial designam a mesma relação jurídica.²²

Distinção menos problemática, mas não sem necessidade de cuidado, diz respeito ao *contrato de distribuição* previsto na parte final do art. 710 do Código Civil. Trata-se de uma modalidade específica de contrato de agência, qualificado quando o agente tem “à sua disposição a coisa a ser negociada”. O termo disposição, aqui, parece ter sido empregado em sentido coloquial, significando a detenção ou posse do bem pelo agente; se o legislador tivesse intenção de se referir ao poder de disposição que integra o domínio (cf. art. 1.228, *caput*, Código Civil), deveria ter dito haver distribuição quando o agente “tem poder de disposição sobre a coisa a ser negociada”, hipótese que poderia confundir

o contrato de agência-distribuição com o contrato estimatório ou com o negócio atípico de distribuição (= concessão comercial). Alguns autores defendem interpretação do termo *disposição* em sentido ainda mais coloquial, no sentido de estar a coisa livre e desimpedida para ser entregue rapidamente ao comprador, ainda que na posse de terceiros (e.g., depositada em armazém geral ou estocada).²³

Assim, o contrato de distribuição previsto no Código Civil não se confunde com o negócio atípico misto de distribuição, também conhecido como *concessão comercial*, em que o distribuidor propriamente dito não faz a intermediação ou agenciamento de propostas, mas adquire a mercadoria do produtor para revendê-la aos consumidores, extraindo seu proveito econômico do eventual lucro auferido (a chamada *margem de comercialização*); nesses negócios, há transferência da propriedade do fornecedor ao distribuidor, e posteriormente, nova transferência de propriedade para o consumidor.²⁴

Importante destacar que foi disciplinada apenas uma modalidade de contrato de distribuição: a concessão para venda de veículos automotivos, disciplinada pela Lei n. 6.729/1979 (chamada “Lei Ferrari”), e que tem por objeto não somente a comercialização dos veículos, implementos e componentes, mas também a prestação de assistência técnica (inclusive atendimento em garantia e revisão) e o licenciamento para uso gratuito da marca do concedente (cf. art. 3º, incs. I, II e III, da Lei n. 6.729/1979). Fora este caso, o negócio de distribuição permanece atípico, e o pouco uso do nome *concessão comercial* talvez seja explicado para evitar confusão com o contrato previsto na Lei n. 6.729/1979.

22. Cf. também, nesse mesmo sentido e além dos autores já citados, Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Casto, “O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002”, cit., p. 249; Orlando Gomes, *Contratos*, 24ª ed.; Maria Helena Diniz, *Direito Civil Brasileiro*, cit., vol. 3, pp. 414 e ss.; Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 13ª ed.; Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 15ª ed.

23. Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Casto, “O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002”, cit., p. 264.

24. Paula Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, cit., p. 59.

Ainda que o contrato de distribuição se qualifique por operações de compra e venda em caráter estável e não eventual, ele não absorve as operações de compra e venda singulares sob ele abrigadas, fazendo-as desaparecer; ao contrário: cada operação tem existência jurídica específica, distinta de eventual unidade da operação econômica de circulação do bem. Nesse sentido, Rubens Requião segue Remo Franceschelli, e adverte que o contrato de distribuição existe e subsiste independentemente da efetivação ou não das compras e vendas individuais.²⁵

b) Contrato de agência (ou representação comercial): disciplina interna

Do art. 710 do Código Civil podem ser extraídos os elementos essenciais do contrato de agência: (i) obrigação de promover negócios do proponente, facilitando a conclusão de contratos; (ii) estabilidade (*i.e.*, natureza não eventual); (iii) autonomia; (iv) atuação por conta de outrem, de forma unilateral; (v) direito à remuneração, pelo resultado de aproximação útil;²⁶ (vi) direito a uma zona determinada, que pode ou não ser exclusiva.²⁷

25. Remo Franceschelli, "Natura giuridica della compravendita con esclusiva", in *Del Vecchio al Nuovo Diritto Commerciale*, p. 435, n. 5; Rubens Requião, "O contrato de concessão de venda com exclusividade", in *Aspectos Modernos do Direito Comercial*, vol. 1, pp. 127-128.

26. Como bem apontado por Rubens Requião, essa característica distingue o contrato de agência da simples prestação de serviço: "O contrato de representação comercial (...) não é simples locação de serviço, pois nele, não se remunera o trabalho do agente, mas o resultado útil dele decorrente" (cf. "Representante comercial - Natureza jurídica de sua atividade", cit., p. 188).

27. A doutrina italiana, paradigma que inspirou o legislador brasileiro ressalta esses elementos: cf. Augusto Baldassari, *I Contratti di Distribuzione - Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising*, p. 3: "nella sua forma tipica, il contratto di agenzia risulta così caratterizzato dallo svolgimento da parte dell'agente, a su rischio e dietro compenso, di un'attività economica, organizzata e autonoma,

Segundo Auletta e Salanito, o encargo atribuído ao agente deve ser *estável e duradouro*, características reconhecidas também pela jurisprudência italiana, sendo a estabilidade considerada o principal elemento para distinguir o negócio jurídico de agência do mandato.²⁸ O agente se apresenta, nas palavras de Roberto Baldi, como a figura mais típica do intermediário moderno, que mantendo sua autonomia, desenvolve uma atividade de estrita colaboração comercial com o proponente, em uma relação que se protraí no tempo, com caráter de estabilidade e continuidade que é requerido pela exigência moderna da distribuição comercial.²⁹

A autonomia fruída pelo agente implica que ele pode organizar sua atividade

concretamente inun risultato di lavoro e vincolata al preponente da un stabile rapporto di collaborazione"; Giuseppe Auletta e Niccolò Salanito, *Diritto Commerciale*, 14ª ed., p. 462: "L'agente se obbliga a svolgere - in modo continuativo e in una determinata zona territoriale - tutta l'attività necessaria per fare concludere al preponente i contratti d'esercizio della sua impresa". Na doutrina nacional, Orlando Gomes destaca os seguintes elementos: (a) obrigação de o agente promover contratos do proponente; (b) habitualidade e estabilidade; (c) delimitação de zona para prestação do serviço; (d) direito à retribuição do agente pelo serviço que presta; (e) exclusividade e independência de ação (cf. *Contratos*, cit., p. 365); Jorge Lobo cita como elementos essenciais do contrato: (a) atividade de promoção de negócios; (b) independência do agente, que detém liberdade sobre a sua atividade e suporta os seus riscos; (c) unilateralidade, no sentido já referido; (d) estabilidade; (e) fixação de território intermediadas (cf. *Contrato de "Franchising"*, cit., p. 3); Rubens Requião destaca as seguintes "características jurídicas da relação de representação comercial": (a) atividade empresarial; (b) não eventualidade das prestações, isto é, profissionalidade; (c) mediação para realização de negócios; (d) autonomia da atividade do agente (cf. *Do Representante Comercial*, cit., pp. 58 e ss.).

28. Giuseppe Auletta e Niccolò Salanito, *Diritto Commerciale*, cit., p. 462. Sobre as características de estabilidade e durabilidade como essenciais no contrato de agência, cf. *Cassazione*, 16.2.1993, p. 1.916; sobre a distinção do mandato em função da estabilidade, cf. *Cassazione*, 10.10.1985, p. 4.942.

29. Roberto Baldi, *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, cit., p. 24.

de de forma independente, mas por conta disso, estará sujeito aos riscos de sua atividade empresarial, ainda que uma atividade auxiliar daquela do proponente.³⁰ Rubens Requião argumenta que o critério mais seguro para bem delimitar a autonomia do agente seriam as dimensões *espaço e tempo* da sua atividade: é autônomo o agente que determina seu próprio itinerário e a forma de contato com os clientes, assim como dispõe livremente do seu tempo e horários.³¹ Tais características *exteriori-*

30. Cassazione, 2.6.1980, n. 3.601; Cassazione, 10.1.1984, n. 182: “Il tratto caratteristico del contratto di agenzia é costituito dall’autonomia assoluta nell’esercizio professionale rispetto all’attività del preponente e dall’assunzione del rischio economico inerente alla propria”. No sentido de estarem intimamente ligadas a autonomia, a liberdade de organização e o risco econômico, cf. Roberto Baldi, *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell’Europa Comunitaria*, cit., pp. 24-29; Jorge Lobo, *Contrato de “Franchising”*, cit., p. 2. No sentido de ser justamente a assunção de risco que diferencia o agente do vendedor empregado, cf. Augusto Baldassari, *I Contratti di Distribuzione – Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising*, cit., p. 157: “Il fatto che la figura dell’agenzia si concreti nello svolgimento di un’attività economica organizzata, rivolta al conseguimento di un risultato di lavoro che l’agente consegue agendo autonomamente nell’interesse del preponente, e caratterizzata dall’assunzione, da parte dell’agente medesimo, di un rischio economico, rappresenta il criterio principale adottato dalla giurisprudenza per individuare tale contratto e distinguerlo da figure affini quali il rapporto di lavoro subordinato”; Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 366: “A independência da ação do agente permite distingui-lo do empregado. Não há subordinação hierárquica na relação do representante comercial com o preponente; quando existe, o contrato passa a informar uma relação de emprego. Subordinação inexistente, em princípio, se entendida na acepção estrita de vínculo de natureza pessoal que implica direção dos serviços a serem prestados. Subordinação, entretanto, existe porque o trabalho do agente há de ser executado conforme as instruções do preponente, a quem deve, a mais, prestar contas da atividade exercida, no seu exercício, goze o agente de autonomia”; e Rubens Requião, “Autonomia da representação comercial – Relação de trabalho e relação de emprego”, cit., pp. 105-107.

31. Rubens Requião, “Autonomia da representação comercial – Relação de trabalho e relação de

zam a autonomia do agente – como bem apontado por Rubens Requião –, que parecem decorrer dos seguintes elementos mais estruturais: (i) *organizativo*: o agente liga-se ao proponente por meio de uma relação externa, que o obriga a atuar por sua própria iniciativa e por meio de sua própria organização; (ii) *funcional*: a colaboração do agente é somente econômica, e seus interesses são confluentes com os do proponente; (iii) *econômica*: o agente é interessado no resultado final dos negócios agenciados, vindo em seu proveito as comissões decorrentes da conclusão, mas correndo por sua conta as despesas de gestão e os riscos da sua atividade.³²

A autonomia do agente não é, contudo, absoluta. Nos termos do art. 712 do Código Civil, ele deverá agir com diligência e cumprir as instruções recebidas do proponente; o art. 29 da Lei n. 4.886/1965

emprego”, cit., pp. 108-109; cf. ainda, do mesmo autor, *Do Representante Comercial*, cit., pp. 65, 69-70, onde ainda se indica que tais elementos seriam constantes de juristas na Itália, e se recorda o disposto no art. 84 do Código de Comércio alemão – HGB, a estabelecer sobre o agente que: “É independente quem pode organizar o essencial de sua atividade e determinar seu tempo de trabalho”.

32. Os três elementos em questão advêm de Giuseppe Giordano (cf. *Il Contratto di Agenzia*, pp. 102-104), e foram resenhados por Rubens Requião (cf. *Do Representante Comercial*, cit., p. 65). Requião consolida sua pesquisa comparada em três critérios por ele denominados “técnico-científicos” muito semelhantes às lições de Giordano: (a) o agente presta serviços por meio de sua própria organização; (b) o agente destina o resultado econômico de seu trabalho em proveito próprio; (c) o agente corre os riscos da sua atividade econômica, sendo que a comissão advém do resultado útil obtido. A esses critérios “técnico-científicos”, Requião adiciona elementos ditos exteriorizadores da autonomia dos agentes: (a) liberdade de itinerário; (b) liberdade no emprego do tempo; (c) ônus pessoal do agente pelas despesas de sua organização; (d) inscrição nos registros peculiares; (e) pagamento de impostos e taxas pelo exercício de sua atividade. Após excluir os dois últimos como meramente formais, fixa os critérios de autonomia apenas na liberdade de itinerário e de tempo (o terceiro requisito exteriorizador – o ônus pessoal pelas despesas – já parece contemplado nos requisitos “técnico-científicos” citados).

também proíbe que o agente atue em desacordo com as instruções recebidas e, salvo autorização, não lhe é permitido conceder descontos abatimentos ou dilações. Os arts. 28 e 30, *caput*, da Lei n. 4.886/1965 ainda estabelecem obrigações positivas para o agente: fornecer informações ao proponente sobre o andamento dos assuntos a seu cargo, dedicar-se a expandir os negócios do proponente e promover seus produtos, e tomar conhecimento de reclamações e transmiti-las ao proponente, sugerindo providências acautelatórias.

Os riscos a que o agente se sujeita são aqueles associados à sua própria atividade. Assim é que o art. 713 do Código Civil dispõe que correm por conta do agente as despesas com a agência; por outro lado, ele faz jus à remuneração pelo resultado útil de sua atividade de agenciamento, mediante comissão (cf. art. 32 da Lei n. 4.886/1965, estabelecendo o direito à sua percepção quando do pagamento dos pedidos ou propostas), inclusive quando o negócio deixe de ser concluído por fato imputável ao proponente (cf. art. 716 do Código Civil). Além disso, e a teor do art. 715 do Código Civil, o agente tem direito a indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento de propostas ou reduzi-las sem justo motivo; o art. 32, § 7º, da Lei n. 4.886/1965 oferece uma diretriz de interpretação mais precisa para essa situação, estatuinto que são vedadas alterações no contrato se implicarem, direta ou indiretamente, diminuição da média dos resultados auferidos pelo agente nos últimos 06 (seis) meses.

Por outro lado, o agente não assume os riscos de descumprimento das operações por ele promovidas. Por atuar em nome e por conta do proponente, preparando e fechando contratos que acrescerão ao patrimônio do agenciado, os riscos associados ao inadimplemento da operação fechada é do constituinte. Inclusive por esta razão é proibida a imposição de cláusula *del credere* no contrato de agência, *ex vi* art. 43

da Lei n. 4.886/1965.³³ Curiosamente, por disposição legal expressa, não é devida a retribuição ao agente se a falta de pagamento advier especificamente de insolvência do comprador, bem como se o negócio for desfeito ou sustada a entrega da mercadoria se a situação comercial do devedor puder comprometer ou tornar duvidosa a liquidação da operação (cf. art. 33, § 1º, da Lei n. 4.886/1965).

Apesar de as disposições do Código Civil não estabelecerem nenhuma restrição quanto aos *sujeitos* do contrato de agência (sem razão o argumento de que o art. 717 teria exigido a qualidade de pessoa física), convém lembrar que o art. 4º da Lei n. 4.886/1965 proíbe o exercício desta atividade por quem não exerça atividade empresarial, por falido não reabilitado ou por condenados em crime de natureza infamante. Os arts. 2º e 3º da mesma lei exigem também o registro dos agentes nos respectivos conselhos profissionais, sendo que a lista de documentos necessários a esta inscrição desempenha o papel de requisitos implícitos à regularidade da atividade do agente.

Em matéria de *forma*, o Código Civil não traz qualquer exigência expressa – diferentemente do *Codice Civile* italiano, a exigir a forma escrita em caráter probatório, no art. 1.742. Entretanto, a conclusão de que não há necessidade de instrumento escrito pode ser precipitada;³⁴ note-se que

33. Interessante que no Direito italiano, admite-se como nula cláusula *del credere* que atribua responsabilidade pelo inadimplemento ao agente de forma generalizada; admite-se, contudo, a licitude dessa cláusula excepcionalmente, desde que referida a negócios individuais e determinados, de natureza e importância particulares; condiciona-se ainda que a garantia assumida pelo agente não deve superar as comissões devidas pelas operações garantidas e ao pagamento de valores adicionais como retribuição (cf. art. 1.746, *comma* 3, *Codice Civile*; cf. também Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitro, *Diritto Commerciale*, cit., p. 466).

34. No sentido de não ser necessária forma escrita no Brasil, cf. Leandro Santos de Aragão e

o art. 27 da Lei n. 4.886/1965 estabelece uma lista de elementos obrigatórios de todos os contratos de agência, dando a impressão de que seria necessário o instrumento escrito, ao menos para comprovar a regularidade do contrato (*i.e.*, que o acordo de vontades contemplou todos os elementos listados pela lei de regência).³⁵

Como regra, o art. 711 do Código Civil define a exclusividade nos dois sentidos como a regra, apesar de sua natureza de norma dispositiva: salvo ajuste em contrário, o proponente não poderá constituir mais de um agente na mesma zona, nem o agente poderá assumir encargo para empresas concorrentes. De forma tecnicamente precisa, a jurisprudência italiana

Rodrigo R. Monteiro de Casto, "O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002", cit., p. 261, nota de rodapé 52.

35. A questão da forma escrita é razoavelmente complicada. Rubens Requião chama atenção para a Exposição de Motivos e a Mensagem que encaminhou o projeto que deu origem à Lei n. 4.886/1965 ao Congresso Nacional, que fazia clara a intenção do instrumento escrito: "Visa o projeto a levar as partes a fixar, espontaneamente e com clareza, as características do contrato de representação comercial, reduzindo-o a escrito e ajustadas às circunstâncias peculiares a cada caso" (cf. Rubens Requião, *Do Representante Comercial*, cit., pp. 168-169). Essa intenção não parece ter prosperado no texto final da Lei n. 4.886/1965, cuja redação original do art. 27 estabelecia os elementos obrigatórios do contrato "quando celebrado por escrito", ao mesmo tempo em que o parágrafo único ao art. 40 qualifica como "faculdade" a formalização, em documento escrito e dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação da lei, que fora prevista no mesmo art. 40, *caput*. Entretanto, a Lei n. 8.420/1992, que promoveu uma ampla reforma na Lei n. 4.886/1965, retirou a frase "quando celebrado por escrito" do art. 27, *caput*, conduzindo a uma redação que parece exigir a forma escrita, se não como requisito de validade do negócio, ao menos para comprovar o acordo de vontades sobre as cláusulas obrigatórias: "Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, deverão constar, obrigatoriamente". Em matéria probatória, vale lembrar que o art. 227 do Código Civil admite a prova exclusivamente testemunhal apenas para negócios jurídicos de valor não superior ao décuplo do salário-mínimo.

define o direito de exclusividade como elemento natural do contrato de agência;³⁶ afirma, todavia, que a existência desse direito não impediria as *vendas diretas* do proponente na zona atribuída ao agente, desde que essa atividade direta não assumisse dimensão capaz de impedir o desenvolvimento do agente.³⁷

Em complemento às regras sobre exclusividade previstas no referido art. 711 (que inclusive invertem a presunção que constava do art. 31, parágrafo único, da Lei n. 4.886/1965, segundo a qual a exclusividade não se presumia na falta de ajuste expresse), o art. 714 do Código Civil estatui que o agente tem direito à remuneração pelos negócios celebrados em sua zona, ainda que sem sua interferência, construindo uma regra (dispositiva) de reforço ao direito de área exclusiva.³⁸

A rescisão do contrato é disciplinada de forma mais pormenorizada na Lei n. 4.886/1965; seu art. 35 permite ao proponente terminar o contrato por justa causa nas hipóteses de (i) desídia do agente; (ii) atos que importem em descrédito comercial do proponente; (iii) descumprimento contratual; (iv) crime infamante; (v) força maior. As comissões só poderão ser retidas nas hipóteses de rescisão com justa causa, para compensação ou ressarcimento de danos (cf. art. 37 da Lei n. 4.886/1965).

36. *Cassazione*, 19.3.1994, p. 2.634.

37. *Cassazione*, 5.2.1962, p. 322.

38. A conexão entre exclusividade e direito a todas as comissões havidas dentro da zona determinada, mesmo que em operações fechadas sem auxílio do agente, estava bastante clara no art. 31, *caput*, da Lei 4.886/1965; esse mesmo dispositivo, lido em conjunto com o seu parágrafo único, não deixava de criar uma situação curiosa: no silêncio do contrato, não havia exclusividade, mas o agente ainda fazia jus às comissões de todos os contratos celebrados na sua zona. A perplexidade aumenta ainda mais diante do art. 27, *caput* e als. "d", "e" "i", que estabelecem a *obrigatoriedade* de constar do contrato de representação comercial disposições sobre a indicação da zona, a garantia ou não de exclusividade nela, e o exercício exclusivo da atividade em favor do proponente.

Já o art. 36 da Lei n. 4.886/1965 permite ao agente rescindir o contrato com justo motivo nas hipóteses de (i) redução da sua esfera de atividade; (ii) quebra da exclusividade contratual; (iii) fixação abusiva de preço que impossibilite a atuação do agente; (iv) não pagamento das comissões; (v) força maior. Conforme art. 717 do Código Civil, mesmo na hipótese de rescisão com justa causa, o agente tem direito à remuneração pelos serviços úteis prestados ao proponente.

Nos contratos de agência, o legislador cuidou expressamente de um dos tópicos mais sensíveis: a resilição unilateral do contrato. Se a dispensa for sem justa causa, o agente terá direito às remunerações pelos negócios realizados e pendentes, além de indenização prevista no art. 27, “j”, para as hipóteses de contrato com prazo indeterminado (*i.e.*, nunca inferior a um doze avos do total de comissões pagas durante a relação de agência); ou do art. 27, § 1º, para contratos com prazo determinado (*i.e.*, média mensal multiplicada pela metade dos meses faltantes). Em adição, há necessidade de aviso prévio de 90 (noventa) dias para resilição de contratos sem prazo determinado, desde que transcorrido prazo suficiente para amortização dos investimentos do agente (cf. art. 720 do Código Civil, revogando o prazo de 30 (trinta) dias anteriormente previsto no art. 34 da Lei n. 4.886/1965; cf. ainda o art. 473, parágrafo único, do Código Civil para a regra geral que só admite o encerramento de relações contratuais depois do prazo necessário para amortização dos investimentos).³⁹⁻⁴⁰ No direito comparado, a Diretiva 86/653 CEE,

39. Na hipótese de divergência quanto ao prazo mínimo e valor de indenização pelos investimentos feitos pelo agente, caberá ao juiz decidir essas questões, a teor do art. 720, parágrafo único, do Código Civil.

40. Para a discussão sobre a abusividade do rompimento de contratos de distribuição em sentido estrito (= concessão comercial), cf. Paulo Eduardo Lilla, “O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais bra-

que disciplinou o contrato de agência em sede comunitária e serviu de “bússola” para diversas reformas legislativas nos países da Europa,⁴¹ estabeleceu a previsão específica de uma *indenização de clientela* (cf. art. 17), não superior ao valor de 1 (um) ano (cf. art. 17, *comma* 2, al. “b”).⁴²

c) Contrato de agência (ou representação comercial): disciplina externa

Tratando do contrato de distribuição, Paula Forgioni apresenta duas séries de dificuldade de análise: uma de *caráter contratual*, referente às relações entre as partes do contrato, chamadas de *relações internas* ou *intrínsecas*; outra de *caráter concorrencial*, referente ao contexto de mercado e aos efeitos ali produzidos, chamadas *relações externas* ou *extrínsecas*. Segundo a autora, na medida em que cada um desses dois prismas depende visceralmente do outro, a análise apartada não é adequada, sendo impossível avaliar o contrato de distribuição senão conforme sua ligação com o mercado⁴³ (ou, mais precisamente, segundo sua função de auxiliar a circulação dos bens em direção ao mercado). A mesma lição vale para o contrato de agência, cuja análise deve ser feita em função do mercado – como todos os demais institutos

sileiros e as disposições do novo Código Civil”, in *RDM* 127/229-247.

41. Leandro Santos de Aragão e Rodrigo R. Monteiro de Casto, “O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002”, cit., p. 253. Em especial, vale citar a Ley 12/1992, na Espanha; o Decreto-lei 178/1986 e suas alterações pelo Decreto-lei 118/1993, em Portugal; o Decreto Legislativo 303/1991, que promoveu alterações no *Codice Civile* de 1942 na Itália.

42. Para uma análise pormenorizada da disciplina legal em Portugal e da iniciativa de harmonização comunitária, cf. António Joaquim de Mattos Pinto Monteiro, *Contrato de Agência: Anotações ao Decreto-lei n. 178/1986, de 3 de julho, 1998*.

43. Paula Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, cit., pp. 29-30. Destaque-se que a terminologia que segrega as duas vertentes em interna/intrínseca e externa/extrínseca advém de Jean-Pierre Viennois, *La Distribution Seletive*, p. 9.

do direito comercial – e cujos problemas concorrenciais são, basicamente, os mesmos genericamente associados a práticas ou acordos verticais.⁴⁴

Paula Forgioni é quem ressalta a premissa de que o direito comercial tem como um de seus pontos cardeais a preservação do mercado e das condições necessárias para o fluxo das relações econômicas; trata-se de uma lógica própria, diferente daquela do direito civil, mas ainda diversa do raciocínio puramente econômico.⁴⁵ O estudo do direito comercial à luz do mercado foi corretamente destacado pela mesma autora como *um novo período do direito comercial*, onde se supera a visão estática da empresa para substituí-la por uma visão dinâmica, funcionalizada para o mercado.⁴⁶

44. Práticas ou acordos verticais são aqueles que envolvem agentes econômicos que se situam em diferentes elos da cadeia produtiva que vai desde a extração da matéria-prima até a venda ao consumidor final. Exemplos dessas práticas/acordos são: (i) restrições e imposições de preço de revenda; (ii) divisão de mercado em territórios para agentes e distribuidores, exclusivos ou não; (iii) cláusulas de exclusividade; (iv) vendas casadas.

45. Paula Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, cit., p. 37. Nesse contexto é que a autora chama atenção para a importância de deixar claros alguns pontos que vêm se esvaindo com a pretensa unificação do direito privado. Um deles reporta-se à intenção das partes, cuja vertente objetiva é aquela relevante ao direito comercial, e existe juridicamente refletida nos usos e costumes; o segundo é a noção de *causa*, que no direito comercial sempre foi associada à função econômica do negócio. A desconsideração desses pontos poderia levar a análises e interpretações que podem prejudicar o funcionamento do mercado e o escoamento da produção (Paula Forgioni, *O Contrato de Distribuição*, cit., pp. 36-37).

46. Paula Forgioni, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*, pp. 100 e 185: “Temos um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática da empresa para encará-la, também, em sua perspectiva dinâmica. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no merca-

do. (...) Enfim, ‘ato, atividade, mercado’. Eis a linha de evolução do direito comercial” e “[A]s modificações do ambiente institucional em que se inserem as empresas apontam para a revitalização do estudo do objeto do direito comercial, com o deslocamento do seu eixo. A consideração da empresa na sua perspectiva dinâmica obriga ao reconhecimento da importância assumida pelo mercado no estudo da nossa matéria”.

Especial atenção merece o art. 711 do Código Civil, que prevê a exclusividade e a divisão territorial com regras no contrato de agência. Calixto Salomão Filho esclarece que o entrelaçamento de reputação entre o produtor e o agente cria a possibilidade recíproca de que um aproveite, sem custos, as vantagens providas pelo outro (e.g., a *exclusividade pró-agente* é necessária para proteger/estimular o agente a promover os produtos do proponente sem o receio que seu esforço seja apropriado por outros agentes ou pelo próprio proponente; a *exclusividade pró-fabricante* é importante para proteger/incentivar investimentos em treinamento e inovações, que poderiam ser aproveitados sem custo por proponentes de produtos concorrentes).⁴⁷

O entrelaçamento de reputações implica que alguns dos investimentos a serem feitos pelas partes serão *específicos* à relação de agência, perdendo muito de seu valor em caso de rompimento prematuro do contrato. Benjamin Klein, Robert Crawford e Armen Alchian demonstraram que investimentos em ativos específicos trazem consigo *quase rendas especializadas apropriáveis*, que consistem na diferença entre o valor do ativo na transação para a qual ele foi construído e o valor máximo que o segundo melhor usuário está disposto a pagar pelo mesmo bem. Essa situação constituiria a fonte de um dos custos mais

do. (...) Enfim, ‘ato, atividade, mercado’. Eis a linha de evolução do direito comercial” e “[A]s modificações do ambiente institucional em que se inserem as empresas apontam para a revitalização do estudo do objeto do direito comercial, com o deslocamento do seu eixo. A consideração da empresa na sua perspectiva dinâmica obriga ao reconhecimento da importância assumida pelo mercado no estudo da nossa matéria”.

47. Calixto Salomão Filho, “Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais”, in J. Hamilton Bueno e Sandro G. Martins (coords.), *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Art. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*, p. 468.

importantes na utilização do mercado: a possibilidade de *comportamento oportunista pós-contratual*, com a possibilidade de uma parte ver as quase rendas criadas por seu investimento expropriadas, por meio da ameaça de rompimento prematuro da relação. Essa situação pode levar a custos consideráveis na busca de garantias adicionais, na realização de gastos para melhorar a posição de barganha pós-contratual contra uma eventual tentativa oportunista ou até mesmo com a não realização de investimentos específicos, pelo temor de ficar aprisionado.⁴⁸⁻⁴⁹

Essa *interdependência de reputações*, segundo Calixto Salomão Filho, sugeriria não somente a legalidade, mas também a conveniência das cláusulas recíprocas de exclusividade como elemento natural do contrato de agência.⁵⁰ Todavia, o próprio autor faz uma ressalva importante, a indicar a necessidade de avaliação caso a caso: é possível que, do ponto de vista concorrencial, apenas se justifique a exclusividade unilateral; é o que ocorre, por exemplo, quando haja a possibilidade de dominação do mercado.

Os efeitos anticoncorrenciais que poderiam tornar a exclusividade ilícita à luz da Lei n. 8.884/1994 (e nula a cláusula contratual que a estabeleceria) devem ser avaliados caso a caso, e poderiam advir de duas dimensões: (i) o *fechamento de mercado*, se a imposição da exclusividade restringir excessivamente as alternativas independentes disponíveis a outros con-

correntes; (ii) a *elevação de barreiras à entrada*, exigindo de novos entrantes em qualquer dos mercados a necessidade de ingressar verticalizados para poderem concorrer em condições de se manterem como rivais efetivos.

Considerando que o fabricante de uma mercadoria não tem obrigação de adotar um sistema de distribuição externo, sendo perfeitamente lícito distribuí-la por meio de vendedores internos (e, portanto, exclusivos),⁵¹ as questões de fechamento de mercado e de elevação de barreiras à entrada parecem-me aplicáveis, como regra, à exclusividade exigida dos agentes. Ao impor cláusulas de exclusividade sobre os agentes mais importantes, o fabricante pode efetivamente fechar os canais de acesso ao mercado consumidor disponíveis a seus concorrentes, dominando o mercado relevante. Fabricantes concorrentes poderiam questionar as cláusulas de exclusividade para obter acesso aos canais de distribuição, mas tenderão a obter sucesso apenas se tais canais forem *realmente fundamentais* para a entrada e permanência no mercado (*i.e.*, inexistirem outros canais alternativos para distribuição), e se os efeitos deletérios para a concorrência forem *superiores* às eventuais eficiências geradas pela estrutura contratual exclusiva.

Um agente que obtenha exclusividade para oferecer determinada mercadoria

48. Benjamin Klein, Robert Crawford e Armen Alchian, "Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process", in *Journal of Law and Economics* 21/297-298, 301.

49. Sobre a estratégia de integração vertical com o objetivo de controlar problemas de oportunismo contratual surgidos de ativos específicos, cf. Oliver Williamson, *Economic Institutions of Capitalism*, 1985 e *The Mechanism of Governance*, cit.; e *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1983.

50. Calixto Salomão Filho, "Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais", cit. p. 468.

51. No Processo Administrativo n. 08012.008024/1998-49 (Representante: SDE *ex officio*; Representadas: Microsoft do Brasil Ltda. e TBA Informática Ltda., j. 25.8.2004), o CADE discutia cláusulas de exclusividade entre a Microsoft e uma de suas distribuidoras no fornecimento de *software* ao Poder Executivo Federal, na região do Distrito Federal. Em seu voto, o Conselheiro Roberto Pfeiffer expõe que "[ao invés de se utilizar de contratos de distribuição com restrições verticais] o produtor tem sempre a opção de integrar verticalmente, passando a controlar esse elo da cadeia [a distribuição dos produtos fabricados] dentro da firma para evitar problemas decorrentes de uma relação do tipo agente-principal", e que a decisão entre adotar um contrato vertical ou integrar atividades dependerá do custo relativo entre as alternativas.

difícilmente poderia ser acusado de fechamento de mercado, ou de elevar artificialmente barreiras à entrada, mesmo do ponto de vista exclusivamente teórico. Agentes concorrentes, interessados em distribuir o mesmo produto, ou investidores interessados em entrar na atividade de distribuição, poderiam obter sucesso apenas sob hipóteses muito restritas: além de demonstrar que os efeitos líquidos da prática vertical são negativos para a concorrência (*i.e.*, que os prejuízos causados ao mercado mais do que superam eventuais eficiências da prática), o produto distribuído com exclusividade deveria ser *essencial* para a viabilidade comercial dos entrantes, e a distribuição deveria constituir uma atividade econômica *principal*, e não um aspecto *acessório* da produção, o que claramente não ocorre na relação jurídica de agência.

Se a característica de colaboração é uma nota comum a todos os contratos de distribuição, na relação de agência torna-se fundamental a noção de auxiliabilidade e gestão dos negócios do proponente, com ou sem representação.⁵² Tanto é assim que a autonomia do agente não lhe permite descumprir as diretrizes do proponente nem alterar as condições de preço e prazo definidas pelo agenciado para fechamento do negócio (cf. art. 712 do Código Civil e art. 29 da Lei n. 4.886/1965); quando detém poderes de representação para a execução do contrato, o agente não atua como parte do negócio, mas vincula diretamente o proponente ao consumidor final; quando a mercadoria está à sua disposição, o agente-distribuidor também exerce apenas a função de auxiliar intermediador, promovendo a transferência da propriedade sobre

o bem diretamente do fabricante ao consumidor, quando possível.

A natureza *acessória* da atividade do agente também lança luzes mais claras sobre os critérios da *regra da razão* a serem empregados na avaliação de restrições verticais estabelecidas em contratos de agência, que deveriam ser mais toleradas: no contrato de agência, a noção de concorrência *intramarca* torna-se muito mais diluída do que nas relações de concessão comercial, em que as atividades do empresário *downstream* é mais destacada do produtor.

Discussão semelhante foi tratada na decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States vs. Arnold, Schwinn & Co.* (388 U.S. 365 [1967]). Nesta oportunidade, ao avaliar acordos de distribuição exclusiva e restrições territoriais entre um fabricante de bicicletas e seus revendedores, a Corte entendeu que a aplicação do § 1º do *Sherman Act* exigiria diferenciar situações em que o fabricante mantivesse ou não a propriedade sobre as mercadorias; haveria uma violação *per se* ao *Sherman Act* se impostas as restrições verticais em contratos onde o fabricante houvesse transferido a propriedade sobre os bens ao distribuidor; ao mesmo tempo, deveriam ser avaliadas à luz da regra da razão as restrições à comercialização futura impostas em acordos de distribuição em que o fabricante mantivesse consigo a propriedade das mercadorias.⁵³

53. Cf. *United States vs. Arnold, Schwinn & Co.* 388 U.S. 377-380: "We are here concerned with a truly vertical arrangement raising the fundamental question of the degree to which a manufacturer may or not only select the customer to whom he will sell, but also allocate territories for resale and confine access to his product to selected, or franchised, retailers. We conclude that the proper application of § 1 of the Sherman Act to this problem requires differentiation between the situation where the manufacturer parts with title, dominion, or risk with respect the article, and where he completely retains ownership and risk of loss. As the District Court held, where a manufacturer sells products to his distributor subject to territorial restriction upon resale, a *per se* violation of Sherman Act occurs. (...) Under

52. Roberto Baldi, *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, cit., pp. 7-8 sobre as relações jurídicas da distribuição, e p. 24 sobre a agência, cuja transcrição vale a pena, a título de esclarecimento: "Fondamentale è nell'agente la caratteristica di ausiliarità economica, di attività di gestione, cui può anche, ma non necessariamente, affiancarsi un potere di rappresentanza giuridica, sia pure con contorni ben definiti".

A regra sobre ilicitude *per se* em práticas verticais foi revertida na experiência norte-americana no caso *Continental T.V. Inc. vs. GTE Sylvania, Inc.* (433 U.S. 36 [1977]), a partir de quando todas essas discussões passaram a ser analisadas à luz da regra da razão. Esse caso ainda apontou que o precedente em *Schwinn* não havia trazido evidência analítica para a diferenciação que fizera nos critérios de análise (*i.e.*, aplicar a regra de ilicitude *per se* a transações verticais com transferência de propriedade, e proceder uma análise de razoabilidade quando mantida a propriedade com o fabricante), e nem propõe que os impactos verticais seriam significativamente afetados pela forma jurídica da operação. Na visão da Suprema Corte que julgou o caso *Sylvania*, a aplicação da regra da razão aos negócios sem transferência de propriedade teria sido fruto de uma “*crença não explicada de que uma proibição per se completa seria muito inflexível*”.⁵⁴

Apesar de tudo, *Schwinn* traz um aspecto extremamente interessante: ele colo-

the Sherman Act, it is unreasonable, without more, for a manufacturer to seek to restrict and confine areas or persons with whom an article may be traded after the manufacture has parted with dominion over it. (...) such restraints are so obviously restrictive of competition that the mere existence is enough. If the manufacture parts with dominion over his product or transfers risks of loss to another, he may not reserve control over its destiny of the conditions of resale. (...) On the other hand, as indicated in *White Motor*, we are not prepared to introduce the inflexibility of which a *per se* rule might bring if it were applied to prohibit all vertical restrictions of territory and all franchising, in the sense of designating specified distributors and retailers as the chosen instrument through which the manufacturer, retaining ownership of the goods, will distribute them to the public. (...) Where the manufacturer retains title, dominion, and risk with respect to the product and the position and function of the dealer in question are, in fact, indistinguishable from those of an agent or salesman of the manufacturer, it is only if the impact of the confinement is ‘unreasonably’ restrictive of competition that a violation of § 1 results from such confinement, unencumbered by culpable price-fixing”.

54. Cf. *Continental T.V., Inc. vs. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 54.

ca as operações da distribuição que não importem transferência de propriedade como um tipo de instrumento por meio do qual o fabricante, mantendo o domínio sobre as mercadorias, as distribuirá ao público.⁵⁵ A forma jurídica da operação não autoriza a separação entre práticas verticais sujeitas à regra da ilicitude *per se* e outras a serem avaliadas pela regra da razão; mas a natureza acessória, instrumental e dirigida de alguns negócios jurídicos, evidenciada pela manutenção da propriedade, deveria alterar o padrão de razoabilidade para sua avaliação: maior ingerência deve ser admitida como natural e razoável em contratos de agência, e mais tolerada do que em acordos de concessão comercial.

A imposição de preços de venda (mínimo ou máximo) e a exigência de determinadas condições negociais constituem elementos integrantes da *fattispecie* da relação de agência, configurando instruções obrigatórias emitidas pelo proponente; a discriminação de condições comerciais entre agentes independentes, entre estes e agentes controlados pelo fabricante, ou ainda entre agentes e vendedores internos, também parece uma discussão estritamente privada; acusações de venda casada também não parecem pertinentes na relação de agência, na medida em que a função do agente é apenas aproximar produtor e consumidor para a contratação. Essas restrições verticais parecem constituir problemas antitruste de pertinência *excepcional* em relações de agência. Pelas mesmas razões, dificilmente poderiam ser imputadas aos agentes alguma corresponsabilidade por condutas anticoncorrenciais verticais que lhe foram instruídas expressamente pelo proponente (*e.g.*, a venda casada de produtos aos consumidores, a prática de preço predatório ou a discriminação de preços para venda ao usuário final).⁵⁶

55. Cf. *United States vs. Arnold, Schwinn & Co.* 388 U.S. 379-380.

56. Evidentemente, práticas ilícitas adotadas voluntária e deliberadamente pelos agentes, sejam

Apesar de tratar das cláusulas de exclusividade, nosso Código Civil não estabeleceu regramento específico para eventuais cláusulas de *não concorrência*, a vigorarem após encerrado o contrato de agência. No Direito italiano, a teor do art. 1.751-*bis* do *Codice Civile*, admite-se a obrigação de não concorrer desde que convenionada expressamente e por escrito, cujo prazo não seja superior a 2 (dois) anos e refira-se à mesma zona, clientela e gênero de bens ou serviços intermediados pelo agente.⁵⁷

Nosso Código Civil previu obrigação de não concorrência expressamente em caso de trespasse do estabelecimento comercial, com prazo de 5 (cinco) anos, e nas hipóteses de arrendamento ou usufruto dele, enquanto perdurar o contrato (cf. art. 1.147, *caput* e parágrafo único). Todavia, a admissibilidade dessa disposição já vinha sendo admitida na doutrina e na jurisprudência desde antes da Lei n. 10.406/2002, como uma decorrência do princípio da boa-fé objetiva e como forma de garantir ao adquirente de estabelecimento trespasado o aviamento e a clientela associados aos ativos adquiridos. Para além da matéria estritamente privada, os órgãos de defesa da concorrência também vêm admitindo cláusulas de não concorrência apostas nos instrumentos que formalizam atos de

verticais ou horizontais, serão diretamente imputáveis a eles se presentes os requisitos do art. 20 da Lei 8.884/94. Isso ocorre, p.ex., se o agente passa a impor a venda casada de produtos, negando-se a encaminhar as propostas de compra de uma determinada mercadoria se o consumidor não adquirir outro produto, do mesmo proponente ou não; ou então, se os agentes de uma determinada localidade ajustam um cartel para elevar o valor de suas comissões, ou se os agentes constituídos por um produtor para determinada zona de atuação se reúnem para reduzir a competição determinada pelo proponente. A discussão se torna mais interessante em matéria de restrições horizontais determinadas pelo proponente, que em princípio, não parecem constituir violação antitruste.

57. Giuseppe Auletta e Niccolò Salanitro, *Diritto Commerciale*, cit., p. 466.

concentração, desde que tais pactos sejam acessórios a negócios jurídicos celebrados entre as partes (*i.e.*, não se admite um contrato puro de não concorrência), e sejam limitados no tempo (normalmente até cinco anos, admitidos prazos maiores mediante justificativas econômicas) e circunscritas à área de atuação da empresa alvo e sua linha de produtos.⁵⁸

A mesma linha de princípios que permitiu a adoção de obrigação de não concorrência em negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento comercial pode ser empregada para justificar essa obrigação em contratos de agência; a compatibilidade desses pactos laterais com a ordem jurídica privada e concorrencial deverá ser avaliada segundo sua razoabilidade, sendo de se exigir prazo determinado e justificável, bem como limitação à mesma zona, clientela e gênero de bens intermediados.

Por fim, a celebração de contratos de agência dificilmente deveria ser considerada ato de submissão compulsória ao CADE, nos termos do art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/1994. Na experiência europeia, o art. 2(I) da Diretiva CE n. 2.790/1999 estabelece que acordos verticais entre entes não concorrentes não se consideram práticas anticompetitivas; nos Estados Unidos, o item (c)(1) do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* e o § 802.1(c)(1) e (3) do *Code of Federal Regulation* isentam de notificação acordos de fornecimento no curso normal dos negócios. Na jurisprudência recente do CADE, passaram a ser considerados de notificação compulsória os contratos de fornecimento entre concorrentes com poder de mercado, com ou sem exclusividade;⁵⁹ o mesmo critério poderia

58. Para uma análise detalhada da obrigação de não concorrência assumida por conta de negócios jurídicos envolvendo estabelecimentos comerciais, cf. Geisy Fiedra, *Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste*, 2007.

59. Cf. Consulta n. 08700.003674/2007-65 (Fujifilm da Amazônia Ltda., rel. Conselheiro Luis

ser aplicado a relações de agência, o que já assume feições bastante conservadoras.

IV – Conclusões

No direito vigente, a figura jurídica do *contrato de agência* parece claramente identificada com o *contrato de representação comercial autônoma*: a semelhança de redação entre o art. 1º da Lei n. 4.886/1965 e o art. 710 do Código Civil é inquestionável, e o histórico legislativo nacional esboçara a distinção entre agente e representante comerciais segundo o critério da detenção de poderes para execução do negócio intermediado, para depois afastá-la fundindo as duas figuras. Além disso, a ressalva expressa do art. 720 do Código Civil sobre a aplicação de lei especial ao contrato de agência e as incompatibilidades mínimas entre a Lei n. 4.886/1965 e os arts. 710-721 do Código Civil indicam que estamos a tratar da mesma relação jurídica.

O *contrato de distribuição*, previsto na parte final do art. 710 do Código Civil, não se confunde com o contrato de concessão

comercial: o texto editado pela Lei n. 10.406/2002 tipificou apenas uma modalidade especial de agência, em que o agente tem posse ou detenção das mercadorias, que remanescem no domínio do proponente. O conceito de *agency* da *common law* é, de seu lado, muito mais amplo do que uma relação estrita de distribuição de mercadorias; ainda que nada impeça sua utilização com a finalidade de auxiliar circulação de bens, a relação formalizada desta maneira virá acrescida de todos os elementos e deveres fiduciários e de representação típicos desta figura.

A natureza acessória, instrumental e dirigida da atividade do agente conduz a critérios particulares na aplicação da *regra da razão* quando avaliadas restrições verticais estabelecidas em contratos de agência. Segundo o art. 710 do Código Civil, o agente deve promover negócios *do proponente*, em uma determinada área, mediante remuneração; ele determina seu próprio itinerário e a forma de contato com os clientes, assim como dispõe livremente do seu tempo e horários, mas sua autonomia é limitada, devendo agir com diligência e cumprir as instruções recebidas do proponente. Neste tipo de negócio jurídico, a noção de concorrência intramarca torna-se mais diluída do que nas relações de concessão comercial ou nos outros contratos da distribuição, e uma maior ingerência do proponente sobre as atividades do agente deveria ser admitida como natural, razoável e tolerável para efeitos concorrenciais.

Bibliografia

- ARAGÃO, Leandro Santos de, e CASTO, Rodrigo R. Monteiro de. “O contrato de distribuição do art. 710, *caput*, parte final do Código Civil de 2002”. In BUENO, J. Hamilton, e MARTINS, Sandro G. (coords.). *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Arts. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*. São Paulo, Saraiva, 2006.

Carlos Delorme Prado, j. 19.3.2008). Tratava-se de contrato de fornecimento entre Fujifilm da Amazônia Ltda. e Noritsu do Brasil Ltda., duas empresas concorrentes na produção de *minilabs* digitais e de *printers* (um dos insumos para fabricação do *minilab*, e objeto das prestações do contrato em discussão), detentoras de participações relevantes nesses dois mercados (Noritsu: 50% no mercado de *printers* e 53% no mercado de *minilabs*; Fujifilm: 22% no mercado de *printers* e 36% no mercado de *minilabs*). Apesar de o voto do Conselheiro Relator ter sido no sentido de ser necessário a existência de cláusula de exclusividade para se falar em impactos negativos de contratos de fornecimento entre concorrentes (“Contratos de fornecimento celebrados entre concorrentes e que não sejam onerados por cláusula de exclusividade não são de submissão obrigatória, porquanto ao não ensejarem risco de fechamento de mercado (*forclosure*), não se enquadram no *caput* do art. 54 da Lei n. 8.884/1994”), o Plenário decidiu diversamente firmando entendimento que contratos de fornecimento entre concorrentes, especialmente diante do significativo poder de mercado das partes contratantes, é de notificação obrigatória nos termos do art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/1994.

- AULETTA, Giuseppe, e SALANITRO, Niccolò. *Diritto Commerciale*. 14ª ed. Milão, Giuffrè, 2003.
- BALDASSARI, Augusto. *I Contratti di Distribuzione – Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising*. Pádua, CEDAM, 1989.
- BALDI, Roberto. *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*. Pádua, CEDAM, 1989.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 13ª ed. São Paulo, Atlas, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Giuridica della Circolazione*. Pádua, CEDAM, 1933.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 3, 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005.
- FIEDRA, Geisy. *Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste*. São Paulo, Singular, 2007.
- FORGIONI, Paula. *O Contrato de Distribuição*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- _____. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. “O contrato de representação comercial no contexto do Código Civil de 2002”. In BUENO, J. Hamilton, e MARTINS, Sandro G. (coords.). *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Arts. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*. São Paulo, Saraiva, 2006.
- KLEIN, Benjamin, CRAWFORD, Robert, e ALCHIAN, Armen. “Vertical integration, appropriable quasi-rents and the competitive contraction process”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978.
- LILLA, Paulo Eduardo. “O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: o entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 127/229-247, jul.-set./2002.
- LOBO, Jorge. *Contrato de “Franchising”*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- MONTEIRO, Antônio Joaquim de Mattos Pinto. *Contrato de Agência: Anotações ao Decreto-lei n. 178/1986, de 3 de julho*. Coimbra, Almedina, 1998.
- REQUIÃO, Rubens. *Do Representante Comercial: Comentários à Lei n. 4886, de 9 de dezembro de 1965, e à Lei n. 8.420, de 8 de maio de 1992*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- _____. “O contrato de concessão de venda com exclusividade”, in *Aspectos Modernos do Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1977.
- _____. “Representante comercial – Natureza jurídica de sua atividade”, in *Aspectos Modernos do Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1977.
- _____. “Autonomia da representação comercial – Relação de trabalho e relação de emprego”, in *Aspectos Modernos do Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1980.
- REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova Regulação da Representação Comercial Autônoma (o Contrato de Agência e Distribuição no Código Civil de 2002)*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- _____. “Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição”. In BUENO, J. Hamilton, e MARTINS, Sandro G. (coords.). *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Arts. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião (13.5.1918 a 29.5.1997)*. São Paulo, Saraiva, 2006.

SADDI, Jairo. “Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 42, n. 129. São Paulo.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais”. In BUENO, J. Hamilton, e MARTINS, Sandro G. (coords.). *Representação Comercial e Distribuição: 40 Anos da Lei n. 4.886/1965 e Novidades do CC/2002 (Arts. 710 a 721), EC 45/2004: Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Re-*

quião (13.5.1918 a 29.5.1997). São Paulo, Saraiva, 2006.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. São Paulo, Landy, 2001.

VIENNOIS, Jean-Pierre. *La Distribution Selective*. Paris, Litec, 1999.

_____. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. Nova York, Free Press, 1983.

_____. *Economic Institutions of Capitalism*. Nova York, Free Press, 1985.

1. Os fatos resumo do caso. 2. O conteúdo normativo dos princípios. 3. Os princípios dos litígios de crédito. 4. Ineficácia parcial e não validade do aval prestado sem outorga conjugal. 5. Conclusão.

RE 1.163.074-9B (2009/0210) 77-3)

Relator: Ministro Massang Lyada

Requerente: Eulécia Medeiros

Marques Daplenne

Advogado: Fernando Antônio Bezerra

Cavalcanti Madruga Filho

Requerido: Banco Itaú S/A

Advogado: Lúcia de F.S.

Albuquerque e Castro)

f. 15.12.2009

DI 4.2.2010

Exatidão Recurso Especial — Ação anulatória de aval — Outorga conjugal para cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens — Necessidade de outorga prevista.

1. É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do art. 1.647, III, do Código Civil.

2. A exigência de outorga vênua ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) natureza econômica previstos no art. 1.647 do Código Civil (suma a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle do patrimônio, tendo em vista que, em eventual dissolução do vên-

culo matrimonial, os cônjuges terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os cônjuges, por força da Súmula n. 177/STF, possuem o interesse pelas bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no art. 1.647 da lei civil.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir prosequindo o julgamento, após o voto-vista da Sr. Ministra Nancy Andrighi, a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Benini, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TRF), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento)

Ministro Relator: Paulo Roberto