

Diferenciando contrato de agência e contrato de distribuição no novo Código Civil

Hélio Capel Filho

heliocapel@hotmail.com

Introdução

Milhares de empresas se valem de contratos específicos e diversificados para viabilizar o escoamento de sua produção através do trabalho desvinculado prestado por terceiros, delegando a outras pessoas, físicas ou jurídicas, as tarefas que caberiam ao setor interno de vendas e distribuição, ou, ainda, para empreender logística de distribuição no atacado com menores custos.

A abertura dos mercados internacionais através da globalização (fator externo) e a crescente voracidade do Estado arrecadador através do Sistema Tributário (fator interno), são os principais motes levantados pela empresa contemporânea ao se orientar no sentido de buscar soluções para escoar sua produção com maior rapidez, segurança e ao menor custo, com vistas a colocar seus produtos em mercados cada vez mais longínquos, garantindo ainda poder de concorrência compatível ao das empresas sediadas naqueles mercados.

Existem diversas modalidades contratuais que atendem a este fim, algumas regulamentadas, outras não: contrato de trabalho com vendedores viajantes, os chamados praticistas, contrato de concessão mercantil, contrato atípico de distribuição no atacado (revenda), contrato de representação comercial, contrato estimatório ou consignação, contrato de comissão, franquia, dentre outras formas de terceirização nas vendas.

O Código Civil de 2002 mais serviu "para baralhar a questão"⁽¹⁾, introduzindo, na Parte Especial, Título VI, Capítulo XII, os contratos de Agência e Distribuição – arts. 710 a 721.

Inicialmente o tema merece ver-se delimitado, pois não se pretende aqui esgotar as controvérsias que certamente os contratos de agência e de distribuição, agora regulamentados no texto da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, provocarão no meio acadêmico e na lida empresarial nos próximos anos. Inúmeras questões jurídicas de relevo cercam o tema, mas agrupá-las em um só trabalho é esforço para o qual se exige maior dedicação em pesquisas, o que será feito oportunamente. Pretende-se unicamente, através desta pesquisa, demonstrar que o contrato de distribuição, inserto no Capítulo XII do Código Civil de 2002, é contrato diverso do contrato de agência, que se encontra abrigado no mesmo grupo de dispositivos – arts. 710 a 721.

Poucos, mas renomados autores já trataram do assunto, direta ou indiretamente, porém, denota-se de suas exposições que ainda não se pacificou entendimento acerca do ponto aqui tratado. Alguns entendem que os contratos de agência e de distribuição não são institutos distintos, mas a mesma modalidade contratual com maiores ou menores atribuições para as partes contratantes. Para outros, com os quais esta pesquisa pretende somar coro, contrato de agência e contrato de distribuição são instrumentos distintos e merecem assim ser tratados na doutrina, sob pena de futuros embaraços judiciais quanto aos efeitos de um e de outro na prática empresarial.

■

1 Levantamentos doutrinários

Muito embora sejam tratados num mesmo capítulo, os contratos de agência e de distribuição são institutos distintos, ao contrário de algumas manifestações científicas já notadas e, em função disto, merecem estudos profundos, que apontem os possíveis efeitos nas relações jurídicas advindas doravante de suas naturezas ainda não pacificadas.

Humberto Theodoro Júnior⁽²⁾ é um dos renomados pensadores da seara jurídica que advogam a idéia de que as modalidades contratuais em discussão formam um só conceito. Afirma o I. Professor titular da UFMG : "Mas, além de falar em "contrato de agência", o Código fala também em "contrato de agência e distribuição". Não são, porém, dois contratos distintos, mas o mesmo contrato de agência no qual se pode atribuir maior ou menor soma de funções ao preposto".

Waldirio Bulgarelli⁽³⁾, ao comentar contrato de agência, deixa transparecer o entendimento de tratar-se de figuras distintas, especialmente em um ponto de sua obra onde diz que "A agência transforma-se em distribuição quando o agente tem à sua disposição a coisa a ser negociada". Ora, em se tratando da mesma figura, não haveria que se falar em transformação, vale dizer, descaracterização de uma modalidade contratual, para configurar-se em outra.

Algo interessante ocorre na obra de Washington de Barros⁽⁴⁾, que nesta nova edição recebeu a contribuição atualizadora do professor livre docente de Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Carlos Alberto Dabus Maluf e da professora e advogada Regina Beatriz Tavares da Silva.

Ao conceituar os institutos, na página 309, o autor trás as expressões agência e distribuição como formação da nomenclatura de um único contrato – no singular – de onde se presume que ali agência e distribuição são a mesma coisa: "*Conceito* – O contrato de agência e distribuição nada mais é que o contrato [...]". Grifamos para ressaltar as formas singularizadas.

Logo adiante, na página 310, aparentemente sem se dar conta da diferenciação na forma de tratamento, o autor cita Jones Figueiredo Alves que, ao conceituar os institutos, frisa que "Impende distinguir o agente do distribuidor, porquanto este último caracteriza-se como tal ao dispor o bem a ser negociado [...]", dando este claras evidências de que tratam-se de duas modalidades distintas de contratos.

Maria Helena Diniz⁽⁵⁾ conceituou apenas agência, sem mencionar em nenhum momento o contrato de distribuição, muito embora tenha incluído, em nota de rodapé, a de número 5, na página 480, jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo de onde se lê: "A simples prestação de serviço de distribuição não configura representação comercial, porque ausentes as características de permanência e exclusividade [...]".

Lúcidos apontamentos de Silvio de Salvo Venosa⁽⁶⁾ deixam às claras se tratar de duas modalidades diferenciadas de contratos. O autor inicia o item 36.3 diferenciando as espécies, conforme o faz o novo Código Civil, ou seja, o agente não tem a disposição do bem a ser negociado, ao contrário do que ocorre na distribuição, onde, conforme entendimento do referido jurista, seria "[...] o contrato pelo qual uma das partes, denominada distribuidor, se obriga a adquirir da outra parte, denominada distribuído, mercadorias geralmente de consumo, para sua posterior colocação no mercado, por conta e risco próprio [...]".

Em que pese tenha o autor anotado com brilhantismo a diferenciação das duas modalidades de contrato, com reservas e críticas deve ser interpretada a conceituação que pretende gravar à

segunda espécie, o contrato de distribuição. Neste ponto merece razão o professor Humberto Theodoro Junior⁽⁷⁾, que bem observa que o distribuidor:

[...] age como depositário apenas da mercadoria do preponente, de maneira que, ao concluir a compra e venda e promover a entrega de produtos ao comprador, não age em nome próprio, mas o faz em nome e por conta da empresa que representa. Ao invés de atuar como vendedor, atua como mandatário do vendedor.

Doutrarte não faria sentido haver o legislador unificado, em um só capítulo, as duas espécies de contratos, distribuindo em seus dispositivos direitos subjetivos afetos a ambos. São contratos diversos sim, mas se fossem de naturezas tão contrárias, como pretende Venosa, não seriam tratados na lei daquela forma.

O desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco e professor da Escola Superior da Magistratura daquele Estado, Jones Figueiredo Alves, jurista que assessorou a Relatoria Geral da Comissão Especial do Novo Código Civil da Câmara dos Deputados, contribuiu escrevendo sobre o tema para a obra coordenada pelo Deputado Federal Ricardo Fiúza (PP-PE), intitulada Novo Código Civil comentado⁽⁸⁾. Ali, o autor diferencia o agente do distribuidor com base na disponibilidade do bem.

Natália Assis Melo⁽⁹⁾, advogada e professora da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, diferencia também o contrato de agência do de distribuição:

Como vimos, não se confundem os contratos de agência e de distribuição. Ambos encerram a contratação de mediadores que atuam na distribuição dos produtos do proponente. Na agência, esses produtos permanecem na esfera de disposição do proponente, que se liga diretamente à clientela, cabendo ao agente uma comissão pelo agenciamento prestado. Na distribuição, contrariamente, os produtos são transferidos à esfera patrimonial do distribuidor, de modo que o cliente com ele contrata a aquisição da coisa, e não com o proponente. A remuneração que lhe advém não é uma comissão, mas o lucro proveniente da diferença entre o preço de compra e o preço de revenda.

▪

2 O contrato de agência

A majoritária doutrina vem trabalhando com a hipótese de ser o contrato de agência uma nova intitulação para o contrato de representação comercial, pela natureza que lhe confere o art. 710 e pela menção à legislação especial de que trata o art. 721. Cabe informar que a representação comercial foi instituída pela Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965 e teve alterações conferidas pela Lei n. 8.420, de 08 de maio de 1992, donde se pinça o seguinte conceito:

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

Já o art. 710 do Código Civil assim define o contrato de agência:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de

certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Se a agência – de que trata o Código Civil – e a representação comercial – instituída pela lei especial – são a mesma forma de contratação, é assunto para se tratar em estudo mais aprofundado, eis que dificilmente se conseguirá, a esta altura, agrupar razões fundamentadas para negar a tendência doutrinária, mormente face às afirmações que neste sentido fizeram autores que participaram diretamente da tramitação do anteprojeto de Agostinho Alvim, que culminou na nova codificação civil, a exemplo do deputado Ricardo Fiúza e do então assessor de relatoria Jones Figueiredo Alves. Mas para o conteúdo e objetivo da presente pesquisa, este mérito é irrelevante. O que se pretende aqui é conceituar o contrato de agência, para posteriormente diferenciá-lo do de distribuição.

Agência então pode ser definida como negócio jurídico pelo qual uma das partes – o agente –, se obriga a promover, num exercício continuado ou não eventual, os negócios mercantis da outra parte – o agenciado, proponente, dono do negócio ou, como pretende alguns, "representado" –, sem caracterização de vínculo de emprego ou dependência hierárquica, em troca de remuneração, nos limites territoriais pactuados.

▪

3 O contrato de distribuição

Escorado em definição do espanhol Carlos Alberto Ghersi, Silvio de Salvo Venosa⁽¹⁰⁾ conceitua Distribuição como:

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

Este membro da Academia Paulista de Magistrados diferencia ainda contrato de distribuição do contrato de concessão, afirmando que neste último existe subordinação técnica e econômica ampla por parte do concessionário ao concedente e, no primeiro, o distribuidor conserva sua autonomia.

Paulo Eduardo Lilla⁽¹¹⁾, Acadêmico do Curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP e do Curso de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – SP, teve sua monografia agraciada com o 1º lugar no Concurso de Monografia e Pesquisa da Faculdade de Direito da FAAP – Prêmio Josaphat Marinho. O acadêmico, que foi orientado pelo Professor Dr. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, se apóia na lição de Orlando Gomes, para reafirmar que distribuição é a "atividade de revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área". Cita também Fábio Konder Comparato, que pugna a idéia de que concessão mercantil e franquia são espécies do gênero distribuição. Tomou-se a liberdade de citar o trabalho do referido discente, sem maiores títulos, não em desmerecimento dos consagrados autores que aqui se fazem pares, mas na sincera demonstração de amor à pesquisa, posto não se tratar de uma monografia qualquer, mas o trabalho vencedor de prêmio de relevância, o que confere ao autor características de bom pesquisador, que assim deve ser reconhecido e respeitado.

Natália Assis Melo⁽¹²⁾ veio afirmar que o contrato de distribuição do Código Civil é o próprio contrato de concessão mercantil, consagrado no direito estrangeiro, mas que no Brasil era contrato

atípico até a promulgação da Lei n. 6.729/79, agora renomeado pela legislação civil, passando a designar-se contrato de distribuição.

Humberto Theodoro Junior⁽¹³⁾ repele a idéia de que o contrato de distribuição se identifica com o de concessão mercantil, até porque, já se ressaltou, entende o respeitado professor que agência e distribuição são uma só modalidade de contrato. Eis o que afirma:

Mesmo quando a lei admite que o agente atue também como distribuidor (art. 710 do Código Civil), ele não se transforma num concessionário comercial. É que a mercadoria que o fornecedor coloca em poder do agente-distribuidor é objeto apenas de depósito ou consignação. O representante não a adquire do representado, de modo que a venda para o consumidor não assume a natureza de uma revenda. Juridicamente quem vende é o fornecedor e não o agente-distribuidor. A interferência deste na pactuação e execução do negócio final é de um mandatário e não de um revendedor.

Da mesma forma explanada no tópico anterior, cumpre apontar também aqui a irrelevância, para o presente estudo, da discussão acerca da identificação ou não do contrato de distribuição com o contrato de concessão. Imperioso por ora é demonstrar que o contrato de agência e o de distribuição são modalidades distintas de contrato, assunto que passamos agora a abordar.

▪

4 Agência e distribuição – contratos distintos

As similitudes entre os dois institutos por certo foi a razão de se apresentarem agrupados na ordem legislativa. A teleologia permite crer que o legislador os agrupou em razão de serem semelhantes, como de fato são.

Assim é que, vale frisar, os contratos de agência e de distribuição são igualmente consensuais, bilaterais, onerosos, comutativos, nominados (hodiernamente o segundo, como pretendem alguns), típicos, *intuitu personae*, de duração e informais. Ambos se prestam ao mesmo objeto mediato: promover de forma continuada ou não eventual, os negócios mercantis do proponente, sem dependência hierárquica, em troca de remuneração a base de comissões, dentro de zona pré-determinada.

Mas duas relevantes questões saltam ao intelecto: a) então, qual é a diferença entre eles? e b) qual a importância em diferenciá-los?

Para responder à primeira questão, tomaremos o art. 710 do Código Civil, para análise de seu conteúdo:

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

Imperioso notar que o legislador usou o colado dispositivo para conceituar o contrato de agência e, ao final, aponta uma hipótese em que, caso somado à agência, o fator modificador – a posse da coisa a ser comercializada – o contrato **caracteriza-se** distribuição. A norma permite, desta forma, acreditar que, se o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada, o contrato não será mais o de agência, mas de distribuição. A declaração de existência deste efeito, de transfiguração contratual de uma forma para outra, por parte do legislador, não permite crer se tratar de uma só

modalidade contratual, posto que impossível transformar-se em si mesmo. Inaceitável a hipótese de, na ontologia, um objeto sofrer interferências do meio para, ao final, transfigurar-se nele próprio.

Portanto, o contrato de agência e o contrato de distribuição são, na verdade, instrumentos distintos dos quais a empresa poderá lançar mão com o fito de escoar sua produção ou estoque. Contudo, vale lembrar que, conforme disposição dos bens nessa relação, poderá estar desvirtuado o objeto contratual, que poderá passar a ser regido por outras vias legais.

O art. 721 trás uma complicação a mais: "Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial".

Em menção ao silogismo aristotélico, caso vencedoras as teorias afirmadoras de que, a) agência e representação comercial são a mesma coisa e, b) agência e distribuição são só uma modalidade de contrato, será o mesmo que afirmar que distribuição é representação comercial. Ao conferir aplicação da lei especial para agência e para distribuição, estaria o art. 721 garantindo, por exemplo, ao distribuidor, os mesmos direitos e deveres reservados ao representante comercial, o que causaria no mercado usuário desses meios verdadeira baderna jurídica.

Na esteira da segunda questão, vale lembrar de antemão que não é novidade jurídica a descaracterização contratual que resulte em outra modalidade de pacto, mesmo sem a vontade das partes, até porque essas teorias comportam relevantes discussões judiciais em magníficos embates jurídicos diante dos tribunais. Assim é que milhares de ações ocupam o judiciário com questões como a do contrato de *leasing* e a descaracterização do arrendamento mercantil e sua transformação em compra e venda; também os caso de parceria rural que, por desvirtuação do objeto, passa a ser arrendamento; ainda, o mútuo que, de forma de empréstimo passa a ser locação caso receba característica de onerosidade.

Aqui, o contrato de agência se transforma em distribuição caso o agente passe a levar consigo a coisa a ser comercializada. A importância desta distinção se apega em diversos fatores, mormente nesta fase de busca por pacificação das interpretações da norma. São questões, na maioria, de ordem prática que poderiam causar confusão e quebra de confiança no contrato.

Para fomentar debates, afirma-se, por exemplo, que o agente que leva consigo um mostruário e cede parte dele em entrega de venda não será distribuidor, mas, se o produto que lhe é entregue tem destinação à venda, descaracterizada estará a agência, tratar-se-ia de distribuição.

Outra questão relevante se monta no fato onde uma empresa atacadista de secos e molhados, como única distribuidora – exclusiva – dos produtos de indústria que assim a abastece, pode passar a ter direito a aviso-prévio de 90 dias, no mínimo, mais indenização, se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo de forma a tornar antieconômica a continuação do contrato.

Os tribunais terão papel de suma importância na pacificação de questões como estas e outras, que surgirão com o tempo, mas a comunidade científica, formada por atentos investigadores, tem responsabilidade ainda maior, pois estará dotando os tribunais de instrumentos doutrinários, para que estes decidam escorados em seus fundamentos.

▪

Bibliografia

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v.

FIÚZA, Ricardo. (Org.). *Novo código civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 127. p. 229-247, jul./set. 2002.

MELO, Natália Assis. A problemática da indenização decorrente da rescisão do contrato de distribuição em razão do tratamento dado pelo novo Código Civil. *Revistas ESMape – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, Recife, n. 15, 2003. Disponível em <http://www.esmape.com.br/revista/natalia_assis_rev15.htm>. Acesso em 03 dez. 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do Contrato de Agência e Distribuição no novo Código Civil. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto301.htm>>. Acesso em 11 nov. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

▪

Notas

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 625.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do Contrato de Agência e Distribuição no novo Código Civil. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto301.htm>>. Acesso em 11 nov. 2003.

³ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 512.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 309-310.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v. p. 479-503.

⁶ VENOSA, op. cit., p. 625-635.

⁷ THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 4.

⁸ FIÚZA, Ricardo. (Org.). *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 655-665

⁹ MELO, Natália Assis. A problemática da indenização decorrente da rescisão do contrato de distribuição em razão do tratamento dado pelo novo Código Civil. *Revistas ESMape* – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Recife, n. 15, 2003. Disponível em <http://www.esmape.com.br/revista/natalia_assis_rev15.htm>. Acesso em 03 dez. 2003.

¹⁰ VENOSA, op. cit., p. 633.

¹¹ 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. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 127. p. 229-247, jul./set. 2002.

¹² MELO, op. cit., p. 3.

¹³ THEODORO JUNIOR, op. cit., p 54.