

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



Tesis Doctoral

O CONTRATO ESTIMATÓRIO NO ÂMBITO DA DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL

MICHELE NÓBREGA ELALI

Directores: Prof. Dr. Fernando Carbajo Cascón

Prof^a. Dr^a. Maria José Vaquero Pinto

Doble titulación con la Universidade de São Paulo

Co-tutor: Prof. Dr. Newton De Lucca

Salamanca, 2018

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPÍTULO I. APROXIMAÇÃO À FIGURA DO CONTRATO ESTIMATÓRIO E DIREITO POSITIVO COMPARADO | 17 |
| 1. Contrato estimatário: Estudo sobre o surgimento da figura | 17 |
| 1.1. Direito romano. <i>Corpus Iuris Civilis</i> | 17 |
| 1.2. Fontes clássicas realmente aplicáveis à figura. <i>Digesto e Institutas</i> | 21 |
| 1.3. Textos pré e pós justinianos. Pauli Sententiae, Paraphrasis Graeca, Basilicorum libri e Scholia di Stefano | 23 |
| 1.4. Retomada. Pandestística | 25 |
| 1.5. Doutrina contemporânea que se debruçou sobre o estudo do nascimento da figura no mundo jurídico | 31 |
| 2. Direito positivo | 33 |
| 2.1. Recepção germânica | 33 |
| 2.2. Retrocesso: Exclusão do contrato estimatário no <i>BGB</i> alemão. Seus argumentos | 39 |
| 2.3. Legislações vigentes que normatizam o contrato estimatário, editadas no século XX. 43 | |
| 2.4. O panorama do contrato estimatário nas normativas do século XXI. Brasil: Código Civil de 2002. Espanha: Anteprojeto do Código de Comércio de 2013. Argentina: Novo Código Civil e Comercial de 2015 | 54 |
| 2.5. Conclusão sobre a incompletude das poucas regulamentações | 59 |
| CAPÍTULO II. DETERMINAÇÃO DE SUA AUTONOMIA FRENTE A OUTROS CONTRATOS AFINS E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL | 62 |
| 1. A natureza jurídica do contrato estimatário e as figuras afins | 62 |
| 1.1. Sociedade | 65 |
| 1.2. Mandato | 67 |
| 1.3. Arrendamento ou locação de serviços | 69 |
| 1.4. Depósito | 70 |
| 1.5. Compra e venda e suas espécies | 74 |
| 1.6. Comissão de venda | 81 |
| 2. Tipicidade social num contrato atípico nacional e internacionalmente | 85 |
| 3. Conclusões sobre o regime jurídico aplicável ao contrato estimatário e a autonomia da vontade | 97 |
| CAPÍTULO III. CONTORNOS DO CONTRATO ESTIMATÓRIO – FORMAÇÃO, CONTEÚDO E EXTINÇÃO | 102 |
| 1. Delimitação geral do contrato estimatário | 102 |
| 1.1. Conceito e aspectos característicos | 102 |
| 1.2. Causa. Função econômica. Promoção de vendas | 108 |

| | |
|--|-----|
| 1.3. Âmbitos de utilização do contrato estimatório | 109 |
| 1.4. Traços essenciais..... | 112 |
| 1.5. Preço | 117 |
| 1.6. Prazo | 118 |
| 1.7. Forma..... | 120 |
| 1.8. Consensualidade negocial | 122 |
| 1.9. Interpretação hodierna dos conteúdos contratuais | 128 |
| 1.10. Vantagens. <i>Tradens</i> : Poupa gastos logísticos. Aproveitamento de infraestruturas alheias. <i>Accipiens</i> : Não suporta o risco de revenda. Financiamento..... | 130 |
| 1.11. Direitos e obrigações das partes: <i>Tradens</i> e <i>Accipien</i> | 132 |
| 1.12. Classificações do contrato estimatório com especial referência à alternatividade das prestações..... | 133 |
| 1.13. O objeto do contrato estimatório. Possibilidade de ser bem imóvel | 139 |
| 1.14. O risco | 142 |
| 1.14.1. <i>Tradens</i> : risco da revenda. <i>Accipiens</i> : risco da perda..... | 142 |
| 1.14.2. Exceções: Risco de perda e perecimento imputável ao <i>tradens</i> | 146 |
| 1.15. Transmissão da propriedade..... | 148 |
| 2. Extinção do contrato estimatório..... | 154 |
| 2.1. Por causa normal. Adimplemento..... | 154 |
| 2.2. Por atos de vontade. Resilição: distrato e denúncia..... | 155 |
| 2.3. Por causas que acarretem prejuízo a uma das partes. Resolução. Rescisão. Onerosidade excessiva | 156 |
| 2.4. Falência de uma das partes..... | 158 |
| 2.5. Causas não aplicáveis. Perda do objeto. Cessação | 158 |
| 2.6. Consequências dos inadimplementos das obrigações | 159 |
| 2.7. Considerações sobre as formas de extinção | 162 |
| 3. Responsabilidade do <i>tradens</i> e <i>accipiens</i> frente aos consumidores e usuários | 163 |
| 3.1. Responsabilidade por falta de conformidade | 163 |
| 3.2. Responsabilidade por produtos defeituosos | 165 |

CAPÍTULO IV. A GLOBALIZAÇÃO E A CONJUNTURA INTERNACIONAL DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

| | |
|---|-----|
| 1. O fenômeno da globalização..... | 169 |
| 2. Os blocos econômicos e a regulamentação internacional do contrato estimatório no âmbito aduaneiro e fiscal | 175 |
| 3. A União Europeia e o contrato estimatório..... | 176 |
| 4. O MERCOSUL e o contrato estimatório | 182 |
| 5. Peculiaridades do contrato estimatório internacional no Brasil: legislação e procedimentos aplicáveis à exportação e importação | 185 |

| | |
|--|---------|
| CAPÍTULO V. UTILIDADE PRÁTICA RELEVANTE NO ÂMBITO DA DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL | 194 |
| 1. Distribuição comercial | 194 |
| 1.1. Modalidades de distribuição comercial | 200 |
| 1.2. Sistema de distribuição indireta | 203 |
| 2. O contrato estimatório na distribuição comercial..... | 205 |
| 2.1. Contrato de adesão..... | 208 |
| 2.2. Contrato verbal..... | 211 |
| 2.3. Exigência de compra mínima..... | 214 |
| 2.4. Estoques remanescentes | 217 |
| 2.5. Obrigação de procurar a venda | 221 |
| 2.6. Imposição dos preços máximos e mínimos de venda..... | 222 |
| 3. Principais setores onde está inserido o contrato estimatório | 223 |
| 3.1. Produtos de luxo | 224 |
| 3.2. Vestuário..... | 228 |
| 3.3. Editorial | 229 |
| 4. Recorte econômico desde a perspectiva da logística reversa | 235 |
| 4.1. Logística | 236 |
| 4.2. Logística reversa | 239 |
| 4.3. Logística reversa de pós-venda | 243 |
| 4.4. Contrato estimatório no contexto da logística reversa de pós-venda | 244 |
| 4.5. Destinação dos produtos..... | 246 |
| 4.6. Abertura de um novo mercado: os <i>Outlets</i> | 247 |
| 4.7. Conclusões a respeito da relevância do uso da logística reversa no contrato estimatório como ferramenta estratégica do mercado e alternativa às destinações das mercadorias..... | 249 |
| 5. As regulamentações aplicáveis e os projetos de lei dos contratos de distribuição comercial..... | 249 |
| 5.1. Brasil: Código Civil, Lei Ferrari, Lei de Franquia, Lei dos Representantes Comerciais e Projeto do Novo Código Comercial | 249 |
| 5.2. União Europeia e cenário internacional: Marco comum de referência europeu e Princípios UNIDROIT | 254 |
| 5.3. Espanha: <i>Ley de ordenación del comercio minorista, Ley sobre condiciones generales de la contratación, Ley de agencia, Proyecto de Ley de Contratos de Distribución e Proyecto de Ley del Código Mercantil</i> | 260 |
| CAPÍTULO VI. CONTRATO ESTIMATÓRIO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA, COM ESPECIAL REFERÊNCIA AO CONTEXTO DA DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL | 270 |
| 1. Panorama geral | 270 |
| 2. As estruturas de mercado | 272 |
| 3. Surgimento das regras de direito concorrencial..... | 274 |
| 4. Primeiras normas positivadas: Estados Unidos e a evolução do direito antitruste..... | 275 |

| | |
|--|-----|
| 5. Brasil: Preceitos do direito concorrencial e a flexibilidade da norma..... | 279 |
| 6. A postura do Superior Tribunal de Justiça brasileiro | 286 |
| 7. Sistema brasileiro de defesa da concorrência | 290 |
| 8. O direito da concorrência na Europa..... | 291 |
| 9. A legislação da Espanha em matéria de direito da concorrência | 295 |
| 10. Sistema espanhol de defesa da concorrência | 297 |
| 11. A importância das regulamentações..... | 299 |
| 12. Posição dominante..... | 300 |
| 13. Abuso de posição dominante | 303 |
| 14. Dependência econômica e discriminação | 304 |
| 15. As diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica, como abuso de posição dominante | 306 |
| 16. Possível resultado: estímulo ao monopólio e seus impactos | 307 |
| 17. Problemática: identificação da ilicitude nas condutas e seus meios probatórios | 309 |
| 18. A dinâmica do Mercado e a necessidade de flexibilização das normativas no âmbito do direito concorrencial a nível global | 311 |
| 19. Contrato estimatório sob as perspectivas do <i>tradens</i> e do <i>accipiens</i> em situação de dependência econômica..... | 312 |
| 19.1. O <i>tradens</i> como parte forte da relação | 313 |
| 19.2. O <i>accipiens</i> exercendo poder no contrato estimatório | 315 |
| 19.3. Os reflexos e as medidas a serem adotadas..... | 317 |
| | |
| CAPÍTULO VII. A INSOLVÊNCIA DO <i>TRADENS</i> E DO <i>ACCIPIENS</i> | 321 |
| 1. Crise empresarial e insolvência | 321 |
| 2. A organização empresária e os pressupostos de aplicabilidade das normas falimentares .. | 322 |
| 3. A recuperação empresarial como instituto jurídico..... | 323 |
| 4. O uso do remédio da recuperação e as implicações nas relações contratuais estimatórias | 326 |
| 5. A crise empresarial irreversível: falência..... | 327 |
| 6. O contrato estimatório e a falência..... | 329 |
| 7. Normatização legislativa. Interpretação e aplicação ao contrato estimatório..... | 330 |
| 8. Problemas de ordem prática na falência..... | 332 |
| 9. Continuação e extinção dos contratos | 333 |
| 10. Na falência, cedo ou tarde, os contratos em curso ou de trato sucessivo encontrarão seu fim. A compatibilização com a regra da manutenção contratual..... | 335 |
| 11. A classificação e o pagamento dos créditos..... | 337 |
| 12. Falência do <i>tradens</i> | 343 |
| 13. Falência do <i>accipiens</i> | 346 |
| 14. Restituição ao <i>tradens</i> da mercadoria em poder do <i>accipiens</i> falido..... | 347 |
| 15. <i>Accipiens</i> : Não restituição. Adimplemento alternativo: pagamento da <i>aestimatio</i> | 350 |
| 16. Inclusão de cláusula resolutiva expressa nos contratos estimatórios para situações de crise: recuperação ou falência..... | 358 |
| 17. Possíveis interpretações às normativas de Espanha e Brasil em matéria de cláusula resolutiva expressa e restituição na crise empresarial | 360 |

| | |
|---|-----|
| 18. Projetos de leis que alteram a legislação falimentar e suas possíveis implicações na relação contratual estimatória | 365 |
| 19. <i>Propuesta de redacción a la Nueva Ley Concursal</i> da Espanha..... | 365 |
| 20. Projeto para Nova Lei Falimentar do Brasil | 368 |

**CAPÍTULO VIII. CONTRATO ESTIMATÓRIO E ASPECTOS
TRIBUTÁRIOS MAIS RELEVANTES**

| | |
|---|-----|
| 1. Reflexos de ordem tributária no contrato estimatório..... | 371 |
| 2. Brasil | 371 |
| 2.1. Consignação mercantil, consignação industrial e consignação de veículos automotores usados. Hipóteses de incidência do IPI, ICMS e ISS | 371 |
| 2.2. Operacionalização junto aos órgãos fazendários brasileiros da consignação mercantil e da consignação industrial | 375 |
| 2.3. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre os tributos incidentes no contrato estimatório de veículos automotores usados | 377 |
| 3. Espanha: contrato estimatório e o IVA | 381 |

CONCLUSÕES.....

| | |
|-----------------------------------|------------|
| REFERÊNCIAS | 394 |
| PRECEDENTES JUDICIAIS..... | 426 |
| BRASIL | 426 |
| ESPAÑA | 429 |

| | |
|---|--------------|
| APÊNDICES | 431 |
| RESUMO DA TESE EM ESPANHOL..... | 432 |
| CONCLUSÕES DA TESE EM ESPANHOL | |

INTRODUÇÃO

Atualmente o contrato estimatório é um negócio muito utilizado no tráfico jurídico mercantil. Pode-se afirmar que nunca antes gozou de tanta relevância nem esteve tão presente como agora, revelando-se instrumento extremamente valioso nas transações comerciais, sobretudo com a massificação do consumo.

A crescente importância do contrato estimatório evidencia os múltiplos problemas levantados pelo mesmo. Em especial e sem desmerecer outras questões -a prestação de contas, a responsabilidade pelo risco, dentre diferentes problemáticas-, destaca, na maioria das demandas, a controvérsia em torno a exata natureza jurídica do negócio, da que dependem suas consequências. Em ocasiões, resulta, inclusive, complicado afirmar a existência do contrato. Logo, é frequente que quando reclamada uma quantidade de dinheiro, se discuta se deve-se abonar o preço de todas as mercadorias, por tratar-se de uma compra e venda perfeita, ou apenas o correspondente às mercadorias efetivamente vendidas, por tratar-se de um autêntico contrato estimatório.

O papel fundamental que desempenha nas relações mercantis, não se vislumbrou correspondido com um tratamento doutrinal adequado, pois são escassos os trabalhos monográficos sobre a figura e destacável a ausência de critérios unânimes na resolução dos conflitos mais típicos.

A diversidade de soluções propostas é, em boa medida, consequência da falta de um conhecimento mais profundo do instituto e da atipicidade do contrato que, mesmo sendo autônomo, normalmente carece de regulação específica. Esta circunstância obriga a aproximar seu estudo ao de outros negócios com os quais apresenta afinidade e, em particular, os contratos de compra e venda, comissão e depósito, com a dificuldade que isso implica. Cabe afirmar, pois, que a atipicidade legal é totalmente divergente da consagrada tipicidade social do contrato, indubitavelmente favorecida por seu uso constante nas transações comerciais.

Por outro lado, são também díspares os pronunciamentos judiciais sobre o contrato estimatório, se bem que constituem um recurso fundamental na análise dos principais

problemas levantados pelo mesmo. Suscitando interesse e concedendo-lhe plena atualidade jurídica.

A pesar dos inconvenientes apontados, é extremamente necessário abordar os conflitos derivados do contrato estimatório, desde o pressuposto do reconhecimento de sua autonomia, buscando soluções uniformes para questões como a transmissão da propriedade, a natureza das obrigações derivadas do contrato, as consequências da insolvência. Apenas, então, será possível que o Direito proporcione ao contrato estimatório o tratamento específico que merece e aos sujeitos envolvidos certa segurança jurídica.

Neste trabalho se pretende elaborar um estudo do contrato estimatório dividindo-o em oito capítulos segundo as diferentes abordagens que merece atenção de maneira segmentada, mas que se encontram, unindo e dando forma a toda sua estrutura, através de um exame que confronta os sistemas jurídicos do Brasil e da Espanha.

O Capítulo I toma como ponto de partida o Direito romano e sua evolução posterior, passando pela pandectística até encontrar as suas regulamentações no século XXI, aproximando à figura do contrato estimatório desde uma perspectiva história até o direito positivo comparado, propondo crítica às poucas e incipientes leis, de alguns países, que se dedicaram a incluí-los nos seus ordenamentos jurídicos, de modo a suscitar reflexões sobre os impactos que seu desprestígio normativo tem causado, vez que suas breves regulações são incapazes de afrontar os problemas jurídicos mais relevantes.

Por sua vez, o Capítulo II se inclina-se a investigar da sua autonomia frente a outros contratos afins, construindo todas as bases que atestam sua singularidade e o afasta daqueles com que guarda semelhança, como a compra e venda e a comissão; evidenciando que a sua corrente atipicidade legal vai de encontro a consagrada tipicidade social, buscando encontrar uma solução a respeito do regime jurídico aplicável.

Os contornos do contrato estimatório são esboçados no Capítulo III, que inicia-se com a delimitação geral da figura, destrinchando seu conceito e aspectos mais característicos, para, na sequência, debruçar-se sobre sua função econômica de promoção de vendas e seu âmbito de utilização, demarcando cada uma de suas particularidades, com especial referência ao preço, prazo, forma e qualificação, que lhe outorga a particularidade de apresentar obrigações alternativas, na medida em que não autoriza a transmissão da propriedade durante o curso do contrato; examinando as vantagens concedidas ao *tradens*

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

para que poupe gastos logísticos e aproveite de infraestruturas alheias, enquanto o *accipiens* abastece seu estabelecimento, mas não suporta os riscos de revenda, respondendo pela perda do objeto; averigua quais as causas de extinção do contrato estimatório e como se dá a proteção dos consumidores e responsabilidade do *tradens* e *accipiens* frente a eles.

O Capítulo IV destaca o fenômeno da globalização e a conjuntura internacional do contrato estimatório, preocupando-se com a sua inserção dentro dos esquemas de unificação comercial e extinção das barreiras alfandegárias dos blocos econômicos, com especial atenção à União Europeia e ao MERCOSUL, sopesando as peculiaridades do contrato estimatório internacional no contexto brasileiro, levando em consideração a legislação e procedimentos aplicáveis à exportação e importação.

Na sequência, o capítulo V estuda a utilidade prática relevante do contrato estimatório no âmbito da distribuição comercial, desde sua atuação individualmente considerada até sua inclusão dentro das modalidades de distribuição indireta integrada, servindo, pelo menos, às mais importantes, como a franquia, a concessão e a distribuição seletiva, sempre que for interessante para o distribuidor e o produtor a inclusão do regime estimatório no seu negócio; segue com o estudo da formação do contrato dentro deste cenário e as problemáticas oriundas dos contratos de adesão e verbais, ou da sua própria estrutura quando se inclui exigências de compras mínima e como isso se equaciona com sua natureza jurídica e a compra e venda; ocupa-se de indicar pormenorizadamente os principais setores onde está inserido o contrato estimatório, mormente o de produtos de luxo, vestuário e o editorial, fazendo um recorte de cunho econômico que mergulha na logística reversa como forma de encontrar destinação para os produtos devolvidos, dentre elas a abertura de novos mercados, como os *outlets*; alcançando, por fim, a apreciação a respeito das regulamentações aplicáveis e os projetos de leis dos contratos de distribuição comercial.

O Direito da concorrência é o tópico central do Capítulo VI e procede com uma análise com especial referência ao contrato estimatório no contexto da distribuição comercial, onde merece prudência, notadamente, as situações que revelam condutas, do *tradens* ou *accipiens*, de abuso de dependência econômica, como ilícito de competência desleal ou, quando detentor de posição dominante em mercado relevante, ilícito por seu

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

abuso, dentro das normas de livre concorrência, que se dedicam a preservar a ordem econômica.

Por sua vez, o Capítulo VII concentra-se nas situações de insolvência do *tradens* ou do *accipiens* e a questão inerente a continuidade ou não dos contratos estimatórios nessas situações, procurando solução para a possibilidade de se incluir ou não cláusulas resolutivas expressas que tenham por objeto simplesmente a crise de uma das partes, priorizando apenas a autonomia da vontade, sem considerar a função social do contrato ou o equilíbrio dos credores no processo falimentar.

O Capítulo VIII volta seus olhares para os aspectos tributários mais relevantes quando há contratação estimatória, mergulhando na análise dos reflexos e tributos incidentes sobre a sua transação; dedicando-se a examinar os tipos de consignação considerados pelo fisco brasileiro: mercantil, industrial e de veículos usados, na medida que implicam incidência de tributos diversos, sendo eles estadual, federal e municipal e traçando um paralelo com o regime tributário do contrato estimatório com a tributação unificada de impostos indiretos adotada pela Espanha, o IVA.

CONCLUSÕES

I. O contrato estimatório tem origem no tráfico mercantil romano e, através dos preceitos justinianos, passou a integrar o sistema jurídico, sendo certo que desde sua configuração inaugural tem sofrido modificações em virtude da necessidade de se adaptar à constante evolução social. Séculos depois foi recepcionado no direito positivo bávaro, mas não mereceu inclusão no *BGB* sob o argumento de que a transação poderia assumir tantas nuances que uma disposição legal taxativa representaria uma limitação que chocaria com as diferentes práticas do negócio, o que poderia prejudicar o interesse privado.

II. A escolha do legislador germânico, ao entregar as regras do contrato estimatório à autonomia da vontade, desencadeou danosos reflexos sobre diversos aspectos, desprotegendo as partes débeis e entregando-as ao livre arbítrio daquelas detentoras de poder na transação. Desconsiderou a homogeneidade e autonomia do modelo contratual, gerando influência sobre as regulações de outros países que seguiram seu modelo e travando, através da sua omissão, o desenvolvimento doutrinário e legal a respeito da figura.

III. Como consequência do desprestígio normativo anterior e da inspiração fundada fortemente nas codificações alemãs e napoleônicas, o contrato estimatório somente alcançou mais atenção legal após a promulgação do *Codice Civile* que o incluiu nos seus preceitos, outorgando à Itália importância singular não apenas na criação e positivação moderna do contrato, mas, sobretudo, na doutrina, que realizou grande contribuição para o seu estudo. Alguns poucos países, especialmente os ibero-americanos, seguiram o exemplo italiano, e apenas no século XXI o Brasil, de forma embrionária, logrou tipificar o contrato.

IV. O reconhecimento legal caminha em descompasso com as aceleradas e profundas transformações sociais, revelando leis com vigência, mas sem vigor, posto que não retratam adequadamente a realidade política e econômica e tampouco concedem o devido atendimento legislativo ao instituto que tem papel fundamental no interdependente e dinâmico cenário global. É indispensável que se mitiguem os efeitos negativos desencadeados à realidade de mercado, que compromete a segurança jurídica das relações, e que países, como a Espanha, criem e concluam leis que apreciem e abarquem o contrato estimatório, notadamente seu *Proyecto de Ley del Código Mercantil*, que está em curso.

V. A ausência ou incipiência das regulamentações fazem com que o contrato estimatório apresente natureza muito controvertida, tendo como resultado as tentativas da doutrina e da jurisprudência de enquadrar a figura em um dos contratos típicos, mas, embora apresente semelhanças, em especial com a compra e venda, o depósito e a comissão, não se confunde com nenhum deles, pois ostenta autonomia e independência, derivadas de sua consagrada tipicidade social.

VI. O maior problema gerado diz respeito à incongruência dos argumentos invocados por cada parte do acordo, que se baseiam em outras disciplinas e extraem delas, sem razoabilidade, os traços que mais lhe favorecem. A presença das afinidades e a reunião de vários elementos correspondentes a outros contratos é irrefutável, mas não autoriza a substituição interpretativa de um contrato por outro, e isso precisa ser definitivamente superado e respeitada a autêntica unidade econômica do contrato estimatório.

VII. Tendo em vista o inexistente ou insuficiente disciplinamento na lei é necessário observá-lo desde a ótica da autonomia da vontade, das regras gerais impostas nos códigos, particularmente os civis e mercantis, os critérios já assentados pelos usos e costumes e a analogia, valendo-se da regulação dos contratos típicos, desde que se realize estritamente a respeito dos pontos convergentes, a exemplo das regras previstas no depósito que tratam da custódia e da restituição, os princípios da comissão que tratam da atuação em nome próprio e as normas de compra e venda que determinam aspectos relacionados à entrega da coisa, o equilíbrio entre as prestações e o preço pactuado.

VIII. O elementos conceituais do contrato estimatório referem-se a uma transação onde o *tradens* entrega uma coisa, com a estimação do seu valor, para ser vendida pelo *accipiens*, que, transcorrido o prazo fixado, pode devolvê-la, se não conseguir vender ou não quiser ficar para si, ou pagar a *aestimatio*, obtendo como vantagem o sobrepreço da venda. Normalmente essa espécie contratual recebe a denominação, imprópria, de venda em consignação, possui como função econômica primordial a promoção de vendas à terceiros, constituindo, por conseguinte, um contrato de colaboração.

IX. A utilização do contrato estimatório abrange vários setores, criando vínculo contratual entre particulares e empresários ou apenas entre estes, que usam intermediários para distribuir seus produtos no mercado, garantindo ao *tradens* o aproveitamento de infraestruturas alheias e economia com gastos logísticos, enquanto o *accipiens* não suporta

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

o risco da revenda, abastece seu estabelecimento sem desembolsar o valor da mercadoria, o que lhe supõe um meio de financiamento.

X. A obrigação do contrato é de caráter alternativo e ainda que o *accipiens* incorra em mora, a princípio, não perde seu direito de eleição, mas será responsabilizado pelos prejuízos que causar. Durante o contrato a posse é atribuída ao *accipiens*, com um poder de disposição exclusivo e ilimitado, enquanto que a titularidade da propriedade é reservada ao *tradens*; deste modo, a tradição não implica na transmissão da propriedade, que só ocorre com o pagamento da *aestimatio*.

XI. As coisas objeto do contrato podem ser imóveis, desde que seja outorgado ao *accipiens* poder, reduzido a termo em instrumento público próprio, para transferir a propriedade. Dois tipos de riscos podem se apresentar no contrato estimatório: o risco da perda, do qual é responsável o *accipiens*, respondendo pelo perecimento e deterioração da coisa, ainda que ocorra por caso fortuito ou força maior, e a restituição se impossibilite por sua culpa; e o risco da revenda, suportado pelo *tradens*, que deve receber a mercadoria não vendida pelo *accipiens*, tendo de suportar o encalhe.

XII. O contrato estimatório se extingue pelo seu adimplemento, no momento da prestação de contas; por atos de vontade, mediante a resilição, seja por interesse mútuo, através do distrato, ou seja individual, pela denúncia; por causas que acarretem prejuízo a uma das partes, por rescisão, se houver a identificação de alguma causa de nulidade, pela aplicação da teoria da imprevisão, quando causa superveniente implique onerosidade excessiva a uma das partes, ou com a resolução, quando o *tradens* ou o *accipiens* descumpra suas obrigações, hipótese que o obriga a indenizar o prejudicado.

XIII. A falência das partes não autoriza a extinção contratual, posto que a regra determina sua continuidade, a não ser que seja mais benéfico para a massa por fim ao negócio; igualmente, não se rompe o contrato por cessação, uma vez que a morte do *tradens* ou do *accipiens* não altera o andamento do contrato; a perda do objeto tampouco é causa de extinção, pois caso ocorra irá implicar na obrigatoriedade de adimplir com a prestação que subsiste, a de pagar a *aestimatio*.

XIV. Na seara das relações de consumo, observa-se que o *accipiens* celebra o vínculo contratual e, portanto, se responsabiliza diretamente com o consumidor por falta de conformidade, estando este autorizado à ação contra o *tradens* quando for impossível ou

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

exija uma carga excessiva se dirigir frente a ele, o que permite classificar tal ação como legalmente subsidiária. Caso a responsabilidade seja derivada de produtos defeituosos, então, o *tradens* responderá objetivamente pela reparação dos danos, mas se este não for identificado, o consumidor pode acionar o *accipiens*. Aquele que respondeu frente ao consumidor pelo dano causado tem o direito de propor ação de regresso.

XV. O fenômeno da globalização impacta na ordem econômica, social e cultural, concedendo nova atualidade ao contrato estimatório no tráfego mercantil em constante evolução, onde os agentes econômicos precisam valorizar as oportunidades e opções disponíveis, utilizando sua liberdade de realização através da eleição de mecanismos práticos que permitam mantê-los competitivo no mercado. Esse cenário de integração mundial fez surgir os blocos econômicos, que unem países e impulsiona o comércio, intensificando as transações comerciais e reduzindo as fronteiras entre nações, atribuindo ao contrato estimatório o papel de permitir o envio de mercadorias ao exterior, viabilizando a abertura de novos mercados e garantindo a formação e manutenção de estoque no estrangeiro, o que resulta no encurtamento dos prazos de entrega, agilidade e racionalização da logística da distribuição.

XVI. No âmbito da União Europeia, a adoção de uma moeda única facilita o uso do contrato estimatório internacional, ultrapassando os problemas gerados pelos vários tipos de câmbios, já que nesse contrato as mercadorias enviadas podem retornar aos seus países de origem, sendo crucial para o aumento da sua agilidade a abolição de barreiras aduaneiras e do controle de mercadorias nas fronteiras internas da UE.

XVII. No MERCOSUL não funciona com as mesmas facilidades que a UE e outros blocos, mas o seu Código Aduaneiro prevê como regime especial a remessa em consignação, permitindo a circulação de mercadorias sem que se paguem os tributos enquanto estiver na condição de depósito aduaneiro, para que logo se converta em outro regime e possa ou não haver incidência de tributo.

XVIII. No Brasil, quando não existir regras oriundas de blocos econômicos do qual seja signatário, a legislação aplicável à exportação e importação classifica a mercadoria, sujeita ao contrato estimatório, como regime de entreposto e deixa suspenso o pagamento dos tributos até que haja reexportação ou exportação, despacho para consumo, transferência

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

para outro regime aduaneiro ou destruição. Caso surjam conflitos entre a legislação nacional e os tratados, estes prevalecem.

XIX. O mecanismo do contrato estimatório serve para a distribuição comercial como uma importante estratégia de cooperação entre empresários e viabiliza o atendimento das demandas, disponibilizando produto aos consumidores em diversas zonas do mercado, de forma continuada. Quando adotada, a distribuição indireta não integrada, garante ao *tradens* uma drástica diminuição da infraestrutura necessária para divulgar e comercializar seus produtos, mediante a delegação dessa função aos colaboradores externos, sem que isso implique em integração entre os agentes econômicos envolvidos e, justamente por isso, acaso surjam conflitos serão analisados segundo as regras do direito contratual, tendo em vista que para se falar em direito antitruste é necessário haver integração vertical.

XX. Dentro da distribuição indireta integra o regime estimatório, que também pode se revelar extremamente interessante, tanto para as modalidades de franquia, quanto para as de concessão mercantil. Nesses contratos marcos, a cláusula de fornecimento da mercadoria geralmente é preenchida com a compra e venda, mas pode ser substituída ou dar espaço para a consignação, com o fito de se realizar o abastecimento sem que haja a transmissão da propriedade.

XXI. Com o aquecimento do mercado especializado em artigos de luxo, a distribuição indireta seletiva, que dedica-se à cuidar minuciosamente do prestígio da marca, da informação e atenção ao cliente antes e depois da venda, com assistência técnica especializada, muitas vezes se realiza através do contrato estimatório. Essa forte atuação da figura faz com que cresça desenfreadamente e seja útil para as mais variadas espécies de distribuição.

XXII. Nas hipóteses em que o *accipiens* é o franqueado, concessionário ou distribuidor seletivo, é possível que o pacto estimatório se sujeite a análise e proteção do direito antitruste, quando apreciado desde a ótica do contrato marco, devendo ser em cada caso avaliada a admissibilidade de aplicação do direito da concorrência.

XXIII. Muitas vezes os acordos de distribuição são formatados apenas por uma das partes, que utiliza os contratos de adesão para impor unilateralmente suas regras ao outro agente econômico; e em outras situações, os contratos sequer são reduzidos a termo. Desta maneira, a ausência de regras impositivas, atrelado aos pactos verbais, desencadeiam

muitos problemas e severas dificuldades são enfrentadas no âmbito judicial para dirimir conflitos derivados dessas situações, manifestando-se indispensável à adoção de medidas protetivas e a não incorporação das condições que mereçam a qualificação de abusivas.

XXIV. Algumas práticas clássicas empregadas na distribuição comercial trazem reflexos ao negócio quando se tenta conciliar com o regime estimatório, e por isso, precisam ser avaliadas. As cláusulas de exigência de compra mínima são comuns e o judiciário tem admitido a resolução contratual, nos casos em que o distribuidor não alcance os objetivos determinados, dando ensejo, conseqüentemente, ao descumprimento do ajuste, desde que a cláusula de fixação de objetivos não seja abusiva, desproporcional ou careça de realidade prática.

XXV. A imposição ao distribuidor de compras mínimas choca diametralmente com a principal característica apresentada pelo contrato estimatório: o direito a devolução da mercadoria não vendida. Entretanto, para mitigar seus efeitos, o *tradens* insiste em incluí-la a fim de limitar devoluções, racionalizar a produção e assegurar contas mínimas ao seu negócio, o que implica, dentro desse contexto de compatibilização, na promoção de um arranjo contratual misto, formado pelo contrato estimatório, no que tange aos bens que podem ser retornados, e pela compra e venda, no que se refere aos produtos que serão, desde logo, adquiridos em firme e vedada a sua devolução. Questões derivadas dos estoques remanescentes se aplicam, apenas, à parcela do contrato que corresponde a uma compra e venda, estando autorizada a imposição de recompra, excepcionalmente nos casos de ruptura abusiva da relação contratual.

XXVI. O contrato estimatório tem intensa presença em basicamente três setores: naqueles em que se apresenta alguma singularidade e exige um desembolso muito alto do distribuidor para aquisição dos produtos: joias, metais preciosos, carros de luxo e embarcações; e nos segmentos que produzem em larga escala e que sofrem influência direta da sazonalidade das estações, moda ou época do ano: vestuário, artigos de natal, de páscoa e juninos, ou que geram incertezas e inseguranças quanto à conquista do mercado: livros, cosméticos e perfumaria.

XXVII. Alguns mercados apresentam um elevado índice de devolução de produtos, levando o *tradens* a desenvolver dentro da sua empresa a logística reversa, com o propósito de encontrar a melhor destinação para essa mercadoria que retorna. Dentre as destinações

mais comuns está a de reincorporar ao seu inventário para que novamente seja posta à venda imediatamente; armazenar por um longo período, em função da sua sazonalidade, até que seja oportuno levar para o mercado novamente; vender os produtos em mercados secundários, para conseguir algum valor residual; doar os produtos, especialmente à países de terceiro mundo ou na utilização como instrumento de campanhas promocionais. O reaproveitamento dos produtos pode ser responsável pela abertura de novos mercados, a exemplo dos *outlets*.

XXVIII. Os *outlets* representam um novo conceito de mercado que resolve o problema da mercadorias que voltam ao *tradens*, garantindo sua comercialização diretamente dos fabricantes aos consumidores finais, apresentando como principais características a sua localização em zonas periféricas das grandes cidades, pouco investimento em propaganda, custo de manutenção reduzido, e traz como diferencial os preços praticados abaixo do mercado.

XXIX. Os contratos de distribuição comercial urgem normatização, e enquanto não se encontra consonância entre a realidade prática social e os ordenamentos jurídicos, deve-se ter em conta as leis aplicáveis e projetos que se propõe a regulamentar estes negócios, merecendo destaque algumas regras que autorizam um aproveitamento diagonal de seus preceitos e servem para o contrato estimatório, nesse contexto, tais como o Código Civil e a Lei Ferrari, no Brasil, e a *Ley sobre Contrato de Agencia* e o *Proyecto de Ley del Código Mercantil*, na Espanha.

XXX. Diante da perspectiva de unificação do direito privado a nível global, e com mais tendência o europeu, o fenômeno da *soft law* merece especial atenção. Alguns de seus instrumentos, tais quais o Princípios UNIDROIT e o Marco comum de referência para o Direito privado europeu, alcançam, com muito mais esmero, que as disciplinas legais nacionais, obsoletas e alheias ao dinamismo do mercado, traçar diretivas no que tange ao contrato de distribuição, preocupando-se com questões peculiares e servindo como importantes alternativas as suas orientações, que efetivamente visam se aproximar da realidade prática do comércio.

XXXI. No contrato estimatório, próprio ou inserido no contrato de distribuição indireta integrada, a parte que detenha mais poder pode impor cláusulas que autorizem a devolução do excedente, no caso do *accipiens*, ou que limitem os níveis de devolução, no caso do

tradens, pondo a outra parte em uma conjuntura complicada. Nessas hipóteses, quando se comprove a ocorrência de dependência econômica, é possível recorrer às normas que combatem a concorrência desleal, enquadrando tal conduta como ilícito de abuso de dependência econômica, que atinge diretamente o agente envolvido.

XXXII. Na situação do agente econômico ostentar posição dominante no mercado, é possível invocar os preceitos normativos que condenam o seu abuso e resultam em infração à ordem econômica. Os impactos dessas condutas são amplos e atingem a estrutura econômica de mercado, por isso é imprescindível auferir o enquadramento da empresa como ocupante de posição dominante e as bases para delimitar o mercado relevante, com fundamento nos ditames legais, sendo comum no cenário da distribuição a presença de empresas fortes, mas excepcionalmente serão dominante.

XXXIII. Quando a situação de insolvência se instala, falindo o *tradens* ou o *accipiens*, no Brasil, a ordem é de que os vínculos contratuais sejam rompidos, a não ser que haja interesse da massa em mantê-los. Por sua vez, na Espanha, serão conservadas as relações contratuais, a não ser que haja interesse da massa em extingui-las. Embora as soluções se apresentem ao revés, ambas confluem para o mesmo resultado: decidir se haverá continuidade do contrato ou se será resolvido, sempre com o fulcro de beneficiar a massa, buscando garantir a maximização dos ativos da empresa em crise, além de, na medida do possível, a continuidade da atividade empresarial. Na falência, a manutenção do contrato estimatório é mais interessante, posto que ambas as partes perseguem o objetivo de vender a mercadoria a terceiro e a possibilidade de lograr esse resultado é mais vantajosa que cessar o negócio e deixar, de um lado, o *accipiens* sem ganhos derivados da concretização da venda e, do outro lado, o *tradens*, com os produtos encalhados.

XXXIV. No curso de um processo falimentar, caso haja execução do contrato estimatório, os créditos serão classificados em concursais, oriundos de obrigações vencidas e que seguirão a ordem de pagamento de acordo com a predefinição ditada pelas leis falimentares, e extraconcursais, decorrentes de obrigações contraídas após a decretação da falência, que na conjuntura do contrato estimatório são relativas ao desenvolvimento da atividade empresarial, e que serão pagas antes das concursais.

XXXV. A inclusão de cláusula resolutiva expressa que autorize a extinção da relação negocial, sempre que o *tradens* ou o *accipiens* incorram em situação de crise empresarial, é

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

recorrente, mas não estão pacificadas as opiniões que a admitem ou não. Os questionamentos que discutem a validade da inclusão dessa cláusula ponderam se haveria conflito entre a liberdade de inseri-las e a função social dos contratos, e, por conseguinte, avaliam se vai de encontro aos princípios basilares das leis falimentares, especialmente à tentativa de viabilizar a superação da crise, a fim de estimular a atividade econômica, preservando a empresa, ou o melhor aproveitamento do ativo da massa, quando a continuidade dos contratos for útil ao falido, ou mesmo para garantir o equilíbrio entre todos os que contratam e possuam créditos com aquele em situação de dificuldade. A melhor solução aniquila a possibilidade de inclusão da cláusula resolutive expressa nos contratos estimatórios que tenha por objeto a falência do *tradens* ou *accipiens*.

XXXVI. Em toda transação que envolvem contratos, os aspectos tributários são extremamente relevantes, tendo em vista que, dos seus impactos, derivam as preocupações relacionadas ao planejamento de cunho econômico-financeiro dos agentes do mercado. No contrato estimatório, além da incidência dos tributos gerais inerentes ao desenvolvimento de toda atividade, dentre eles o imposto de renda, outros referem-se ao ato contratual em si.

XXXVII. No Brasil, a Fazenda Nacional considera três tipos de consignação e, para ocorrência de cada uma delas, um tributo é gerado. A consignação mercantil se aplica ao setor da distribuição comercial e corresponde ao modelo tradicional de entrega da mercadoria para venda, com autorização para devolvê-la, se a operação não se efetivar no prazo, gerando ICMS, de competência estadual.

XXXVIII. Na consignação industrial acontece a remessa do produto ao *accipiens*, com a intenção de que seja integrado ou consumido no processo industrial, de modo que o seu faturamento ocorrerá quando for utilizado. A espécie tributária, de competência federal, que se incide nessa modalidade é o IPI.

XXXIX. A consignação de veículos automotores usados é a terceira modalidade de consignação reconhecida pelo órgãos fazendários brasileiros, e tem por fato gerador a prestação de serviço de intermediação, tomada por um particular, na venda do seu carro usado, aplicando-se o ISS, de competência municipal. Esse tipo de negócio apresenta controvérsias, uma vez que os Estados insistem que há fato gerador hábil a ensejar a cobrança do ICMS, sob o argumento de que a mercadoria deixa o estabelecimento comercial.

O Contrato Estimatório no Âmbito da Distribuição Comercial
Michele Nóbrega Elali

XL. A situação controvertida sobre qual espécie tributária incide na comercialização dos veículos usados em consignação foi apreciada pelo STJ do Brasil que, em sede de recurso especial repetitivo, esclareceu que o tributo aplicável é o ISS, não obstante, alguns Estados seguem exigindo o pagamento do ICMS, ocasionando conflitos e casos de bitributação, em virtude da sua conduta que insiste em desconsiderar que, por se tratar de contrato estimatório, não há transferência da titularidade do bem, de modo a não se vislumbrar a circulação jurídica de mercadoria neste caso concreto e, por conseguinte, qualquer fundamento para a incidência do ICMS.

XLI. Na Espanha, e na maioria dos países que adotam a unificação dos impostos indiretos, a carga tributária que incide sobre as transações do contrato estimatório, e se aplica a todas as suas espécies, consiste na obrigação de pagamento do *Impuesto sobre el Valor Añadido* – IVA, que cuida das operações que se dão mediante a concretização da entrega de um bem ou serviço.