INSTITUTO PRESBITERIANO
INSTITUTO PRESBITERIANO
MACKENZIE
Biblioteca "George Alexander"
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

129

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
janeiro-março/2003

MALHEIROS EDITORES

270

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 3078-7205
Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.
Rua Conselheiro Ramalho, 928
CEP 01325-000
São Paulo, SP - Brasil
Tel. (011) 289-0811
Fax: (011) 251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scriptta*

SUMÁRIO

DOUTRINA

ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA

— António José Avelãs Nunes 7

ATUALIDADES

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA

— A. Saraiva Matias e Catarina Martinho 30

VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958

— Irineu Strenger 40

ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA

— Nelson Eizirik 45

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

— Jairo Saddi 54

REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS

— João Luiz Coelho da Rocha 69

A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS

— Daniel Krepel Goldberg 73

PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?

— Otávio Vieira Barbi 83

LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

— Raul de Araujo Filho e Rodrigo Ferraz P. Cunha 96

EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— Leonardo Guimarães 108

O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

— José Alcides Montes Filho 121

ESPAÇO DISCENTE

A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
— José Virgílio Lopes Enei 136

REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL
— Marco Aurélio Gumieri Valério 174

ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
— Livia Rossi 186

OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas
— José Alberto Clemente Júnior 206

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO
— Paulo Rogério Brandão Couto 220

TEXTOS CLÁSSICOS

"LEX MERCATORIA"
— Francesco Galgano, item 1 da Introdução da obra *Lex Mercatoria*. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França 224

PARECERES

LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA SUBSIDIÁRIA INTEGRAL
— Erasmo Valladão A. e N. França 229

DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE DE ADIMPLEMENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS. IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA. PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS
— Leandro Bittencourt Adiers 234

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Professor da Academia de Direito Internacional de Haia (1991). Doutor *Honoris Causa* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy. Membro do *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*, da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo — USP. Professor e Coordenador dos Cursos de Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmec — IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP. Advogado em São Paulo

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO
Mestrando em Direito na UNESP.
Advogado

NELSON EIZIRIK
Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI
Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG.
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA
Mestre em Direito pela Universidade de Bologna, Itália. Doutorando pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Advogado

Atualidades

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

JAIRO SADDI

1. Introdução. 2. Natureza jurídica da representação comercial e de seus efeitos contratuais. 3. A remuneração do representante comercial. 4. Hipóteses de ruptura da relação contratual e de suas conseqüências jurídicas.

1. Introdução

A Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, está próxima de completar 40 anos de vigência. Neste período, a lei sofreu uma grande modificação na década de 1990, através da Lei 8.420, de 8 de maio de 1992, que alterou diversos dispositivos.

A referida lei interfere diretamente, estabelecendo regras e normatizando a relação entre o Representado e o Representante. Esta relação, também muito conhecida como "relação de agência", é a representação comercial. A legislação específica determina aspectos contratuais e jurídicos envolvendo a atividade de comercialização de produtos por meio de representantes comerciais.

Por seu turno, o novo Código Civil[1] disciplina, a partir do art. 710, o contrato de agência e de distribuição. Tais institutos não apresentam noções ou normas semelhantes no Código Civil de 1916,[2] sendo, contudo, prática comercial ampla e antigamente utilizada. Estabeleceu, pois, o legislador, normas gerais aplicáveis à espécie. Desta forma, pacífica é a coexistência do novo Código Civil com a Lei 4.886/1965 por se tratar do mesmo instituto, como procurar-se-á mostrar neste ensaio.

O presente artigo envolve três temas. O primeiro tem por escopo definir a natureza jurídica da representação comercial e os seus efeitos contratuais na comercialização de produtos sob a égide do novo Código Civil e a lei da representação; o segundo, da incidência das respectivas comissões e das suas formas de pagamento; e, finalmente, o terceiro, das hipóteses de ruptura contratual e de suas conseqüências jurídicas.

2. Natureza jurídica da representação comercial e de seus efeitos contratuais

O contrato de agência, nos termos do art. 710 do novo Código Civil é aquele através do qual "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

1. Lei 10.406, de 10.1.2002.
2. Lei 3.071, 1º.1.1916.

agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada". O parágrafo único deste dispositivo permite taxativamente a possibilidade de o proponente conferir poderes ao agente para representá-lo na conclusão do negócio, aplicando-se nesta hipótese as regras fixadas no código referente ao mandato.

Como asseveraram Antônio Felix de Araújo Cintra e Renato Berger, em minudente ensaio sobre o tema, cabem duas indagações centrais: (a) se o contrato de agência previsto no Código Civil é o mesmo contrato previsto na Lei do Representante Comercial (Lei 4.886/1965, conforme posteriormente alterada) e, em caso positivo, de que maneira devem ser interpretadas as normas desses dois diplomas legais sobre a matéria; e, (b) se a distribuição prevista no Código Civil é a mesma relação contratual que tradicionalmente não era objeto de legislação específica e que era conhecida por distribuição.[3] Mais do que uma mera questão de nomenclatura, aqueles ensaístas lembram que o próprio nome "representação comercial" não traduz corretamente a noção do contrato a que se refere. O termo mais adequado seria agência, advindo do termo inglês *agency* (agente), "posto que a relação negocial implica agenciamento de pedidos. A representação poderia ou não ocorrer, dependendo de serem ou não conferidos poderes para que o agente representasse o proponente na contratação dos negócios. Ou seja, o agenciamento sempre ocorreria por força da natureza do contrato, sendo que a representação apenas existira se, além de agenciar os pedidos em favor do proponente, o agente tivesse poderes para representá-lo nas respectivas relações de compra e venda dos produtos agenciados. Diante dessa situação, é fácil entender que os legisladores do Código Civil apenas utilizaram o nome que lhes pareceu refletir de maneira correta a natureza do contrato".[4]

A definição de *agência* no Código Civil é idêntica à definição de *representação comercial* na Lei do Representante Comercial, como se verá. A diferença no novo Código Civil é a exclusão da expressão "negócios mercantis" que aparece na Lei do Representante Comercial, mas segundo Araújo Cintra e Berger, "a exclusão é absolutamente coerente com o desaparecimento da diferenciação entre negócios civis e mercantis na lei brasileira. Em ambos os casos, trata-se do agenciamento de pedidos em favor do proponente e do recebimento de remuneração pelos negócios concluídos. Ou seja, caracteriza-se a figura clássica de aproximação do comprador e vendedor, realizada pelo agente, que é contratado para encontrar compradores para os produtos do proponente. Note-se, ainda, curiosamente, que a Lei do Representante Comercial utiliza a expressão 'agenciando propostas ou pedidos' exatamente na definição da atividade do representante. Assim, observamos que existe uma estipulação geral e bastante abrangente, evolvendo tanto o *contrato de agência* quando o *contrato de distribuição*. Distingue-se o segundo do primeiro pelo fato de para caracterizar-se a distribuição é necessário que o agente tenha à sua disposição a coisa a ser negociada".

A regulamentação vigente da representação comercial, pela Lei 4.886/1965, além de específica e restrita aos interesses daqueles cujos efeitos recaem, constitui-se um sistema jurídico funcional e único. Com o advento do novo Código Civil, à vista de uma análise descuidada, poder-se-ia imaginar alguma espécie de conflito entre os normativos aplicáveis à espécie em questão. Entretanto, uma leitura mais atenta afasta tal hipótese; observamos que se tratam de dispositivos suplementares, perfeitamente coexistentes.[5] Veja-se que a men-

3. Antonio Felix de Araújo Cintra *et alli*, "Definição de agência e distribuição", *Gazeta Mercantil* 20.3.2003.

4. Idem, ibidem.

5. Este entendimento decorre da previsão, no novo Código Civil, da aplicação de legislação marginária, a saber: "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".

cionada lei regulamenta a profissão de representante comercial, normatizando a mesma, instituindo o registro obrigatório dos que exerçam a profissão em Conselhos Regionais criados nos termos do seu art. 6º da lei. Assim, aplicam-se aos representantes comerciais autônomos a legislação específica e, subsidiariamente, as inovações trazidas pelo novo Código Civil pátrio, consoante o art. 721.

Conceituada no art. 1º da Lei 4.886/1965, com redação que lhe foi dada pela Lei 8.420/1992, temos que a representação comercial é instituto jurídico que pressupõe um contrato remunerado, firmado entre dois comerciantes ou empresas comerciais, para que uma parte promova a venda de produtos da outra, efetuando negócios em nome dela, ou realize aproximação de clientes ou fregueses, mediante determinadas condições, que lhe serão variáveis em cada caso. Rubens Requião, comercialista emérito que se debruçou sobre o tema da representação comercial em obra seminal, assevera que existe representação "sempre que alguém age em nome e no interesse de outrem".[6] Planiol, por seu turno, observa que os atos de uma pessoa agindo por outra, sem que ela seja atingida pelos resultados jurídicos do ato que pratica, é característica também da relação de representação.[7] De Plácido e Silva, nesta mesma seara, define a representação comercial como sendo a "denominação atribuída ao estabelecimento comercial ou ao comércio em que se tratam ou se encaminham negócios. A representação, assim, não é negócio ou comércio por conta própria, mas comércio por conta alheia ou de outrem".[8]

Segundo lição do ilustre Prof. Waldirio Bulgarelli, a representação comercial é "uma atividade de intermediação exercida pelo representante comercial autônomo, em caráter profissional, sem dependência hierárquica, mas, de acordo com as instruções do representado. É um tipo específico de representação, pois, em princípio, o representante não é mandatário (o que poderá ser também desde que assim ajustado com o representado), nem comissário (o que poderá também ocorrer, cumulando ambas as situações), nem empregado, nem prestador de serviços no sentido técnico, mas que presta serviços, através do exercício da atividade de recolher (ou agenciar, como diz a lei) propostas ou pedidos para transmitilos ao representado".[9] Ainda à guisa de uma definição conceitual, por oportuno, Fran Martins preleciona que "entende-se por contrato de representação comercial aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de outra parte".[10]

Ressalte-se finalmente, a observação de Arnaldo Sussekind e Délio Maranhão de que as relações entre empresas e pessoas que lhe prestam serviços podem ser decorrentes de *contrato de trabalho subordinado* (como, por exemplo, o contrato de emprego, por prazo indeterminado) ou então decorrente do *contrato de prestação de serviços autônomos*, os quais incluem os contratos de agenciamento e os de representação, objeto do parecer em tela.[11]

Diante das definições introdutórias que se deram acima, destacam-se como características essenciais do contrato de representação comercial cinco elementos constitutivos, conforme a moderna doutrina, e que podem ser listados como sendo:

a) *Profissionalidade do representante*. A atividade do representante deve ser o agenciamento de negócios, em caráter pes-

6. Rubens Requião, *Do Representante Comercial*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 15.

7. H. Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, v. I, n. 117.

8. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, p. 1.352.

9. Waldirio Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pp. 504 e 505.

10. Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 327.

11. Arnaldo Sussekind e Délio Maranhão, "Representante comercial", *Revista LTr*, v. 53, n. 3, São Paulo, mar. 1989, p. 272.

soal, por meio de propostas ou pedidos enviados ao representado. Assim, entende-se que para o representado é uma atividade ou ocupação especializada, que supõe preparo determinado. Caracteriza a representação como um meio de subsistência remunerada resultante do exercício do seu trabalho.

b) *Autonomia*. Não existe qualquer vínculo de emprego entre o representante comercial autônomo e o representado, não existindo igualmente subordinação hierárquica, mas tão-somente uma subordinação de caráter exclusivamente empresarial. Orlando Gomes corrobora esta noção de autonomia da relação de representação apontando que existe subordinação do representante às ordens do representado, já que vai realizar atos em seu próprio proveito sem, contudo, caracterizar-se por ser uma subordinação plena e incondicional.[12] Assim, vale dizer, o representante não é empregado do representado.[13]

c) *Habitualidade*. A representação comercial se caracteriza pela prática sucessiva e habitual de atos de agenciamento, sem que se possa caracterizar como remuneração salarial que, por sua natureza, não pode ser aleatória e sujeita a intempéries. O representante percebe comissões sobre os negócios por ele agenciados, participando, indiretamente, dos riscos empresariais daquela atividade econômica e o faz com a freqüência certa e determinada de uma atividade empresarial.

d) *Comissionamento*. É a remuneração do representante, através da estipulação de comissões, as quais serão melhor estudadas adiante. Por ora, firme-se que é característica intrínseca do contrato de representação a comissão em sendo retribuição ou gratificação paga pelo representado ao representante.

e) *Natureza comercial*. É a Lei 4.886/1919, no seu art. 1º, que expressamente estabelece a natureza mercantil dos negócios agenciados. Mesmo em sendo típico contrato *intuitu personae*, a natureza mercantil do representante é evidente à própria essência dos atos relacionados com a execução de negócios, o que quer implicar em mediação e agenciamento de atos de comércio.

Até a edição de lei específica, a profissão do representante comercial autônomo não esteve legalmente disciplinada, dependente, então, unicamente das obrigações estabelecidas contratualmente entre as partes. Como sói ocorrer, e seguindo as transformações históricas, adveio a já citada Lei 4.886/1965, revelando um alto caráter social no seu conteúdo, inspirada nas mesmas bases principiológicas do Direito do Trabalho, emprestando dali institutos e figuras afins, como o aviso prévio e a indenização, entre outras, numa tentativa de estabilizar as relações entre representantes e representados e proteger os representantes dos supostos abusos e incompreensões cometidos pelos representados, dando nova feição às relações contratuais entre os agentes.[14]

O novo Código Civil, como já se disse, não modifica tais princípios. Se está se dando outro nome para a mesma relação conhecida tradicionalmente como *representação comercial*, evidente que decorre da definição equivalente do contrato, acima mencionada, mas também da própria regulamentação encontrada nos arts. 710 e ss. do Código Civil. Afirmam com percuciência Araújo Cintra e Berger: "Toda a linguagem e toda a lógica desses dispositivos apontam para o agenciamento na compra e venda de mercadorias, por exemplo quando se fala em zona de atuação do agente, cessação de atendimento de propostas, direito à remuneração pelos negócios concluí-

12. Não se confunde o conceito com o conceito de subordinação jurídica, por ter natureza distinta. V. nota de rodapé 24.

13. Orlando Gomes, *Contratos*, São Paulo, Forense, p. 292.

14. O projeto de lei que aprovou tal Lei se referia, na sua exposição de motivos: "(..) estendendo ao representante alguma das vantagens e garantias que a legislação do trabalho assegura ao trabalhador assalariado" (Exposição de Motivos à Lei 4.886, *Diário do Congresso* 9.12.1965).

dos dentro da zona de atuação e assim por diante. Até a definição de distribuição, que conforme será visto aparece dentro da definição de agência e como um desdobramento desta última, menciona claramente 'coisa a ser negociada'. Ainda para demonstrar que o Código Civil tratou agência da mesma forma que a chamada representação comercial, verifica-se que o capítulo de agência ressalva expressamente a aplicação de lei especial sobre a matéria, tanto na parte específica de indenizações (art. 718) como na utilização da lei especial sempre que couber (art. 721). Ora, é evidente que a lei especial contemplada no Código Civil, cujo projeto foi elaborado em 1972, é a Lei do Representante Comercial, datada de 1965, ou aquela que viesse a substituí-la".

Se está compatibilizada a Lei do Representante Comercial com o capítulo de agência do Código Civil, faz-se necessário entender as causas de tal equivalência. Para Araújo Cintra e Berger, o novo Código Civil não pretendeu esgotar a regulamentação da matéria, tendo inclusive ressalvado a aplicação de lei especial — do que se depreende que devem ser considerados revogados apenas os dispositivos da Lei do Representante Comercial cuja matéria tenha sido regulada de forma diferente no Código Civil, permanecendo em vigor os demais. E, como exemplos, tomemos a ausência de cláusula contratual, donde agora passa a valer a presunção de exclusividade do Código Civil tanto para a zona de atuação exclusiva do agente como para o agenciamento, o que seria tipo de exclusividade em favor do proponente. (Art. 711: "Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes".) Afirmam eles ainda: "E naquela que deve ser a maior diferença, o aviso prévio para encerramento de contratos por prazo indeterminado não será simplesmente de 30 dias como previsto na Lei do Representante Comercial, mas deverá ter no mínimo 90 dias e, ainda assim, desde que já tenha transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos exigidos do agente".

Referidas previsões legais, além das bases filosóficas do direito trabalhista, encontram fundamento em dois princípios fundamentais do nosso ordenamento: o princípio da prevalência da vontade pública sobre a vontade privada e o princípio da hipossuficiência relativa. Senão, vejamos.

a) *Princípio da prevalência da vontade pública sobre a vontade privada*. O sempre atual Santiago Dantas ao discorrer sobre a evolução dos contratos no século passado, centrou seus estudos na contextualização da evolução dos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade das convenções, esta última limitada pela escusa da força maior e a evolução nas normas públicas que passaram a reger os contratos. Destaca-se de seus ensinamentos o exato exame da matéria que nos permitimos citar, na íntegra, três princípios que encerram o conceito acima: "O primeiro desses princípios foi o que se afirmou em contraste mais sensível com o direito anterior, e por isso há quem veja nele o traço característico da doutrina contratual do início do século XIX. Esse princípio se traduz, em primeiro lugar, na liberdade reconhecida às partes de estipularem o que lhes convier, fazendo de sua convenção uma verdadeira norma jurídica, que entre elas opera como lei. Nesse sentido, o princípio da autonomia da vontade se opõe à tipicidade do contrato, observada em certas fases históricas do Direito Civil; o conteúdo dos contratos depende exclusivamente do interesse das partes; todas as combinações podem ser neles abrangidas, desde que, como veremos ao examinar o princípio seguinte, não ofendam a ordem pública e os bons costumes. (...) A autonomia da vontade ainda se traduz na liberdade de contratar, isto é, de contrair ou não um vínculo contratual. É através deste conceito que a doutrina do contrato se liga à da propriedade, traduzin-

do a liberdade irrestrita de que goza o proprietário de comprometer ou não, segundo seus interesses, o seu patrimônio. Não poderia ser chamado contrato, em face desse conceito, o vínculo que a alguém fosse imposto por lei, ainda que se revestisse da aparência contratual. O princípio da autonomia da vontade, expresso na liberdade contratual e na liberdade de contratar, não foi, porém, jamais entendido e afirmado como princípio absoluto, a salvo de contrastes e limitações. Assim como nunca se concebeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e ilimitada, afirmando-se pelo contrário, limitações legais de ordem pública e privada aos poderes do proprietário, assim nunca se afirmou o princípio de autonomia da vontade como faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral. (...) Esses limites se exprimem no segundo princípio acima enunciado: o da supremacia da ordem pública. Dele decorre a proibição dos pactos contrários à lei e aos bons costumes, e ao estabelecimento de normas específicas de caráter imperativo, que as partes não podem derrogar convencionalmente, as quais constituem o *ius cogens* contratual. O direito dos contratos apresenta-se, assim, constituído de dois grupos de normas jurídicas: *normas imperativas, isto é, inderrogáveis pelas partes, nas quais se traduzem as imposições de ordem pública; e normas supletivas ou declarativas, isto é, aplicáveis se as partes não dispuserem de outro modo, sobre as quais prevalece a autonomia da vontade.* (...) O terceiro princípio — o da obrigatoriedade das convenções — pode ser considerado simples formulação diversa do da autonomia da vontade, já que ambos se exprimem na regra de que o contrato faz lei entre as partes. Mas, enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e conseqüências. O que as partes, por mútuo acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser cumprido (*pacta sunt servanda*) sob pena de execução patrimonial".[15]

b) *Princípio da hipossuficiência relativa*. Figura do direito econômico, e que tomou emprestado das políticas neo-sociais da República de Waiver, ao defender, por exemplo, o pequeno capitalista ou o pequeno industrial da voracidade dos grandes grupos econômicos com força e poder de abuso econômico.[16] Dissociados do conceito de *hipersuficientes*, que são os auto-suficientes em posição econômica superior, e do seu antônimo *hipossuficientes*, aqueles que apresentam debilidade econômica absoluta, os representantes comerciais podem ser caracterizados como hipossuficientes relativos, pois, na maioria das vezes, apresentam uma debilidade econômica relativa, ou seja, que é julgado por comparação e por critério de proporcionalidade em face do representado.[17]

Diante desses princípios e sobre forte influência do Direito do Trabalho, nasce a legislação sobre representação comercial, cuja característica principal é o seu componente contratual, reafirmado pela própria Lei 4.886/1965, pois é ela que permite que haja representantes comerciais autônomos com base nos contratos celebrados, desde que preencham os requisitos legais. Mesmo que, por vezes, o juízo laboral possa atribuir pouca importância aos termos do contrato entre representantes e representados, como lembra Chistóvão Malta, "preocupando-se basicamente em verificar se o trabalhador presta serviços nas condições previstas para a configuração do empregado, como disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho, art. 3º" evidente também é a sua natureza contratual.[18]

15. F. C. Santiago Dantas, *Problemas de Direito Positivo — Estudos e Pareceres 3*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 15 e ss.

16. A. F. Cesarino Jr., *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 230.

17 Para uma visão do assunto, v. Richard de Stone, *Law of Agency*, Londres, Cavendish Press, 1998.

18. Chistóvão Piragibe Tostes Malta, "Representante comercial e empregado autônomo", *Repertório IOB de Jurisprudência* 3/99, Caderno 2, p. 59.

Duas questões exsurgem da análise da natureza da representação comercial: primeiro, a sobreposição da natureza cogente da lei *vis-à-vis* à vontade dos contratantes, e, em segundo lugar, a proteção que é dada ao representante, em decorrência de sua hipossuficiência relativa. O primeiro aspecto claramente se materializa quando se analisa, por exemplo, as dissoluções contratuais, onde, segundo entendimento dos tribunais superiores, afasta-se da "simples interpretação de cláusula contratual", ressaltando "o que está em jogo é a lei e lei de caráter social, (...), sobrepondo-se, em conseqüência, aos pactos. Afinal, do contrato de representação comercial, há de constar, obrigatoriamente, entre outras, a cláusula sobre indenização, no caso de sua rescisão. Na formação dos contratos, pressupõe-se declaração em conformidade com a lei".[19]

Naturalmente, decorrem desse princípio maior as normas gerais do novo Código Civil sobre obrigações e contratos, da mesma forma que ocorre em qualquer contrato atípico. Ou seja, inclui-se nos contratos de representação (agora agência e distribuição) os mesmos conceitos e princípios de boa-fé contratual e função social dos contratos, além de importantes dispositivos específicos como, por exemplo, a necessidade de ter transcorrido prazo compatível com o investimento realizado pela outra parte quando da denúncia unilateral de contrato (art. 473). Mais uma vez, tais princípios, "humanizam" o contrato; sua aplicação cautelosa, contudo, implica em critério de equidade.

Há, contudo, de se distinguir do contrato de distribuição. Infelizmente, como lembraram Araújo Cintra e Berger, a terminologia empregada no Código Civil pode criar grande confusão; não se trata da distribuição física do varejo; antes é aquela que é "caracterizada pela compra dos produtos do fornecedor para posterior revenda, negócio realizado portanto em nome próprio e por conta e risco do distribuidor". Ao contrário da agência, não há que se falar em remuneração paga pelo fornecedor. Tal distribuição era e continua sendo contrato atípico, posto que não regulado expressamente na lei, exceto com relação à distribuição de veículos automotores, objeto da Lei Ferrari (Lei 6.729/1979). Afirmam aqueles articulistas: "Utilizando o nome distribuição, o Código Civil contempla uma nova e diferente figura contratual, que nada mais é do que um desdobramento da relação de agência. A distribuição do Código Civil é contrato de agenciamento de negócios em favor do proponente, com a particularidade de que os bens objeto do agenciamento encontram-se na posse do agente, que passa a ser chamado também de distribuidor. Todo o capítulo de agência e distribuição corrobora tal constatação, desde a definição da distribuição como um derivado da agência (art. 710) até as disposições sobre o direito do distribuidor à remuneração por negócios concluídos em sua zona sem sua interferência (art. 714) e direito à indenização no caso de diminuição no atendimento de propostas (art. 715), todas referentes apenas a contratos de aproximação entre comprador e vendedor e nunca à aquisição de produtos para revenda por conta própria".

Por seu turno, o segundo aspecto mencionado, claramente está materializado na necessidade de harmonizar as relações entre representantes e representados, obrigatórias e cogentes em relação ao parceiro contratual, "um respeito obrigatório aos normais interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte para permitir ao parceiro contratual mais fraco as condições necessárias para a formação de uma vontade racio-

19. STJ, REsp 9.144-MG, Rel. Ministro Nilson Naves, registro 91047414. Muitos foram, no entanto, os críticos de tais prerrogativas. Melhor sumarizou-as, o Prof. Bulgarelli, quando indagou se "não seria mais consentâneo com a liberdade da iniciativa privada — reconhecida a profissionalidade e a autonomia do representante — deixar que as dissoluções contratuais por culpa do representado se resolvessem em perdas e danos, de acordo com as normas comuns do direito obrigacional?" (W. Bulgarelli, ob. cit., p. 505).

nal".[20] Assim é que o princípio da hipossuficiência relativa também passa a ocupar posição central ao tentar promover o equilíbrio entre relações desiguais.

3. *A remuneração do representante comercial*

Como retribuição pelo exercício da representação, o representado faz jus a comissão. De origem latina, *commissione*, originalmente, se pressupunha encargo, ato de cometer.[21] Atualmente, comissão significa remuneração ou gratificação paga pelo comitente ao comissionado.

O principal direito do representado é, assim, o recebimento da remuneração, à qual adquire direito, como assevera Bulgarelli, quando o comprador efetuar o pagamento ou na medida em que faça parceladamente.[22] Devem as comissões devidas, aceitos ajustes e acertos, serem pagas mensalmente. A jurisprudência firmou posição que: "O contrato de representação comercial, como de entendimento corrente, não leva a que seja a remuneração devida em razão apenas do trabalho realizado mas sim em decorrência do resultado útil desse. Deste modo, não concluído o negócio, de cuja intermediação incumbe-se o representante, não terá direito, em princípio, à comissão. Entretanto, realizado o negócio, se vier a ser desfeito, apenas por não convir ao representado sua execução, responderá pelo pagamento daquela".[23]

Temos, portanto, que dentre os direitos do representante está o de receber a comissão correspondente ao serviço prestado.[24] O pagamento delas é uma obrigação fundamental do representado, não dependendo, muitas vezes, como ficará consignado abaixo, do recebimento integral do preço ou da execução do contrato.

De acordo com a Lei, ela deve ser calculada pelo valor total das mercadorias vendidas, ou seja, pelo valor do contrato agenciado, incluído aí todos os custos, impostos e lucros do representado. Não é autorizado pelo diploma legal que se exclua qualquer valor da base de cálculo da comissão.

Ponto importante é a vedação às partes de estabelecer contratualmente que as comissões dos representantes comerciais incidam sobre os preços de venda na condição à vista, descontados determinados valores, como por exemplo, os impostos e custos. Observamos claramente na legislação pátria (Lei 4.886/1965, art. 32, § 4º), que o comissionamento do representante comercial se dará pelo valor total das mercadorias (custo + lucro + tributo) e assim deve ser calculada. A noção de valor total das mercadorias em nota fiscal está esculpida no Direito Tributário, ao estabelecer, no art. 37, III, do Código Tributário Nacional, que, ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto se dará com base no valor total da operação, compreendendo o valor das mercadorias e serviços. Igualmente, a jurisprudência pacificou que a base de cálculo do ICMS é o valor da mercadoria no momento da venda, expresso como o valor destacado e identificado na nota fiscal como valor total. Encargos ou juros, se não integrantes do preço, e, portanto, não expressos como valor da nota fiscal não compõem o seu valor total.

O festejado Rubens Requião, em seus comentários à lei, ensina que "o representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas (...)",[25] ainda que a efetuação do pagamento da comissão só se dê no momento do seu efetivo encaixe.

20. Claudia Lima Marques, "Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor", *Revista de Direito do Consumidor* 18/57, ano 2, abr.-jun. 1996.

21. Harper, *A Dictionary of Latin*, Londres, Webster, 1965, p. 231.

22. Waldirio Bulgarelli, ob. cit., pp. 164-165.

23. REsp 3.012, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, data da decisão 10.9.1990.

24. "Art. 32. O representante adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas. (...). § 4º. As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias".

25. Rubens Requião, ob. cit., p. 201.

Portanto, resta claro que o representante adquire o direito de receber a sua remuneração logo que o comprador efetue o pagamento ou à medida que o faça parceladamente, calculadas pelo valor total das mercadorias, conforme resposta do quesito anterior. Caso o contrato não estabeleça regras e prazos para o pagamento, este reger-se-á pelas disposições do art. 33 da Lei 4.886/1965. O mesmo artigo, no seu § 1º, disciplina as regras que excetuam o direito de o representante receber a sua comissão.[26] O representante também não terá direito a receber a comissão se o negócio for desfeito por sua culpa. Fora dessas hipóteses, o representante sempre fará jus a receber o valor das comissões dos negócios agenciados por ele, independentes do prazo do contrato. Assim, a comissão deve ser paga sobre o valor total das mercadorias, sem a dedução de impostos ou custos diretos e/ou indiretos, ou ainda, de encargos financeiros de qualquer natureza.

Como obrigação fundamental do representado, depreende-se que o pagamento da comissão é a conclusão de sua obrigação ou o aperfeiçoamento da execução de seu contrato, e não uma situação a ser ainda dirimida. Para melhor compreensão deste ponto, transcreve-se o entendimento da jurisprudência nacional, que de forma cabal firmou:

> Representação comercial. Comissão. Moeda estrangeira.
>
> A comissão a que tem direito o representante comercial, pela intermediação em negócio realizado em moeda estrangeira, calculada sobre o valor do negócio, deve ser expressa em moeda nacional, feita a conversão pelo câmbio do dia do pagamento do preço, corrigida, a partir daí, pelos índices oficiais de atualização. Recurso conhecido e provido em parte.[27]
>
> Civil. Ação de indenização. Contrato de representação. Rescisão unilateral. Comissões sobre descontos concedidos pela comitente. Pagamento por serviços de cobrança. Atraso no pagamento das comissões. Juros e correção monetária.
>
> (1) O comitente pode conceder o desconto que lhe aprouver, nas mercadorias vendidas por seu representante, dado que só a ele compete fixar o preço final dos seus produtos, devendo as comissões ser fixadas pelo efetivo valor das operações de venda. (2) Prevista no contrato a obrigação de cobrança dos títulos oriundos da atividade mercantil resultante da representação, não tem o representante direito a comissão extra sobre tal serviço. (3) Não se reconhece ao representante o direito a juros e correção monetária sobre comissões pagas com atraso, quando essa prática se entende por tempo prolongado, com a tácita conformação do credor. (4) Apelação conhecida e desprovida. Unânime.[28]

Quando se interpreta a Lei 4.886/1965, como já referido, há de se ter em mente de que estamos diante de uma lei de caráter social, sobrepondo-se ela, em conseqüência, sobre os pactos e contratos, apesar de sua natureza contratual.[29] Portanto, qualquer estipulação em sentido contrário ao seu comando legal seria nula de pleno direito.

Por fim, a comissão é definida como sendo diretamente uma porcentagem que deva ser calculada pelo valor total das mer-

26. "Art. 33 (...) § 1º Nenhuma retribuição será devida ao representante comercial, se a falta de pagamento resultar de insolvência do comprador, bem como se o negócio vier a ser por ele desfeito ou for sustada a entrega de mercadorias devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação."

27. REsp 31.712-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, 21.6.1994.

28. TJRJ, apelação cível APC4001896, Rel. José Dilermando Meireles, unânime, j. 12.8.1996.

29. F. C. Santiago Dantas, ob. cit., explicita tais razões: "Regido pelos princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade das convenções, ele oferecia ao capitalismo industrial nascente um poderoso instrumento de ascensão, adaptável a todas as necessidades da circulação da riqueza. Era, ao mesmo tempo, a obra mais acabada do racionalismo jurídico, não só pelo fundamento lógico de suas regras e princípios, como pela flexibilidade dos seus quadros sistemáticos".

cadorias vendidas, ou seja, pelo valor do contrato agenciado. A noção de *total* implica naquilo que *constitui ou abrange um todo*, ou seja, aquilo que é *completo*, e que é o resultado de uma determinada soma, a *soma das mercadorias individual e efetivamente vendidas, conforme relação na qual conste uma discriminação clara e precisa das mesmas.*

Assim, o recebimento da comissão independe de outra ação, por ser característico de uma relação de subordinação econômica definida — a relação da representação. Não é a exclusividade ou a assunção de riscos, elementos que definem a representação, mas a sua remuneração variável e dependente. Acentuou, com precisão, o Egrégio Tribunal do Trabalho, em acórdão onde define a relação de subordinação econômica, da qual a comissão é a sua remuneração, estabelecendo que "tanto o empregado quanto o representante comercial autônomo podem exercer funções semelhantes e, por isso, tanto quanto no mandato, as duas situações devem ser examinadas não pelo objeto da prestação, mas pelo vínculo da subordinação. A subordinação, entretanto, não deve ser confundida com as obrigações inerentes ao representante comercial autônomo, tais como a de fornecer ao representado informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu encargo, quando lhe são solicitadas, ou dedicar-se à representação de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos, como dispõe a Lei 4.886/1965. A subordinação a ser considerada é aquela própria do empregado ao empregador, a chamada subordinação jurídica, que pressupõe dependência econômica (por meio das comissões auferidas), técnica e sobretudo, hierárquica".[30]

O Representado não pode, por força do disposto no § 7º, do art. 32, da Lei 4.886/1965,[31] alterar livremente o contrato, principalmente no tocante à remuneração dos representantes comerciais que já possuíam contrato firmado. Nos termos do referido parágrafo, qualquer tentativa do Representado de modificar termos e condições anteriormente acordadas será vedada caso a alteração vise, direta ou indiretamente, diminuir da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos 6 (seis) meses de vigência da relação previamente existente. Esta regra vem de encontro ao princípio supra exposto da hipossuficiência do representante comercial e das características sociais da Lei 4.886/1965, estabelecendo que nenhuma alteração que resulte em condição inferior àquela contratada poderá ser efetivada. Portanto, caso a empresa representada imponha nova condição contratual, através de um novo contrato ou de um aditamento do já existente, e esta nova condição cause uma diminuição no recebimento dos representantes, implicando, direta ou indiretamente, a diminuição dos resultados auferidos por eles nos últimos 6 (seis) meses, a empresa representada ficará sujeita a responder pelos danos causados aos representantes, podendo, ainda, responder por ilícitos do direito econômico, como, por exemplo, por abuso de poder econômico.

Entretanto, é possível que o representante comercial reduza unilateralmente a sua comissão em determinado negócio específico, a fim de viabilizar a realização de uma venda específica. O representante comercial pode, em certos casos, até renunciar ao direito de receber a comissão, especialmente naquelas vendas que visam apenas ampliar o mercado e não geram lucro imediato. Em qualquer destas hipóteses (redução ou renúncia da comissão), o representante poderá propor tais soluções ou situações, não existindo previsão legal para tal,

30. Ac. do TRT da 12ª R., de 8.3.1983, RO-1.190/82, Rel. Juiz Umberto Grillo, cit. in *Repertório de Jurisprudência*, v. III, 1985, verbete 1.420.

31. Art. 32, § 7º: "São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos 6 (seis) meses de vigência".

constituindo-se manifestação de vontade autônoma. Nestes termos, a empresa representada deverá adotar certas medidas preventivas, tomando certos cuidados necessários, visando instrumentalizar a requisição do representante comercial, devendo para tal individualizar as situações, firmando um instrumento específico e único para cada nova situação.

A legislação vigente aplicável à espécie fixa um dia específico para o pagamento da remuneração do representante comercial, qual seja, todo dia 15 do mês subseqüente ao da liquidação da fatura.[32] A data é um marco, após o qual o representante passa a ter direito ao recebimento das comissões. Contudo, é permitido que a representada efetue o pagamento de comissão de forma antecipada, visando capitalizar o representante comercial, para o incremento, melhoria e desenvolvimento dos negócios, fazendo a compensação de tais valores pagos com comissões futuras. Trata-se de uma faculdade do Representado, que deve ser expressamente prevista em contrato, tendo em vista não haver previsão legal para tanto. Resta explícita uma preocupação, tanto com a forma, como com o documento que formalizarão tais antecipações e conseqüentes compensações. Assim, além de previsão contratual expressa e clara, faz-se necessária a contratação de um aditivo contratual para cada antecipação paga, bem como a previsão para eventuais compensações de valores, caso o pagamento do comprador não se efetue. Ou seja, o Representado deverá buscar munir-se de elementos suficientes, visando proteger-se contra eventuais e futuros problemas ou até ações judiciais pleiteando a devolução de quantias descontadas a título de compensação.

32. Art. 32, § 1º, da Lei 4.886/1965: "§ 1º. O pagamento das comissões deverá ser efetuado até o dia 15 (quinze) de cada mês subseqüente ao da liquidação da fatura, acompanhada das respectivas cópias das notas fiscais". Este parágrafo foi acrescentado ao texto legal após a reforma da lei em 1992, pela Lei 8.420.

4. Hipóteses de ruptura da relação contratual e de suas conseqüências jurídicas

Como se sabe, uma das condições de validade e eficácia contratual é a manifestação explícita ou tácita da vontade.[33] Assim, não é demais refrisar que contrato é espécie de negócio jurídico que se realiza mediante o consenso mútuo, tendo em vista a satisfação de determinados interesses jurídicos, sejam necessidades ou utilidades e, como tal, depreende-se que tenha dois tipos de requisitos, os objetivos e subjetivos (aqueles referentes ao seu objeto, se lícito e possível, e este quanto à capacidade das partes e de seu consentimento).[34]

Se é relativo à convergência da vontade, do consenso — *solus contractus obligat* — um dos princípios que passará a albergar é também a sua retratação. Distingue-se a obrigatoriedade contratual da possibilidade de inalterabilidade. Enquanto é pressuposto de que o contrato tenha estabilidade, no sentido de que ele não se presta a mutações, preservando os interesses dos contratantes até a extinção do negócio jurídico, em caráter excepcional e em circunstâncias imprevistas, especialmente nos casos de resolução ou resilição.

No caso de representação comercial, a Lei 4.886/1965 preceitua de forma minudente as hipóteses de rescisão contratual. O seu art. 34 dispõe que a denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada (entenda-se causa justificada como aquela que tem comprovação judicial de algum fato, mediante documentos e testemunhas, a fim de servir de prova em processo regular) e desde que tal contrato esteja vigorando por mais de 6 (seis) meses, obriga-se, salvo outra garantia prevista, à concessão de prévio aviso com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importân-

33. Roberto Senise Lisboa, "Princípios gerais dos contratos", *RT* 745/27-40, Fasc. Civil, ano 86, nov. 1997.

34. Idem, ibidem, p. 29.

cia igual a 1/3 das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

Em relação ao representado, de acordo com o art. 35, constituem-se motivos justos para a rescisão: (a) desídia do representante no cumprimento de suas obrigações decorrentes do contrato; (b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado; (c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial; (d) a condenação definitiva por crime considerado infamante e, finalmente, (e) força maior. Pelo lado do representado, poderá ele rescindir o contrato quando estiverem presentes os motivos elencados no art. 36: (a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato; (b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato; (c) a fixação abusiva de preços, em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular; (d) o não-pagamento de sua retribuição na época devida; e, também, (e) força maior.

Sobre a indenização, disciplina o NCC que, no art. 715 que "o agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato" O agente e o distribuidor organizam sua atividade de modo a viabilizar as vendas de produtos do fornecedor. Desse modo, se este, *sem justa causa*, não mais atender as solicitações do agente ou do distribuidor ou reduzi-la de modo que a continuação do contrato não é mais producente, torna-se devido o pagamento de indenização. Visando a evitar maiores conflitos caso isso venha a ocorrer, é importante que o contrato de agência ou de distribuição já estabeleça as conseqüências advindas desse fato.

Decorre também o preceito do direito de retenção nas hipóteses do representado se ressarcir de danos causados pelo representante, consoante lições de Waldemar Ferreira, emérito comercialista da Faculdade de Direito da USP: "quem legitimamente detenha coisa móvel ou título de crédito de seu credor, dele recebido ou mesmo, de outrem, a fim de entregar-lhe, tem a faculdade de retê-lo consigo até que seu crédito seja pago".[35] No entanto, se o direito de retenção está expressamente disciplinado pela lei em relação ao representante, em relação ao representado, silenciou, não aplicando o mesmo critério.[36] O novo Código Civil também silenciou a respeito.

Finalmente, é importante uma análise mais detalhada da indenização devida pela rescisão de representação comercial estabelecida pelo art. 27 daquela Lei, alínea *j*, onde se fixa que: "indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 34, cujo montante não será inferior a um vinte avos (1/20) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, a contar da vigência desta lei".

Assegura ao representante este inciso a uma indenização determinada na hipótese de rescisão unilateral. Evidente que não se estabelece o *quantum* enquanto direito do exercício da representação, mas, diferentemente da indenização pela rescisão motivada (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* — independe do prazo nele ajustado), a rescisão imotivada e antecipada visa aos contratos por tempo indeterminado, não se aplicando a disciplina do novo Código Civil.[37] Sobre isto, por-

35. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, v. II, p. 413, n 2.557.

36. Rubens Requião, ob. cit., p. 233. O Prof. Requião entende de forma particular que para "dirimir quaisquer dúvidas que ainda persistissem no direito brasileiro, sobre a faculdade de o representante comercial reter bens e valores do representado, para garantir crédito seu não pago pelo mesmo, em virtude de não haver lei expressa concedendo-o, fácil seria desfazê-las, invocando, por analogia, o direito de retenção que a lei outorga ao mandatário sobre o objeto do mandato. O Código Comercial, com efeito, no art. 156, confere ao mandatário o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para o pagamento de tudo quanto lhe foi devido em conseqüência do mandato".

37. Cf. "sendo de representação comercial o contrato em tela, escapa à disciplina do Código Ci-

tanto, o contrato de representação extingue-se no termo por ele estipulado, permitindo, em caso de rescisão antecipada de tal contrato, por ato imotivado, o pagamento de indenização, preservado a denúncia, por qualquer das partes, após seis meses de vigência, com a obrigação de pré-aviso de 30 dias ou o pagamento de quantia equivalente a 1/3 das comissões auferidas pelo representante nos últimos três meses, de acordo com o art. 34. Já a extinção do contrato, como lembra Orlando Gomes, não se confunde nem com rescisão nem com denúncia, e não gera qualquer direito à indenização.[38]

Desta forma, é devida pelo Representado a indenização prevista no art. 27 da Lei 4.886/1965, na hipótese do representante comercial rescindir unilateralmente o contrato sem justo motivo, mesmo que não tenha havido qualquer comunicação prévia.[39] O fato de a rescisão ser motivada pelo representante, e não pelo representado, não altera em nada o dispositivo cogente do art. 27, tendo em vista que o *caput* estabelece que no contrato de representação por escrito deverá constar, obrigatoriamente, hipótese de indenização, excluídas aquelas previstas no art. 35. Assim, os institutos jurídicos que se referem o art. 27 e o art. 34 não se confundem. Enquanto o primeiro estabelece a obrigação de indenizar, o outro estabelece a obrigação de aviso prévio. A indenização será devida, segundo o art. 27, alínea *j*, pela rescisão do contrato por razões imotivadas de rescisão, observando-se a necessidade de aviso prévio, sendo que o montante indenizável não será inferior a um vinte avos (1/20) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

Desta forma, pode-se afirmar a existência de duas indenizações distintas, qual sejam, aquelas decorrentes da rescisão unilateral do contrato por parte do representante comercial, sendo que numa situação existe, e não outra não existe, a comunicação (aviso prévio) nos termos do art. 34. A comunicação prévia de no mínimo 30 (trinta) dias, por si só, não é obrigatória, entretanto, caso o representante não conceda, a sua indenização será aquela prevista no art. 34 da lei que regula a representação comercial.

Com relação ao montante devido, em virtude da rescisão contratual e a conseqüente indenização, o Representado terá a faculdade de descontar das comissões vincendas e não pagas ao representante comercial o valor decorrente da indenização. Assim, caso exista algum valor eventualmente ainda devido decorrente da sua regular atividade de representação comercial, por qualquer motivo que seja, poderão as partes realizar o desconto deste com a indenização. No que tange à hipótese do representante não conceder ou não autorizar o desconto, na hipótese em que se recusa a cumprir o pré-aviso, aplicar-se-ia o direito de retenção previsto no art. 37, "com o fim de ressarcir-se de danos por este causados", enquanto compensação por eventuais prejuízos. A clara exegese da norma mostra que a recusa, tanto no cumprimento do pré-aviso, quanto na sua substituição pecuniária, ensejaria um justo motivo que poderia, em tese, levar à retenção, pelo representado, das comissões vincendas, exercendo débito (se for o caso) daquilo que ainda não foi pago.

Outra hipótese, que pode gerar alguma espécie de questionamento, é aquela referente ao falecimento ou invalidez per-

vil, subordinando-se, isso sim, à lei específica regedora da matéria, ou seja, à Lei 4.886" (Ac. da 3ª Câmara Civil do TJMG, 29.12.1977, Rel. Des. Correia de Amorim).

38. Orlando Gomes, *Contratos*, 7ª ed., Forense, 1979, p. 157.

39. V. acórdão do STJ referente ao julgamento do RE 9.144-MG, cujo Relator foi o Ministro Nilson Naves, com a seguinte ementa: "*Representação comercial (Lei 4.886/1965). Denuncia do contrato, sem motivo justo. Indenização.* O contrato dessa espécie há de prever, e sempre, a indenização devida ao representante, no caso de sua rescisão. É de ter-se por equivocada a referência ao art. 34, contida no art. 27, letra *j*; a referência é ao art. 35 (RE-81.128, in *RTJ* 75/619) O pré-aviso não exclui a indenização devida ao representante; no caso de omissão do contrato, aplica-se o parágrafo único do art. 34. Recurso especial conhecido, por ambas as alíneas, e provido".

manente do representante comercial no curso da relação contratual. Neste caso, poder-se-ia alegar ser devida pelo Representado a indenização prevista no art. 27 da Lei 4.886/1965. Entretanto, tal entendimento não procede. Como esclareceu o Prof. Bulgarelli, "como os contratos nascem, também morrem; diz-se que se extinguem, o que ocorre, normalmente, pelo cumprimento das obrigações".[40] Contudo, alguns contratos, por suas características próprias, como o de representação comercial celebrado com pessoa física, termo da Lei 4.886/1965, ou com pessoa natural, conceito do Código Civil, assumem um caráter personalíssimo (*intuitu personae*) e apresentam a morte de um dos contratantes como motivo para a dissolução do pacto celebrado.[41] Sobre este tema, o eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira esclarece: "quando um contrato é celebrado *intuitu personae*, a impossibilidade da execução sem culpa, como a morte daquele em consideração do qual se ajustou, tem como conseqüência a sua resilição automática, dado que é insubstituível a parte falecida. Esta cessação pode-se dizer resilição convencional tácita, por entender-se que os contratantes o avençaram com a cláusula implícita de extinção".[42] O mesmo conceito se aplica para os casos de invalidez permanente do representante, desde que a invalidez o proíba de executar as suas atividades laborais cotidianas. Não existindo culpa dos contratantes pela resilição convencional tácita, nenhuma indenização será devida na sua ocorrência.[43] Ressalte-se, entretanto, que tanto a morte do representado, como a sua invalidez, não prejudicam a validade dos atos por ele praticados. Esse é o entendimento dos Tribunais pátrios:

> Representação comercial autônoma. Morte do representante. Indenização.
>
> *Representação comercial autônoma.* Não é devida indenização quando a execução do contrato se torna impossível pela morte do representante.[44]
>
> *Representação comercial autônoma. Contrato verbal.* É competente o Tribunal de Justiça para as ações oriundas do contrato de representação, que é típico, distinto do mandato, ajuste de trabalho, prestação de serviço, mediação e comissão mercantil. A aparência governa a atividade comercial e engendra efeitos quando o ato praticado não conflita com a ordem recebida e ou a natureza do negócio realizado. A morte do representante extingue o ajuste. Se o filho, que trabalhava com o falecido, prosseguiu nos negócios, fê-lo em nome próprio, sem subrogar-se, como sucessor, nos direitos do sucedido. A autorização para vender tecidos na praça do Rio de Janeiro não tem o talento de transferir-lhe representação comercial autônoma existente, anteriormente, com o falecido pai. Os princípios da economia processual e da finalidade prática do processo estimulam o aproveitamento do que foi produzido, máxime quando as partes, principalmente a ré, que antes se opusera ao procedimento sumaríssimo, com ele anuíra, ao declarar-se satisfeita com a atividade processual cumprida. Provimento do apelo para julgar improcedente a ação, com inversão dos ônus sucumbências.[45]

Percuciente é a afirmação de Sussekind e Maranhão, no âmbito do Direito do Trabalho, ao afirmarem que: "(...) a renovação do contrato a prazo de representante comercial não o transforma em relação jurídica por tempo indeterminado, ainda que

40. Waldirio Bulgarelli, ob. cit., p. 157.

41. O Código Comercial, no item 3 de seu art. 157, é expresso ao estabelecer que "o mandato acaba (...) 4. pela morte natural ou civil (...)".

42. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. III, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 102.

43. Resilição pode ser definida como a faculdade estipulada no contrato de as partes dissolverem a avença unilateral ou bilateralmente. V. Orlando Gomes, ob. cit.

44. Apelação cível, processo 1992.001.01167, Rel. Des. Marden Gomes, unânime, 5.5.1992.

45. Apelação cível, processo 1987.001.00359, Rel. Des. Mello Serra, unânime, 7.4.1987.

os contratos se sucedam sem solução de continuidade. A prorrogação ou recondução tácita do contrato é que gera essa transformação, sendo que a expressa só a determina, se assim acordarem as partes".[46]

Na mesma esteira, o mestre baiano indica que a recondução expressa, prolongamento mediante expresso acordo de vontades, não ocorre a conversão dos contratos por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado.[47]

Imperioso é concluir que a expressão "*a tempo em que exerceu a representação*" diz respeito aos contratos por prazo indeterminado e que na rescisão injustificada do contrato, a indenização pode abranger apenas o tempo de representação da vigência do contrato.[48]

46. Arnaldo Sussekind e Délio Maranhão, ob. cit., p. 277.

47. Orlando Gomes, ob. cit., p. 278.

48. Anote-se ainda que, segundo REsp 4.474-SP, segundo o Ministro Athos Carneiro, "(...) irreprochável a interpretação que à lei, em seu art. 27, letra *j* e parágrafo único, e arts. 34 e 35, atribuíram as instâncias locais. Uma coisa é a denúncia vazia do contrato por qualquer das partes, que obriga à concessão do pré-aviso ou pagar ressarcimento substitutivo do pré-aviso. Outra coisa, a indenização devida ao representante no caso de rescisão do contrato, somente compreensível nas hipóteses de rescisão sem justa causa (...). Não teria sentido algum, seria fora de todo o sistema e de toda a justiça, a alternatividade pré-aviso ou a indenização da letra *j*".