

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Sávio Knop Henriques

O impreciso regime jurídico da representação comercial autônoma.

Juiz de Fora
2014

Sávio Knop Henriques

O impreciso regime jurídico da representação comercial autônoma.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Dorival Cirne de Almeida Martins.

Juiz de Fora

2014

Sávio Knop Henriques

O impreciso regime jurídico da representação comercial autônoma.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em (17) de (julho) de (2014)

BANCA EXAMINADORA

Titulação. Dorival Cirne de Almeida Martins - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Titulação. Flávio Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Titulação. Raquel Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meu pai, pelo desempenho laboral que sempre obtive como representante comercial autônomo do qual me orgulho tanto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Dorival Cirne de Almeida Martins por ter me orientado nesta conclusão de curso e também por despertar-me um valioso interesse pelo Direito do Trabalho.

Ao professor Flávio Salles, por ter influenciado este trabalho com suas primorosas aulas de Processo do Trabalho. E também por ter sido um dos melhores professores que tive em toda a graduação na Universidade Federal de Juiz de Fora.

“Releva ponderar que a existência de certa dose de subordinação, ainda que se trate de indiscutível exercício de atividade comercial, ressalta da simples leitura da Lei nº 4.886, de 09/12/1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos.”

(Arnaldo Süssekind)

RESUMO

Muitos empresários tratam seus representantes como se empregados fossem. Estabelecem determinadas regras a que apenas um empregado estaria sujeito e não um trabalhador autônomo. Por outro lado, várias empresas são obrigadas a reconhecer o vínculo empregatício em relações de natureza autônoma por fundamentos diversos. Ocorre que a Lei nº 4.886, de 9.12.1965 não fornece com clareza o regime jurídico que se diz próprio do representante comercial autônomo, o que evitaria excessivas demandas na Justiça do Trabalho com pedido de reconhecimento do vínculo empregatício. E muitos desses problemas devem-se à falta de reconhecimento da própria atividade em análise. Construir-se-ão ao longo desta tese de conclusão de curso, mecanismos que nos ajudarão a identificar, com lucidez, os casos mais difíceis, denominados pela doutrina como “zonas grises”. Todas essas dificuldades são consequências de um regime jurídico incerto.

Palavras-chave: Representante comercial autônomo. Zona “gris”.

ABSTRACT

Many businessmen treat his agents as if employees were. Establish certain rules that only an employee would subject, not a self-employed. On the other hand, many companies are forced to recognize the employment in self-governing nature relations for several reasons. That occurs the 4.886 Act, of 9.12.1965 provides no clarity the legal regime that says itself own agent, being fundamental to avoid excessive demands on Labor Court, with request for recognition of employment. And many of these problems are caused due to lack of recognition activity under review. We will build throughout this final term paper mechanisms that will help us identify with clarity the most difficult cases called the doctrine as “gray zone”. All these difficulties are consequences of an uncertain legal regime.

Keywords: Agent. Gray zone.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	CONCEITOS PROPEDEÚTICOS	12
3	NATUREZA JURÍDICA	14
4	CONTRATOS AFINS	16
4.1	Representação comercial e contrato de agência	16
4.2	Contrato de colaboração.....	17
4.3	Agência e mandato.....	17
4.4	Agência e comissão.....	18
4.5	Agência e viajante ou pracista.....	18
4.6	Agência e concessão comercial	19
5	O CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL	22
6	A RELAÇÃO DE EMPREGO	25
6.1	Considerações iniciais	25
6.2	A formação do vínculo	25
7	ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO VÍNCULO	28
7.1	Indícios	28
7.2	Excludentes	29
7.3	Certeza	30
8	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	32
9	JURISPRUDÊNCIA	35
10	CONCLUSÃO.....	37
11	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

1 INTRODUÇÃO

Antes de se adentrar nas questões específicas sobre a problemática da representação comercial, far-se-á, um histórico. Este tem sua importância na medida em que identifica várias conquistas do representante, para posteriormente analisar as características do contrato de representação comercial sem que se confunda este com os contratos semelhantes.

O homem primitivo produzia os bens almejando as necessidades próprias. Nas sociedades as quais esse ser estava inserido, não se faziam sentir os problemas da circulação de riquezas. O produto de seu trabalho que não era consumido, era transferido à outrem. Assim, a divisão do trabalho proporcionava as trocas dos produtos excedentes.

Na Era Medieval, fizeram-se surgir os burgos e as suas corporações de ofício. Entre estas destacavam as corporações de mercadores, que, com o artesanato, constituíam a mais elevada forma da economia da época. Passaram a desenvolver uma circulação de riqueza em alta escala, dando surgimento às entidades comerciais.

Essas entidades chegaram a tornar famosas as cidades onde operavam como é o caso de Veneza. O mercado passou a ser alvo de conquistas, e não apenas produzia-se de acordo com as necessidades. Desse modo, o produto tornou-se mercadoria e o lucro passou a ser um objetivo a ser alcançado.

A segurança dos caminhos utilizados pelos mercadores passou a preocupar. Influenciados pelos senhores feudais, os salteadores praticamente impediam as relações comerciais entre diferentes mercados. Porém, com o crescimento dos burgos, a conquista de sua autonomia, proveniente do poder do suserano feudal, o comércio transformou-se em ocupação lucrativa, estabelecendo-se uma verdadeira batalha contra esses assaltantes de estradas.

Como decorrência desses fatores, cedeu-se lugar às práticas mercantilistas ancoradas pela submissão dos feudos ao poder monárquico centralizada numa unidade nacional. Deu-se início a um avanço na prosperidade coletiva, facilitando a segura circulação de riquezas.

As relações mercantis já estavam mais intensificadas em busca de mercados longínquos e não mais restritos às relações entre burgos. Por isso, não era mais possível ao produtor fornecer diretamente ao consumidor. E para que a riqueza pudesse transpor longas distâncias a fim de atingir os mercados, foram surgindo entrepostos, armazenadores, comissários, transportadores, viajantes comerciais, representantes comerciais e outros intermediários com as características modernas.

No Brasil, o Código Comercial Brasileiro regulou diversas atividades de agentes intermediários, não o fazendo, todavia, especificamente quanto ao representante comercial. Em 1.850, mereceu maior atenção do legislador a *comissão mercantil* por ser o meio comum de relações entre as diversas praças e pelo fato de, nesta época, haver condições deficitárias no que tange a comunicação e ao transporte.

Entretanto, o desenvolvimento dos meios de circulação das riquezas, no país, posteriormente à promulgação daquele diploma, e especialmente no século XX, criou condições para o florescimento da atividade dos agentes e representantes comerciais. Atualmente, é tão expressiva a importância desses agentes intermediários, que seria impossível negar sua grande influência nas atividades econômicas. Foi reconhecida, por isso, a necessidade de ser regulamentada em lei essa atividade, pois o instituto do mandato, pelos seus princípios legais, tornou-se acanhado para regular a complexidade de sua ação.

Pela influência na vida econômica nacional, os representantes comerciais foram impelidos, pela necessidade jurídica, a exigir a concretização de suas reivindicações. Na II Conferência Nacional das Classes Produtoras, realizada em Araxá, resultou uma “recomendação” no sentido de a Conferência dirigir-se à Comissão que elaborava o anteprojeto do Código Comercial, no Ministério da Justiça, solicitando que naquele novo diploma fosse definida e caracterizada a figura jurídica do “representante comercial”, bem como se estabelecem as necessárias garantias da profissão e que igual apelo fosse feito à Câmara dos Deputados. Sobre essa conquista, pode-se dizer que:

“[...] surgiu não como obra legislativa nem criação de jurisprudências, porém como trabalho dos próprios comerciantes que o construíram com seus usos e com as leis que, reunidos em classe, elaboraram. (CARVALHO DE MENDONÇA, 1939, p.59)”.

2 CONCEITOS PROPEDÊUTICOS

A lei nº 4.886/65 é que regulamenta a profissão de representante comercial autônomo. Embora tenha sofrido algumas modificações não foram suficientes para atualizá-la à contemporaneidade. Há falhas diversas na lei em vista do decurso do tempo e da evolução jurídica no Brasil, principalmente com o advento do novo Código Civil.

Há imprecisão terminológica, com expressões já superadas na linguagem jurídica. O termo comercial não é mais utilizado, sendo mais apropriado *representante mercantil* ou *representante empresarial*.

Sobre o termo *representante*, o direito europeu não mais o utiliza, fazendo-o substituir-se por *agente*. Nesse caso, o mais prudente para nós seria *agente empresarial*. Isso porque julga-se não totalmente adequado o termo representação aplicado para esse conceito. Segundo (ROQUE, 2011), é termo polivalente utilizado em várias acepções, mas com um fundamento em comum que é a *presença*.

Assim como ocorre no contrato de mandato, que se verá adiante, a representação se configura entre um representante (mandatário) o qual pratica atos em nome do representado (mandante). O ato do mandatário vincula o mandante; obriga-o. Não é bem isso que ocorre com o representante comercial autônomo: quando este apanha o pedido de um cliente, encaminha-o ao representado que, se o aprovar, venderá a mercadoria. O representante comercial, na verdade, não representou ninguém, mas apenas intermediou a operação; não praticou o ato de vender em nome do representado. O contrato de compra e venda será estabelecido em momento posterior, entre o representado (vendedor) e o autor do pedido (comprador), sem interferência do representante.

Também não se entende por conveniente adotar o termo *mediação*, devendo mesmo permanecer *intermediação*, como termo mais apropriado. A mediação é um processo extrajudicial de resolução de litígios entre pessoas, tal como a arbitragem. Por isso, o mais prudente seria a não vulgarização desse termo para não descaracterizar o instituto da mediação.

O próprio Código Civil de 2002 adotou o termo agente. A circunstância de não usar expressões *representante comercial* ou *negócios mercantis* prende-se à circunstância de ter sido unificado o direito das obrigações, de maneira que os contratos nele disciplinados, em princípio, tanto servem para as atividades civis como para as mercantis. Não obstante, muito difícil será imaginar o caso em que um contrato de agência se configurará fora das relações

mercantis. Mas, se isso eventualmente acontecer, ficará o negócio fora do alcance da Lei nº 4.886/65, visto que esta se aplica especificamente aos agentes que servem profissionalmente, à intermediação de negócios mercantis.

O fato é que, harmonizando-se a disciplina do contrato de agência instituída pelo Código Civil com a do representante comercial, ter-se-á um negócio jurídico inclinado naturalmente para as atividades mercantis. As impropriedades técnicas aqui apontadas não desconfiguram as características já consolidadas pela representação comercial em decorrência da alteração proposta pelo Código pois:

“[...] não deslocará o uso correntio da expressão *representante comercial*. Que podia ser perfeitamente mantida[...]. Não seria criticável se mantivesse a denominação *representação comercial*, já consagrada nos costumes do país, e em nosso direito” .(REQUIÃO, 1975)

A razão deste capítulo insere-se na importância do direito comparado, de onde emergiu o instituto jurídico, que prestigia, de fato, o *nomen iuris* agora adotado por nosso Código Civil, razão pela qual este não merece censura pela nomenclatura inovada. É de evidente conveniência procurar identificar a figura jurídica por denominação que seja de universal acolhida, evitando-se terminologia regional, que não tenha, por si só, capacidade de revelar a identidade da figura local com aquela que já amadureceu e se consolidou na experiência do direito comparado.

3 NATUREZA JURÍDICA

O gênero distribuição possui como espécie a representação comercial (contrato de agência), revenda, concessão comercial, comissão mercantil, franquia, corretagem, a concessão do uso de marca etc. Todos relacionados com a denominada *colaboração empresarial*.

O contrato de representação comercial inserido na atividade de colaboração empresarial ocorre por meio de prestação do representante que tem por objeto o desempenho, em uma determinada zona, de uma prestação profissional dirigida à promoção e conclusão de contratos entre o preponente¹ e os terceiros reunidos pelo preposto. Eventualmente os contratos agenciados podem ser concluídos e executados pelo próprio agente, não em nome próprio, mas sempre em nome e por conta do preponente. Os negócios se aperfeiçoam diretamente na esfera jurídica do preponente e do terceiro adquirente. Assim, na conclusão dos negócios intermediados, o representante possui apenas o interesse econômico e não jurídico, porque apenas quando o negócio, entre as outras figuras citadas se torna perfeito, é que nasce para o preposto o direito à comissão.

A teoria do contrato de representação comercial (contrato de agência) possui influência no direito francês naquilo que correspondia ao contrato de mandato. Seria uma modalidade excepcional denominada *mandato de interesse comum*. Esse interesse comum relacionava-se ao fato de que o representante não atuava nos interesses exclusivos do mandante, também levava em conta os seus próprios interesses.

Realizou-se uma evolução no reconhecimento da importância da representação comercial como uma espécie de *mandatário independente*. Um mandatário profissional e empresário que atua com determinada independência, esta como liberdade de iniciativa intensificada.

Pela doutrina de THEODORO JR. (2003 apud FOURNIER, 1998) a natureza jurídica do contrato de representação comercial é hoje a de um *contrato típico*, formando-se da noção do mandato profissional anteriormente exposta. Verifica-se assim, uma profissão da qual se

¹ Seguindo orientação de THEODORO JR. (2003 apud HOUAISS, 2003) prefere-se utilizar o termo *preponente* no lugar de *proponente*, mesmo tendo sido esta última adotada pelo Código Civil de 2002. A razão é a de que *preponente* tem significado “daquele que constitui um auxiliar direto para ocupar-se dos seus negócios, em seu nome, por sua conta e sob sua dependência”. Já *proponente* seria “aquele que propõe algo”. A importância desses léxicos pode ser observada quando o cliente do negócio jurídico em análise também poderá ser chamado de *proponente*. Assim os léxicos nacionais não registram *proponente* com o sentido esperado para se definir o representado.

realiza atos materiais visando à criação de uma sucessão de negócios para a divulgação dos produtos da preponente. Guarda-se uma maior proximidade com o contrato de prestação de serviços do que propriamente com o mandato.

4 CONTRATOS AFINS

Com o desenvolvimento do comércio, a complexidade desse avanço trouxe para o mercado novas figuras contratuais. Cada qual com a especificidade necessária para que as atividades pudessem acontecer da melhor maneira possível. A doutrina não teve tempo hábil para estudar as inovações, adequar a respectiva natureza de cada um com o objetivo de distingui-los com maior precisão.

Serão delineadas as características de cada um dos contratos que possa fazer confusão com o contrato de representação/agência, justamente pelo fato de evitar a ocorrência da zona gris. Esta surge inúmeras vezes por falta de distinção entre os contratos afins, reconhecendo o vínculo ou a autonomia que erroneamente são declaradas pelo Judiciário.

4.1 Representação comercial e contrato de agência

A doutrina traz essa questão de duas formas diferentes. Alguns doutrinadores estabelecem que ambos contratos de representação comercial e agência são semelhantes, porém outros trazem as diferenças existentes, como pontos marcantes, os quais culminarão no resultado de dois contratos díspares, independentes.

Para a parte da doutrina que entende tratar-se de contratos intangíveis pode-se dizer que é um dos argumentos que mais causam dúvida quanto a aplicabilidade das regras atinentes à representação comercial. Pode-se conferir na seguinte passagem:

Há várias marcantes diferenças dogmáticas na regulamentação feita pelas duas leis. A Lei 4.886/65 exige o registro do representante comercial autônomo no seu órgão regulador, enquanto o Código Civil não exige registro do agente nem mesmo cria esse órgão. O contrato de agência prevê um subcontrato (ou contrato à parte) chamado distribuição, o que não acontece com o contrato de representação comercial, que é monolítico. (ROQUE, 2011, p. 144)

Ver-se-á, mais adiante, que esse argumento com base no registro traz um enorme problema de questão prática quando do rompimento do contrato. Muitos juízes do trabalho reconhecem o vínculo empregatício com base na ausência dos requisitos trazidos pela Lei nº 4.886/65. No momento oportuno será analisada de maneira mais profunda essa questão.

Por outro lado, o Código Civil traçou apenas normas gerais acerca do contrato de agência, corroborada em seu artigo 721² *in fine*. Assim, entende-se que a melhor solução é dada por essa doutrina ao estabelecer semelhanças entre os contratos.

Algo que é semelhante, não é idêntico. Porém isso não atrapalha no tratamento uniforme aos contratos citados. “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”³. A falta de registro no órgão competente não afasta aplicação da lei especial. Do mesmo modo que a presença da referida inscrição não afasta disposições do Código Civil.

4.2 Contrato de colaboração

Esse contrato é aquele pelo qual se vale o empresário para obter a colaboração de agentes para a divulgação de seus produtos. Existe a possibilidade de utilização de auxiliares internos, ou seja, a distribuição é feita por meio de empregados que atuam na captação dos compradores, mantendo com a empresa vínculo empregatício permanente. De outro lado, colocam-se os colaboradores externos, que são empresários que se inserem na cadeia de comercialização sem vínculo empregatício, prestando serviços, de variada natureza, ao escoamento da produção, conquistando, conservando e ampliando o mercado para o produto de outro empresário.

No caso da colaboração externa poderá ocorrer a distribuição propriamente dita como é na revenda ou pela intermediação, na busca de clientes interessados na mercadoria do fornecedor (representação comercial, mandato e comissão mercantil).

4.3 Agência e mandato

Teve-se a oportunidade de estabelecer alguns parâmetros entre o agente e o mandatário. Foi visto que esses contratos não se confundem, pois os poderes de que dispõe o representante comercial nem sempre são aqueles que se conferem ao mandatário. A outorga de mandato é, em regra, destinada a realização de negócios determinados. A representação comercial refere-se a um relacionamento negocial permanente envolvendo operações reiteradas e indeterminadas. Tanto o art. 1º da Lei nº 4.886/65 quanto ao art. 710 do Código Civil de

² Art.721 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³ Art. 2º, §2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

2002, utilizam-se de expressões tais como “em caráter não eventual”, “certos negócios” e “negócios mercantis” para delimitarem as atribuições do representante/agente.

O mandatário detém poderes, outorgados pelo mandante, que lhe permitem deliberar sobre o negócio e o realizar em nome deste. O simples representante, no caso de agência empresarial, limita-se a aproximar cliente e preponente, não deliberando sobre o negócio. Pode eventualmente concluir o negócio, mas o contrato já não seria considerado simples e, portanto, absorveria o regime próprio de mandato. Deixa-se claro que não há desconfiguração do contrato de representação comercial, ocorre inclusão de cláusulas secundárias.

4.4 Agência e comissão

Inserido também nos contratos de colaboração, a comissão, diferente do mandato, tem por objeto a aquisição ou venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente. No Código Comercial, reportava-se à comissão uma forma de mandato *sem representação*. Isso porque o mandato mercantil implica necessariamente a representação para realizar negócios comerciais em nome do mandante, enquanto o comissário não age em nome, e sim por conta do comitente.

Há vinculação entre comissário e comprador, inexistindo a figura do comitente nessa conexão. É o comissário que garante o anonimato do comitente perante terceiros. Assim, somente aquele é quem trava relações com terceiros, concedendo ao comitente maior segurança.

No caso do contrato de agência, a concretização do negócio cabe ao preponente. Aqui, o agente não é atingido pelos atos que pratica, através dos poderes que recebeu, sendo o preponente quem deve suportar os riscos perante a clientela. O preponente é sempre o vendedor, ainda que se confira poderes ao representante.

O contrato de comissão, em nossos dias, não tem muita importância e aplicação, mas já foi predominante no passado, antes que surgisse a Lei 4.886/65, que regulamentou o contrato de representação comercial e outros contratos derivados. Ele foi o núcleo dos contratos de colaboração empresarial para força de vendas.

4.5 Agente e viajante ou praticista

A partir daqui, será o primeiro momento que se abordará um pouco do vínculo de emprego que une um empregado a seu empregador por força de um contrato de trabalho. É

que pela definição legal de agente/representante comercial, este presta serviços à empresa sem que haja vínculo empregatício. Nota-se assim, que do ponto de vista prático não há diferença, pois ambos fazem conexão entre a empresa preponente, ou empregadora, e a clientela. Mas na visão do Direito do Trabalho há uma enorme diferença, pois o viajante é empregado da empresa; o agente não.

O representante comercial age como um empresário e não como empregado. É ele próprio quem organiza suas atividades, dotado de alguns deveres que não interferem em sua autonomia⁴. Já o viajante ou praticista não pode se subtrair ao controle e direção que exerce sobre ele por seu empregador. Sua autonomia limita-se ao fato de não trabalhar no recinto da empresa, mas permanecendo sempre submetido às ordens e instruções do empregador.

Mais ainda, o viajante ou praticista não pode contratar pessoal para desempenhar a representação que lhe cabe, pois não é um empresário como o agente, e está hierarquicamente subordinado ao comando do empregador. E por força do contrato de trabalho, o viajante nunca poderá ser pessoa jurídica, ao passo que, ao agente isso é permitido.

4.6 Agência e concessão comercial

No cenário contemporâneo de mercado, raramente se-vê a negociação direta entre produtores e consumidores. Na maioria das vezes ocorre uma intermediação entre empresários, formando-se uma cadeia de negócios que envolvem sucessivos contratos de compra e venda. Determinada empresa vende matéria prima ao fabricante que a transforma no produto final, sendo vendida aos atacadistas e estes vendem aos varejistas que a repassará ao consumidor final.

O contrato de distribuição ocorre entre produtores e revendedores. Sua ocorrência manifesta-se através do *contrato de fornecimento*, no qual o produtor se obriga a fornecer certo volume de determinado produto, e o revendedor se obriga a adquiri-lo, periodicamente. Não há uma remuneração direta entre fornecedor e revendedor. Este se remunera com o lucro que a revenda dos produtos lhe proporciona. O fornecedor, por sua vez, não exerce interferência alguma na gestão do negócio do revendedor.

Poderá o revendedor sujeitar-se a algumas regras de orientação geral traçadas pelo fornecedor. A colaboração empresarial torna-se mais ampla de maneira que o produtor exerça certa interferência na atividade do revendedor. Este continuará negociando seus produtos por

⁴ Sobre este assunto, será melhor abordado no item “7.1 Indicadores de autonomia” onde será discutida questões específicas sobre a autonomia do representante comercial autônomo.

conta própria e em nome próprio, havendo independência jurídica, porém subordinação econômica. Isso explica o que seja contrato de *concessão comercial*, que não raro envolve outros negócios entre as partes, como o uso da marca, assistência técnica etc.

Não se pode confundir concessão comercial com sucessão de compras e vendas. Naquele, o concessionário adquire, por compra, os produtos de marca da concedente, para revendê-los com exclusividade numa região designada, comprometendo-se a adotar na sua empresa determinados métodos organizativos e assegurando assistência pós-venda. Trata-se de um negócio complexo, pois, além da compra e venda, em seu contexto estão presentes o contrato de fornecimento, o contrato de prestação de serviços e, ainda, em certas ocasiões, o contrato de mandato mercantil e o de empreitada.

Entre os contratos de concessão comercial assumiram grande relevo os chamados *contratos de franquia*. Para (REQUIÃO, 1983), a franquia comercial não é um contrato distinto da concessão comercial, podendo estabelecer uma relação equivalente entre eles. No entanto, a doutrina majoritária aponta traços da *franquia* que lhe outorgariam uma identidade jurídica capaz de separá-la dos casos de concessão comercial. Não se abordará de forma mais detida esse ponto, por divorciar do objeto deste estudo.

Podemos fazer uma distinção entre contrato de agência e fornecimento ou concessão em dois pontos: a *autonomia* e a *remuneração* da intermediação. O agente não pratica o negócio de colaboração dos produtos do representado em nome próprio; atua apenas em nome e por conta do representado. Já o concessionário adquire a mercadoria do fornecedor e a negocia, em nome e risco próprios, com o consumidor.

Comentando o art. 710 do Código Civil, *in fine*, Sampaio (2013, p. 16) diz que:

Por esta definição, é a disponibilidade da coisa (mercadoria) a ser negociada que diferencia o representante comercial autônomo do distribuidor. Sabemos que a diferença é bem maior do que a simples disponibilidade da mercadoria. O distribuidor comercia. Compra e vende as mercadorias. Recolhe ICMS. Já o representante é prestador de serviços. Não comercia. Exerce uma atividade auxiliar do comércio. É contribuinte do imposto sobre serviços (ISS).

Apesar de o referido dispositivo legal admitir a forma de agente-distribuidor, deve-se tomar certa cautela com essa afirmação. Em primeiro lugar o agente não se transforma num concessionário comercial. É que a mercadoria que o fornecedor coloca em poder desse agente-distribuidor é objeto apenas de depósito ou consignação. O representante não a adquire do representado, de modo que a venda para o consumidor não assume a natureza de uma revenda. O negócio final é realizado pelo agente como aquilo que outrora chamamos de

contrato complexo de representação comercial, possuindo características de mandato e não de revenda. Vendedor, juridicamente, continua sendo o fornecedor. Em segundo lugar, mesmo havendo divergência doutrinária, comunga-se com a corrente que entende pela identificação da distribuição (gênero) com a concessão comercial, tornando improvável a figura de um agente-distribuidor como sinônimo de concessionário.

O que se quer dizer é que seja pouco prudente a leitura apressada que se faz do art. 710 do CC, no sentido de ter ele disciplinado tanto a figura do representante comercial quanto a da concessão comercial. A lei cuidou exclusivamente do contrato de agência, anteriormente denominada como *representação comercial*. A distribuição pode ser autorizada ao agente como simples ato complementar, porém sem dizer que essa relação se caracterize uma revenda. E toda a mercadoria posta à disposição do agente, é negociada em nome e por conta do preponente (representado).

Essa autorização não é recente, uma vez que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 4.886/65 já previa a possibilidade da execução da venda pelo representante. Mesmo assim, a representação comercial não se transfigura numa concessão comercial.

Em suma, distribuição é um gênero que corresponde aos vários tipos de contratos de colaboração. Se não há venda e revenda de produtos caracteriza-se a agência; se há, o contrato fica no plano da concessão comercial. Essa bifurcação tem como produtos distribuição por conta alheia (agência) e distribuição por conta própria (concessão comercial). Assim, poderá haver distribuição tanto por meio do contrato de agência tanto por meio do contrato de concessão comercial. O primeiro é remunerado quanto ao serviço de intermediação. Já o segundo nada recebe do fornecedor, seu ganho advém do lucro das vendas.

Por fim, a concessão comercial continua sendo um contrato atípico, salvo no caso dos revendedores de veículos é que, pelas características e relevância do negócio, o legislador houve por bem tipificar o contrato de concessão comercial (Lei nº 6.729/79). Isso ocorre pela infinita variedade de convenções que os comerciantes criam no âmbito da revenda autônoma, inviabilizando um padrão reduzido a um contrato típico.

5 O CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

O contrato de representação comercial está regulado pela Lei nº 4.886/65, impondo cláusulas obrigatórias, além daquelas estipuladas pelas partes. Como possui natureza contratual, deverá ter os requisitos comuns a todo contrato porém, neste caso específico, teremos requisitos obrigatórios para aquele que irá realizar atividades de representante comercial autônomo.

O primeiro requisito se refere às condições gerais da representação. Deve haver uma descrição geral das atividades exercidas pelo representante, seu objetivo e acordo entre as partes a fim de obterem o sucesso almejado.

O segundo são os produtos fornecidos. O contrato deverá estabelecer quais serão os produtos que a empresa distribui. Deverão constar suas qualidades, características, preço e demais qualidades que individualizem a mercadoria. Este é um requisito muito importante, pois o representante terá conhecimento daquilo que irá trabalhar. O representante que trabalha com duas tabelas de empresas diferentes, por exemplo, terá em sua defesa ou acusação o critério da concorrência desleal. Isso mesmo. Não há vedação legal de o representante trabalhar para duas empresas diversas, desde que seja diligente com ambas e não ocorra a concorrência referida. Esta seria aquela na qual o representante trabalha para empresas que vendem produtos de mesmo gênero, por exemplo, gêneros alimentícios. Tornar-se-á evidente a impossibilidade de o representante atuar com diligência para ambos preponentes, mesmo que os fatos demonstrem o contrário, pois a concorrência desleal é configurada objetivamente. Nesse sentido:

São os requisitos assentados na doutrina: a) desnecessidade de dolo ou de fraude, bastando a culpa do agente; b) desnecessidade de verificação de dano em concreto; c) necessidade de existência de colisão; d) necessidade de existência de clientela; e) ato ou procedimento suscetível de repreensão. (BITTAR, 2005, p.47)

Em terceiro, está o tempo de duração contratual. Deverá ser estabelecido sem vencimento (indeterminado) ou a prazo (determinado). É considerado indeterminado o contrato que suceder a outro, com ou sem determinação de prazo, dentro de seis meses.

O quarto requisito refere-se a exclusividade de zona. Esta é o local devidamente delimitado em que o representante poderá exercer a representação. A lei não estabelece esses limites, mas existem costumes que poderão variar nas diversas regiões do Brasil. A garantia

dessa exclusividade é uma conquista dos representantes brasileiros, que conseguiram um reconhecimento de atuação, impedindo a concorrência, sem regras, que incidia nos agentes de um mesmo preponente. Lembra-se que a lei nada veda ou impõe a exclusividade do representante. As partes poderão estipular cláusula nesse sentido, porém, se não houver esse acordo, o representante não poderá ficar restrito a uma empresa apenas por motivos e exceções já apresentadas.

Como quinto requisito, a lei estabelece uma retribuição pelos serviços de representação. A remuneração do representante pelos seus serviços é geralmente uma comissão cuja porcentagem deve ser fixada no contrato. O representante adquire o direito às comissões a partir do pagamento dos pedidos. Nada impede que isso seja estipulado de forma diversa, mas a presunção é a do pagamento para que a comissão seja devida.

Por último, sobre a indenização. Se o representante não incorrer nos casos a que trata o art. 35 da Lei nº 4.886/65, ou seja, desde que a rescisão não ocorra por motivo justo, fará jus a indenização igual ou acima de um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

O contrato também exige que ao representante seja obrigatório o fornecimento de informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos. Corroborado pelo art. 28⁵ da lei citada, notamos aqui, talvez a principal causa da zona gris. Esta é uma região de indeterminação na qual não se pode definir o representante como autônomo ou empregado, exatamente um local ténue. O dispositivo citado não estabelece diretrizes mínimas do que seriam essas “informações detalhadas”. Isso é ruim porque a empresa poderá se valer dessa “cláusula aberta” para deixar o representante tão submisso como se empregado fosse. E por outro lado, facilitar para o representante o requerimento de vínculo empregatício perante a Justiça do Trabalho simplesmente pelo fato de estar sendo cobrado de deveres inerentes à profissão. Já que a lei não traça parâmetros sobre a questão, o que faria a decisão que reconhece o vínculo ser injusta com relação àquela na qual não é reconhecido? Se a lei estipulasse diretrizes mínimas, essa zona cinzenta possivelmente cairia.

Dizer que o representante deve agir com diligência, por si só não afasta essa incerteza. Acusar um representante de desidioso é aplicar um extremo, pois desidioso equivale à negligência contumaz. Não se está preocupado com extremos, mas com os casos

⁵ “Art. 28. O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissivo, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos”.

intermediários. O problema é aquele no qual não se consegue distinguir claramente o significado dos fatos.

Aos representantes são concedidos tanto direitos como deveres. Não é pelo fato de estar revestido por uma autonomia jurídica que não existe dever. O preponente encontra-se nessa relação por motivos que datam à gênese da representação comercial. Estipular diretrizes, como por exemplo, datas em o agente deverá apresentar relatórios de vendas seria de grande valia para se evitar decisões injustas. Uma garantia para ambos os contratantes.

Poder-se-ia pensar: mas se o representante é um autônomo, o que daria legitimidade à empresa obrigá-lo a apresentar relatórios? Isso é o que servirá de defesa para um regime jurídico próprio da representação comercial com natureza jurídica de contrato típico. Não se quer, com isso, causar uma confusão entre representação comercial e vendedor empregado externo. Este poderá ser cobrado pela representada por meio de relatórios periódicos sobre o andamento dos negócios. Mas a diferença é que neste último caso, a empresa poderá exigir da forma como lhe convier e no caso do representante comercial, a preponente apenas estaria habilitada para tal se a própria lei elencasse os critérios.

A Lei nº 4.886/65 é obscura nesse ponto. O regime jurídico não está definido com clareza. Não há previsibilidade quanto à todas as consequências da rescisão. Apenas os fatos dirão. Fatos, que na maioria das vezes, pouco ou nada esclarecem. Por esse motivo, passar-se-á, nos próximos capítulos, a estudar possibilidades de se tentar evitar com que as partes contratantes sejam vítimas de uma zona gris.

6 A RELAÇÃO DE EMPREGO

6.1 Considerações iniciais

Como se sabe, a relação de trabalho possui caráter genérico. Liga-se a todas as formas de acordo de prestação de trabalho existentes no cenário jurídico. Nos capítulos precedentes tratamos de uma modalidade específica de relação de trabalho *lato sensu*; o trabalho autônomo do representante comercial. Foi identificado, questionado e comparado cada requisito dessa relação jurídica. E agora que se conhece mais profundamente o contrato de representação comercial, podemos avançar para o estudo da relação de trabalho *stricto sensu*; a relação de emprego.

A importância de se estudar a relação de emprego somente agora e não no início deste trabalho é justamente para, no caso concreto, ter condições de analisar a autonomia para posteriormente estudar a presença ou não de vínculo de emprego. Esse raciocínio é importante do ponto de vista de, conhecida de antemão a lei que rege o contrato de representação autônoma, estaria mais fácil, caso comprovado o vínculo, apontar as fraudes existentes. Até porque algumas características configuradoras da relação de emprego também estão presentes no contrato de agência. Nesse sentido:

Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador. (BARROS, 2011, p. 173)

Vê-se, portanto, que a subordinação não é elemento comum. Alguns diriam também a pessoalidade, pois o representante poderá fazer-se representado por prepostos ou sub-representantes, caracterizando a impessoalidade. Porém, é o nome, a honorabilidade do representante, o conhecimento do mercado local e a sua competência que influenciam na escolha pelo representado para a contratação. Por esse motivo se estuda a relação de emprego em momento posterior; para que primeiro se possa ter a chance de analisar os elementos comuns.

6.2 A formação do vínculo

A relação jurídica em análise é necessariamente autônoma, ao passo que a subordinação é imprescindível na relação trabalhista de emprego. A formação do vínculo de emprego entre representante e preponente ocorrerá, além da subordinação, desde que se comprove a indisponibilidade do caráter pessoal da prestação realizada, isto é, o representado mostra-se inflexível quando da substituição, ainda que eventual, de seu representante. Necessário dizer que não há obrigação de se analisar a fundo os outros dois requisitos da relação de emprego, pois caráter não eventual e onerosidade estão presentes em ambos (relação de emprego e contrato de representação comercial).

Adiantar-se-á aquilo que será objeto do próximo capítulo: a pessoalidade não tem a “força” que a subordinação possui para que se declare o vínculo. O trabalho exercido apenas pelo agente, sem que se utilize do auxílio de prepostos, por si só não configura a relação de emprego. A exigência, por parte da representada, de que o trabalho seja executado apenas pelo representante, sem a possibilidade de outra pessoa o fazer, ainda que esporadicamente, configura uma relação trabalhista, isto é, desde que provada nos autos. Por outro lado, muitas empresas, justamente para se evitar esse reconhecimento do qual tanto temem, optam por certas fraudes que afastaria a pessoalidade, por não ser prestada por pessoa física (obrigação de reconhecimento de firma).

Numa relação jurídica, a pessoalidade se forma quando o prestador laboral não pode cumprir as cláusulas contratuais por interposta pessoa, devendo fazê-lo pessoalmente. Um representante comercial não deixará de ser considerado um empresário, apenas por não possuir prepostos. Aquele organiza suas tarefas da melhor maneira que achar conveniente, independentemente de estar sozinho ou com auxílio de obreiros.

Já a subordinação, na maioria dessas relações, será muito difícil de ser detectada no caso concreto. Segundo DELGADO (2012, p. 605):

Ela tipifica-se pela intensidade, repetição e continuidade de ordens do tomador de serviços com respeito ao obreiro, em direção à forma de prestação dos serviços contratados. Se houver continuidade, repetição e intensidade de ordens do tomador de serviços com relação à maneira pela qual o trabalhador deve desempenhar suas funções, está-se diante da figura trabalhista do vendedor empregado (art. 2 e 3, *caput*, CLT; Lei n. 3.207, de 1957). Inexistindo essa contínua, repetida e intensa ação do tomador sobre o obreiro, fica-se diante da figura regulada pela Lei Comercial n. 4.886/65 e Código civil de 2002.

Dada a natureza jurídica da subordinação, qual seja o fenômeno jurídico derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e empregador, pelo qual aquele acolhe o poder de

direção deste, materializa-se no contrato de trabalho. Tem-se conhecimento de que no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob uma ótica objetiva, ou seja, ela é encarada pelo modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. Essa concepção subjetivista, já superada pelo ordenamento pátrio, considerava a subordinação como sendo uma forma de dependência (econômica ou tecnológica).

A dependência econômica fundava-se na hierarquia rígida que colocava sempre o empregador em superioridade se comparada com os obreiros. Nesse aspecto, o representante comercial autônomo, na maioria das vezes, é hipossuficiente se comparado com todo o aparato econômico que possui a representada. Não é apenas pelo simples fato dessa ocorrência que estará configurada a relação de emprego. Seguindo o mesmo raciocínio, a dependência técnica também não faz do representante um empregado, embora quase sempre a empresa tomadora detenha o conhecimento necessário para a realização das tarefas. É o caso da empresa possuir softwares próprios para que o agente possa desempenhar suas funções de modo mais ágil, graças ao desenvolvimento tecnológico proporcionado. Não seria o caso de retornarmos aos antigos aparelhos de fax que atrapalharia inclusive no desempenho e rendimento do representante.

Por fim, resta o comentário sobre as dimensões da subordinação: a clássica, a objetiva e a estrutural. A primeira deriva do contrato de trabalho que estabelecerá metas a serem cumpridas pelo empregado. É a obediência direta perante o empregador. A segunda manifesta-se pela integração do trabalhador nos objetivos do empregador, ainda que as ordens diretas encontrem-se minimizadas. A terceira decorre não necessariamente de ordens diretas do empregador, mas sim da inserção do trabalhador na dinâmica da empresa. Pode-se notar que o estudo dessas dimensões mostra a subordinação se manifestando de diferentes formas ao longo do tempo. Assim também ocorre nas relações que envolvam o representante comercial autônomo. O desenvolvimento dos meios telemáticos mostra que é possível haver subordinação sem mesmo haver o contato direto entre o representante e o tomador de seus serviços. O representante, que está sempre conectado à internet, poderá ser facilmente controlado pela representada, o que muitas vezes restaria uma subordinação clara e não apenas uma busca de informações detalhadas pelo serviço prestado. Ocorre também que estar integrado nos fins da empresa, nem sempre configura a relação empregatícia. O representante tem o dever de apresentar diligências mínimas (sem incorrer na indeterminação do termo), isto é, angariar clientela para a preponente, o que na verdade é um interesse em comum. Em último lugar, na subordinação clássica é notória sua manifestação entre as partes, sendo facilmente detectada.

7 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO VÍNCULO

Neste capítulo abordar-se-ão assuntos mais práticos de modo que se possa visualizar a problemática dessa “zona gris” tão discutida no âmbito jurídico. Essa região de indefinição apresenta escassez de elementos probatórios que podem se apresentar insuficientes ou contraditórios. À primeira vista, é um problema a ser resolvido apenas quando os fatos estiverem postos para análise. Por tratar-se de um regime jurídico incerto, sim, isso é verdade. Depende-se da apresentação dos fatos para que os elementos caracterizadores da autonomia ou da subordinação venham à tona. Mas não se está dizendo que a atuação do magistrado se dará às cegas. Muito pelo contrário. Ao julgador estão disponíveis vários elementos caracterizadores da relação que servirão de orientação para a adequada análise do caso concreto.

A maior parte da doutrina considera que o juiz deve, em primeiro lugar, verificar os elementos que caracterizam o empregado e, sendo o caso de afastá-los, passará a examinar o contrato escrito do representante comercial autônomo. Importante levar em consideração os elementos que por si só não são suficientes para se determinar a subordinação ou a autonomia. São os indícios. Estes, se analisados isoladamente, deixam a relação ainda mais turva.

7.1 Indícios

Será visto alguns elementos que são apenas indícios da relação de emprego. Isoladamente, elas não servem para indicar, tampouco para excluir o vínculo. É preciso estudá-las para não serem confundidas com outros indicadores. Nossa referência é o trabalho de (CARDONE, 1998, p. 32), porém não se concorda totalmente com a classificação proposta por encontrar-se defasada. Isso quer dizer que alguns itens propostos como certeza ou excludente serão considerados como indícios, pois somente a intensidade com que ocorram poderá apontar ou excluir a subordinação.

- a) Recebimento de quantia fixa mensal: a autora refere-se aqui à remuneração devida ao autônomo ou ao empregado sob o sistema comissionado. Este pode corresponder a um comissionado puro ou associar-se a uma parcela salarial fixa. O caso concreto irá mostrar se o representante fazia jus apenas à comissão ou se havia qualquer outra parcela a ser considerada salário. Esse item está intimamente relacionado com o item “d”.

- b) Utilização de material da empresa, pastas, papel timbrado, talões de pedidos, lápis, etc.: esses elementos em nada contribuem para encontrar nexos causal da relação de emprego ou de autonomia. Até porque a utilização de alguns desses materiais já se tornou inviável com o advento da informática.
- c) Obrigação de mínimo de produção: está ligada à própria sobrevivência da representação e do aproveitamento razoável do mercado consumidor, abastecendo-o com regularidade, de forma a evitar a entrada da concorrência e aumentar as vendas. Trata-se de questão polêmica sendo que o judiciário trabalhista tem entendido pela via dos princípios protecionistas os quais serão analisados posteriormente.
- d) Recebimento de ajuda de custo: depende da forma com que ocorre. As empresas atacadistas possuem o costume de deixar uma pequena margem variável no preço das mercadorias. Com isso, o representante é capaz de efetuar descontos, o que não se caracteriza ajuda de custo, apesar de influenciar no ganho final do representante. Isso quer dizer que ainda que o representante receba mensalmente a possibilidade de efetuar descontos nos produtos, não se pode dizer que se trata de ajuda de custo, não sendo considerada portanto, salário. Já uma ajuda com transporte para o representante sim, o vínculo estaria formado. Não se pode eliminar o risco inerente à atividade empresarial ou autônoma, o que não se confunde com a cláusula *del credere* vedada pelo art. 43 da Lei nº 4.886/65, considerando salário um meio de gerar lucro para a empresa e conseqüentemente aumentando o valor da comissão em benefício do representante.
- e) Documentos formais: a ausência dos requisitos formais (inscrição na prefeitura, órgão de classe – CORE, INSS e contrato de representação por si só não configuram o vínculo. O contrário também ocorre na jurisprudência trabalhista, a declaração de autonomia, pelo fato do representante apresentar os referidos documentos. Esse ponto será melhor abordado no capítulo sobre princípios.
- f) Ausência de jornada de trabalho: não configura a autonomia, pensada por muitos. Isso decorre em analogia feita ao próprio empregado vendedor externo, pois não é controlado por meio de jornada, tendo seu horário livre (e ainda assim é empregado).

7.2 Excludentes

Os elementos aqui tratados apontam à autonomia do representante.

- a) Existência de escritório de vendedor e admissão de auxiliares: somente ajusta-se como excludente pelo conectivo “e”, pois a simples existência de escritório, isoladamente de outros fatores, não torna, por si só, a relação como autônoma.
- b) Substituição do vendedor por outra pessoa na prestação do serviço: esse item é um dos principais fatores que declaram autônoma a relação jurídica que envolve o representante. Caso este se faça substituir esporadicamente, ainda assim estaria comprovada a autonomia.

7.3 Certeza

O enquadramento dos seguintes elementos declara a relação de emprego e consequentemente afasta a autonomia. Nesse ponto a proposta de (CARDONE, 1998) mostra-se pouco prática. Isso porque a autora envolve elementos que dependam da intensidade de ocorrência como caracterizadores de certeza. Sabe-se que a mesma esclarece que os elementos de certeza devem ser encontrados simultaneamente para se concluir pela existência da subordinação jurídica. Porém, um elemento de certeza (que por si só garanta o vínculo) bastaria para adequar a relação de emprego. Pode-se citar um exemplo no qual um representante possuía horário de trabalho fixo. Bastaria prova da jornada de trabalho para reconhecer, ao representante, o vínculo. Se não era exigida a presença do representante nas dependências da empresa, pouco importa, desde que o trabalho fosse prestado com pessoalidade e houvesse jornada de trabalho já restaria configurado o vínculo.

- a) Jornada de trabalho: a estipulação de horário de trabalho do representante mostra-se claramente como uma indicação de subordinação. O representante não pode estar submetido a horário fixo, ele faz seu próprio horário de acordo com o horário de atendimento dos clientes.
- b) Exigir a presença do representante nas dependências da empresa: é uma forma de controle direto, desde que não seja apenas para prestar esclarecimentos específicos e eventuais. A presença regular (diária, semanal ou mensal) do representante na empresa é uma forma de subordinação. Note-se que apesar desse item estar vinculado a certa regularidade, foi incluído como elemento de certeza. A razão disso é pelo fato de ser praticamente desnecessária a presença do representante na empresa (o que bastaria uma visita a cada três meses, por exemplo, para considerá-lo empregado). Os meios de comunicação obtiveram um avanço tão considerável

que seria quase impossível ter um motivo para que o representante se apresente nas dependências da empresa. Caso ainda assim a empresa precise entrar em contato com o representante que não seja pelos meios de comunicação, esse encontro poderá ser realizado por meio de um supervisor. Esse encontro também deverá ser feito com muita cautela pela representada, para não ser condenada a reconhecer o vínculo. Um encontro regular entre representante e supervisor poderá ser entendido como uma submissão mascarada pela preponente em relação ao agente.

- c) Obediência a métodos de venda: o representante é um profissional e não pode ter sua atividade alterada pela representada. A empresa não pode querer ensinar o representante a vender, pois restaria invadida a sua autonomia funcional. A maneira como o representante vende nada tem haver com as diretrizes e objetivos da empresa, desde que aquele exerça sua atividade (angariar clientela/pedidos).
- d) Poder disciplinar: aplicar qualquer tipo de sanções inerentes a qualidade de empregado, revela-se exagerada, isto é, advertir ou dar broncas em função do desempenho das suas atividades. Aqui não se quer tratar de mera comunicação (orientação a respeito de determinado pedido, por exemplo), mas sim tratamento num plano que apenas um subordinado poderia receber. O representado poderá rescindir o contrato, mas não aplicar punições. Estas poderão ser aplicadas pelos COREs mas nunca pelas preponentes.

8 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Ao longo de todo esse trabalho, implicitamente esteve presente um princípio muito importante: o princípio da proteção. Na lição de Delgado (2012, p. 193):

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hiossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Trata-se, claramente, de um princípio de âmbito generalizado, dando validade a outros princípios que dele decorrem. A sua importância é tamanha que abarca praticamente quase todos os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Portanto, não se segue orientação do grande jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez, o qual atribui ao princípio em tela apenas três desdobramentos, sendo um deles (in dubio pro operário) controvertido pela doutrina, ao qual daremos a devida atenção em momento oportuno.

Refere-se basicamente a dois princípios: o princípio da norma mais favorável e o princípio da primazia da realidade sobre a forma. É muito importante estudar esses dois princípios, pois eles serão à base de fundamentação quando se for declarar a relação de emprego, principalmente naquilo que se relaciona com os indícios, já estudados. A presença de lei especial e fraudes não poderão ser obstáculos à declaração de subordinação. São esses dois princípios que ajudam a diminuir ainda mais a região de indeterminação, inerentes ao contrato de representação comercial.

O princípio da norma mais favorável nos remete a aplicação das regras que forem mais benéficas ao obreiro (no nosso caso o trabalhador/agente). As regras são aplicadas em blocos (teoria do conglobamento orgânico) sem comprometer o sistema jurídico. A própria Lei nº 4.886/65 apresenta critérios utilizados pela CLT para regular o contrato de trabalho. Exemplo: aviso prévio. Portanto, pode-se aplicar normas mais favoráveis utilizando as regras da CLT e do Código Civil em conjunto com a lei, mas somente naquilo em que aquelas não forem incompatíveis com esta, por tratar-se de lei especial.

Uma análise superficial do tema chegaria ao ponto de se pensar pela inobservância das regras contidas no sistema jurídico, as quais todo hermeneuta deve seguir. Nesse sentido ensina Delgado (2012, p. 195):

No tocante ao processo de hierarquização de normas, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto – como resulta do enfoque proposto pela teoria da acumulação.

Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento).

Isso quer dizer que o princípio da norma mais favorável serve para não se eleger as regras da CLT como um dogma. Nem sempre que houver um caso o qual envolva um representante numa zona gris, quer dizer que a subordinação será aplicada. Sabe-se que a CLT é regida pela imperatividade de suas normas trabalhistas mas, devemos lembrar que a autonomia das partes, desde que lícita, será mantida.

O outro princípio mencionado é o da primazia da realidade sobre a forma. Sempre que se fala em realidade, lembra fraude. Esta ocorre justamente por uma ocultação daquilo que realmente ocorreu entre as partes. Temos excelente definição em Barros (2011, p. 146):

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado [...].

E a principal consequência da fraude para a representação comercial autônoma é a declaração de subordinação. A Justiça do Trabalho é severa quando percebe uma fraude. Nesta, a obra de (CARRION, 2013, p. 88) orienta que a execução da lei é mera aparência, isto é, o seu “espírito” não é aplicado.

As fraudes envolvendo o representante são muito comuns. Caso peculiar é da empresa representada, na tentativa de mascarar o verdadeiro contrato de trabalho que existe entre esta e o representante, constrange este a se constituir em firma individual. Esta possui outra denominação nos dias atuais: firma mercantil individual. Também é conhecida como empresa individual ou empresário pelo Código Civil de 2002. Não obstante, apenas pela existência desse elemento não se deve afirmar seguramente que se encontra diante de uma relação de representação comercial. A firma mercantil individual, dentro da sistemática do Código Civil,

não constitui personalidade jurídica. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário somente para efeito do Regulamento do Imposto de Renda. Assim, somente para esse efeito o empresário, devidamente registrado, é considerado pessoa jurídica. Não tendo essa finalidade, no Direito Comum, mesmo sob a forma de firma mercantil individual, o representante comercial pessoa física, não tem o anteparo da personalidade.

O fato de um representante comercial se apresentar com firma individual, não lhe dá o caráter de pessoa jurídica, nem necessariamente a qualidade de representante comercial autônomo. Por óbvio que, inerente ao contrato de representação comercial, caso o agente seja uma empresa organizada, inclusive apresentando sub-representações, será autônoma por esse fato e não pelo simples registro comercial.

O que a prática nos mostra é que a finalidade da preponente de constituir o representante em firma individual é para emitir Nota Fiscal de Serviço quando este vai receber a sua comissão pelas vendas realizadas. Todo o serviço é prestado pela própria pessoa física do representante. Assim, essa exigência das preponentes tem o fim de mascarar o verdadeiro contrato de trabalho subordinado.

9 JURISPRUDÊNCIA

Corroborando este trabalho de conclusão de curso, citar-se-ão algumas decisões relevantes para cada aspecto da representação comercial. Assim será possível visualizar a problemática no caso concreto.

As duas primeiras tratam de questão recorrente, qual seja, a que declara, mesmo que implicitamente, o caráter de incerteza do regime jurídico a que está submetido o representante. Nesse sentido:

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E VÍNCULO DE EMPREGO. A distinção entre vendedor empregado e representante comercial é sutil, situando-se no dizer da doutrina moderna, em “zona gris”, ou seja, de difícil diferenciação (...). TRT-02, 7ª Turma, Rel. Juíza Yone Frediani. RO n. 20030172653, julgado em 14.04.2003, publicado no DJ em 09.05.2003.

Representante comercial. Relação de emprego. Não há lei *a priori* que defina o vendedor como representante comercial ou como empregado. É do exame de cada caso e das condições em que se presta o serviço que depende o enquadramento do vendedor em uma ou outra categoria. Somente o exame das condições em que se desenvolve a atividade é que definirá qual a condição prevalecente. TRT – 12ª Reg. – 2ª T. – Ac. n. 9.357/2000 – Rel.: Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo – DJSC 28.9.2000, p. 81. Revista de Direito Trabalhista, Brasília: Editora Consulex, outubro/2000, p. 60.

É a manifestação da zona grise já estudada. No fundo, as decisões de um modo geral acabam como mera discussões sobre fatos, sem ao menos, adentrarem-se mais detidamente em análises sobre certeza, indícios e autonomia. E a falta de provas pode gerar consequências muito graves, incluindo a aplicação controvertida do princípio *in dubio pro operario*. Assim, nas lições de Barros (2011, p. 146):

[...] só se deve decidir em favor do empregado quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei e nunca para suprir deficiência da prova, cujo ônus lhe competia, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular.

A terceira decisão é formalista a ponto de afastar o princípio do contrato realidade. Os argumentos utilizados são considerados apenas indícios, não possuindo o condão de precisar sobre o vínculo ou autonomia do representante:

Representação comercial. Exigência necessária de registro do representante junto ao Conselho Regional (Lei 4.886, art. 2º). A falta dessa solenidade importa em nulidade do contrato de representação (CC, art. 145, IV), dando lugar ao contrato de emprego

na forma da CLT” (TRT, 2.^a Região, 9^a Turma, Ac. 20010288940, j. 28-05-2001, data publ. 12-6-2001).

A quarta reconhece que aspectos meramente formais não indicam com certeza qual é a relação entre representante e preponente, sendo contrária à decisão anterior:

RELAÇÃO DE EMPREGO VERSUS REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Provado que o trabalho era realizado com ampla autonomia, o simples fato de o prestador de serviço não ser registrado no órgão de classe competente não transmuda a relação havida. O princípio do contrato realidade não vigora apenas em benefício do vínculo de emprego, portanto. TRT 3^a R. – RO 898/00 – 1^a T. – Rel^a Juíza Beatriz Nazareth T. de Souza – DJMG 14.7.2000. Revista Síntese Trabalhista, set. 2000, p. 82.

Importante decisão, esta quinta refere-se ao que se denominam indícios, isto é, a intensidade com que ocorre determinado aspecto da relação envolvendo o representante:

Representante comercial – Relação de emprego não caracterizada – Ausência de subordinação. A subordinação jurídica é o elemento norteador da distinção entre representante comercial autônomo e o empregado vendedor, exigindo uma cuidadosa análise dos fatos e provas produzidas no caso concreto, uma vez que em ambas as hipóteses podem estar presentes os demais requisitos caracterizadores da relação de emprego. Cumpre analisar o modo de concretização do trabalho pactuado, ou seja, o *modus faciendi* da prestação do serviço. A avaliação da intensidade de ordens é que determinará qual o sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação de serviços, se o próprio profissional – configurando trabalho autônomo – ou se o tomador de serviço – caracterizando relação de emprego. (TRT – 3^a R – 6^a T – RO nº 2128 /2003 – Rel^a. Lucilde D’Ajuda L. de Almeida – DJMG 12.4.2003 – p. 14) (RDT nº 5 – maio de 2003)

Portanto, pode-se observar que a jurisprudência é oscilante. A zona gris não deveria ser fundamento para essa grande variação nas decisões. Há uma incerteza quanto ao regime jurídico, isso é inegável. Porém, utilizar de argumentos estritamente formais e abandonar um raciocínio principiológico é ser, no mínimo, retrógrado.

10 CONCLUSÃO

Ao longo de todo este estudo, deixa-se bem claro a problemática que um regime jurídico incerto pode acarretar. E não se quer diminuir ou solucionar esse impasse. Essa não é a proposta aqui apresentada. Necessário sim fazer compreender essa dinâmica. Tendo conhecimento da existência de um campo impreciso, os operadores jurídicos estarão mais atentos quando se depararem com situações envolvendo a representação comercial.

Justamente por esse motivo, foi defendido em capítulos anteriores a análise precedente da autonomia e só posteriormente, a subordinação teria sua devida atenção. Trata-se de enfrentar igualmente ambos os lados. Evita assim, um julgamento desorientado, o qual atém-se apenas aos critérios formais ou apenas à insuficiência probatória, este por meio do princípio “in dubio pro operário”. Demonstra também a desmistificação de que a Justiça do Trabalho, na maioria dos casos, reconhece o vínculo de emprego ao representante, o que evitaria muitas fraudes cometidas pelas empresas, como é o caso, já citado, da obrigação do representante de constituir pessoa jurídica.

Por essa razão não se entende prudente uma análise bem fundamentada para a subordinação seguida de mera negação da autonomia. Para reforçar essa ideia, em sentido oposto, as empresas precisam de decisões que confirmem com fundamentação, a presença de autonomia e não uma decisão que simplesmente negue a subordinação num dado caso concreto.

No atual cenário constitucional, o juiz não é meramente a “boca da lei” como dizia Hobbes em seu tempo. Esse pensamento bizantino, felizmente já superado, cedeu à um julgador que atua como um personagem (sujeito) no âmbito processual. Sua inércia é apenas anterior à movimentação da máquina estatal por iniciativa dos legitimados para tal. Os magistrados têm acesso ao sistema principiológico que não os deixa ser legalistas a ponto de cometerem cegas decisões.

Nessa orientação, o princípio da proteção revela-se extremamente necessário para se obter uma solução sensata para a questão da zona cinzenta que acomete o representante comercial autônomo. Os julgadores que se deixarem guiar por esse princípio saberão, com os dados levados a juízo, qual será a melhor maneira de solucionar a lide trabalhista.

Por fim, deixa-se claro o porquê de ainda existirem tais representantes já que há tantas controvérsias. Não seria melhor se houvesse apenas o vendedor (subordinado) externo? A resposta é não. Em primeiro lugar, e talvez a mais importante, refere-se ao excelente custo-

benefício para expansão de negócios e acesso a novos mercados. Estruturas, filiais, agências, são extremamente onerosas. No caso da representação comercial, a infraestrutura administrativa e comercial correm por conta da mesma (sede, telefonia, internet, formulários, locomoção, pessoal). Em segundo lugar é a transformação de custo fixo em variável. Representantes comerciais custeiam o processo de vendas, da prospecção ao pós-venda. Só recebem comissão se o cliente pagar no dia “quinze” do mês subsequente, o que não ocorreria com um vendedor empregado, pois recebe salário. Em terceiro lugar reduz significativamente os encargos sociais do empregador, pois os representantes não recebem décimo terceiro salário, férias, indenização de 40% adicionais sobre o FGTS, em caso de rescisão sem justa causa. Em quarto e último lugar a questão da autonomia dos representantes. Estes gerenciam sua própria atividade, isto é, fazem o próprio itinerário, podem contratar funcionários, divulgar o trabalho na internet e tantas outras tarefas que um subordinado, sem autorização, não poderia.

11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: Peculiaridades, aspectos, controvérsias e tendência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. 1 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BUENO, José Hamilton. **Representante comercial & agente de distribuição: dos indicadores de autonomia e empresarialidade**: LTr, 2010.

CARDONE, Marly A. **Viajantes e praticistas no direito do trabalho**. São Paulo: ltr , 1998.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

Diário do congresso nacional nº 241, de 13 de dezembro de 1949.

MENDONÇA , J.X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

MOSSA, Lorenzo. **História Del Derecho Mercantil em los Siglos XIX y XX**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948.

Recomendações de Araxá, 1949

REQUIÃO, Rubens. **Do Representante Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Projeto de Código Civil – Apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das obrigações)** . v 64. N. 477: Revista dos Tribunais, jul., 1975.

ROQUE, Sebastião José. **Do representante comercial autônomo**. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2011.

SAAD, Ricardo Nacim. **Representação comercial**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAMPAIO, José damasceno. **O representante comercial autônomo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2013.

THEODORO JR. Humberto. **Do contrato de agência e distribuição no novo código civil**. 2003. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto301.rtf>. Acesso em 07.06.2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. São Paulo: Saraiva, 1975.