

1.1 Contextualização: função da representação comercial

Para que se possa compreender e aplicar corretamente os conceitos que derivam do contrato de representação comercial, é preciso analisá-lo sob dois âmbitos: estrutural e funcional¹.

A análise estrutural de um negócio jurídico se preocupa com seu aspecto estático. Quais são seus elementos essenciais? Quais seus requisitos indispensáveis? Como se formatam esses elementos e requisitos para configurar este ou aquele negócio jurídico?

Já a análise funcional de determinado negócio quer saber sobre a dinâmica da relação jurídica que aquele arranjo faz nascer.

¹ De acordo com Norberto Bobbio, "sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais íteis que sejam, acredito ser possível afirmar com certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guimada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber 'como o direito é feito' do que 'para que o direito serve'. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional. (...) O que distingue essa teoria funcional do direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do direito. A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins" (**Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Bertuccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 53, 54 e 57).

Para que serve aquele negócio? Qual é a sua utilidade? Por que as pessoas o celebram? Quais as consequências da celebração do negócio?

Aplicando-se uma analogia simples entre Direito e futebol, é como dizer que a análise estrutural se ocupa apenas em descrever as traves, o campo, as medidas e peso da bola, os uniformes dos times etc. Já a análise funcional tem a tarefa de aplicar essas descrições estruturais à dinâmica do jogo, quando os times entram em campo e a bola efetivamente passa a rolar.

Analisados isolada e abstratamente, são raros os contratos que desde logo revelam todos os seus detalhes e suas consequências. Tome-se a compra e venda por exemplo. Sem se saber quem são as partes, qual é o objeto e em qual contexto está inserido o contrato, é impossível afirmar se àquele contrato se pode atribuir o adjetivo civil, empresarial ou “de consumo”.

A estrutura do contrato é incapaz de (na grande maioria das vezes), por si só, revelar o âmbito socioeconômico no qual se insere a relação jurídica decorrente daquele negócio determinado.

Vê-se, assim, que a análise estrutural ou estática não basta para a compreensão completa do Direito Privado em todas as suas nuances e matizes. As relações jurídicas são necessariamente dinâmicas, isto é, têm funções determinadas pelos agentes que fazem parte dessas mesmas relações. O estudo dos institutos jurídicos, portanto, deve-se ocupar da análise estrutural e funcional, de modo a se obter uma ideia o mais completa possível de cada uma das figuras e conceitos que fazem o Direito².

² Isso fica ainda mais claro com a inserção do art. 421 no Código Civil de 2002, cujo texto é: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Inobstante as críticas que se fazem ao texto do dispositivo, fato é que o teórico do contrato, depois de 2002, não pode mais negligenciar a análise funcional do arranjo, vez que é a própria função do contrato que servirá de limite à liberdade das partes ao criarem um vínculo jurídico entre elas.

A título de exemplo, tome-se a classificação de contratos em civis e empresariais. Só é possível saber se um contrato é ou não é empresarial depois que o jogo começou. A disciplina da qual este livro inteiro se ocupa, portanto, depende de uma configuração dinâmica óbvia: a conclusão de que certo contrato é empresarial.

Nesse ponto se insere o contrato de representação comercial, previsto e disciplinado pela Lei n. 4.886, de 9-12-1965.

Estruturalmente, o contrato de representação comercial traz consigo semelhanças quase indissociáveis de outros contratos conhecidos, como a prestação de serviços, o mandato, a comissão, a corretagem e o próprio contrato disciplinado da relação de emprego previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

É, todavia, a análise funcional que revelará seus principais traços distintivos e o elevará à autonomia em relação a qualquer outro contrato previsto pelo Código Civil ou por outra lei extravagante.

Mas, afinal, qual é a função do contrato de representação comercial?

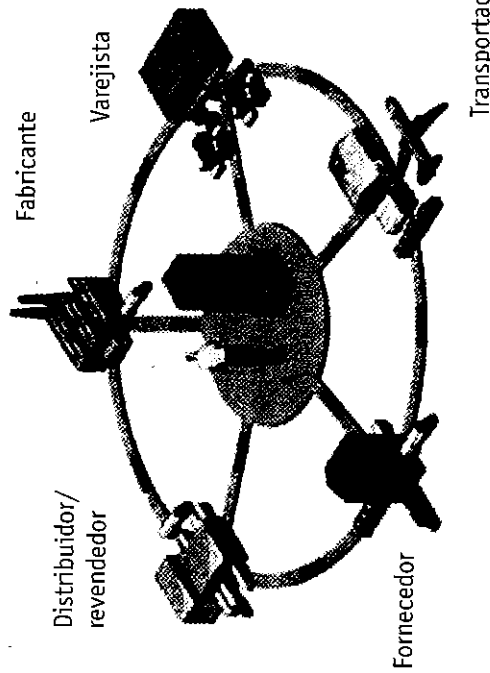
A lei pode nos dar a primeira pista. O art. 1º da Lei n. 4.886/65 prescreve: “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

Pode-se dizer que o contrato de representação comercial tem por precípua função colaborar para o sucesso da cadeia de suprimentos³ do empresário.

³ “Uma cadeia de suprimento engloba todos os estágios envolvidos, direta ou indiretamente, no atendimento de um pedido de um cliente. A cadeia de suprimento não inclui apenas fabricantes e fornecedores, mas também transportadores,

Preferimos nos socorrer de ilustração⁴ para esclarecer o conceito de cadeia de suprimentos:

Cadeia de Suprimentos



O representante comercial se coloca como elo ou intermediário entre os diversos integrantes da cadeia de suprimentos. É sua função promover a celebração de negócios. Normalmente, o re-

depósitos, varejistas e os próprios clientes. (...) Uma cadeia de suprimento é dinâmica e envolve um fluxo constante de informações, produtos, dinheiro (fundos) entre os diferentes estágios. Cada estágio da cadeia de suprimento executa diferentes processos e interage com outros estágios da cadeia" (CHOPRA, Sunil; MEINDL, Peter. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos**. Trad. Claudia Freire. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 3-4).

⁴ Imagem disponível em: <http://www.axtin.com/solutions/supply_chain.html>. Acesso em: 17 set. 2009. Tradução livre feita pelo autor.

presentante comercial é visto como um canal de vendas. Contudo, inobstante respeitáveis opiniões em contrário⁵, somos do entendimento de que o representante comercial pode ser tanto um profissional de vendas como um profissional de compras.

A ideia é que o representante comercial atue aproximando os estágios da cadeia de suprimentos. É ele quem vai intermediar os negócios jurídicos de aquisição de matéria-prima, de aquisição ou venda de produtos ou serviços por atacadistas, varejistas e até pelo próprio consumidor⁶.

De fato, os representantes comerciais servem "como prestímos auxiliares dos comerciantes para a realização de seus negócios"⁷.

Trata-se da evolução do conceito do "caixeiro viajante", do mascate, que atravessava os mais distantes rincões para levar a quem quisesse comprar mercadorias das mais diversas. O empresário percebeu que seria mais interessante contar "com colaboradores externos independentes. Esses agentes agiriam por si, com sua autonomia e independência, constituindo *a longa mão da empresa*"⁸.

Conforme afirmam Sunil Chopra e Peter Meindl, "o objetivo de toda cadeia de suprimento é maximizar o valor global ge-

⁵ Carlos Alberto Hauer de Oliveira (Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira**, n. 143, jul.-set. 2006, p.118) afirma que o representante comercial somente serve como tirador de pedidos, isto é, só atua como canal de vendas e não como canal de compras.

⁶ Exemplo típico de representante comercial que atua com relação direta com o consumidor são as vendedoras de cosméticos que vão de porta em porta com catálogos, oferecendo os produtos às consumidoras em suas próprias residências.

⁷ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 269.

⁸ REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

rado. (...) Para a maioria das cadeias de suprimento comerciais, o valor está fortemente ligado à *lucratividade da cadeia de suprimento*, que é a diferença entre a receita gerada pelo cliente e o custo total no decorrer da cadeia de suprimento. (...) Quanto maior sua lucratividade, mais bem-sucedida será a cadeia de suprimento”⁹.

Rubens Requião afirma quanto ao representante comercial que “suas atividades, sendo desvinculadas da empresa, reduzem as responsabilidades do empresário e comprimem os custos e riscos operacionais”¹⁰.

O representante comercial é, pois, um elemento agregador de eficiência à cadeia de suprimentos. Por meio de sua atuação, é possível dar especialização à cadeia, uma vez que o empresário delega seu setor de vendas ou de compras a profissional cuja atividade se resume exatamente a promover contratos.

Não são trazidas apenas vantagens pelo contrato de representação comercial. Ao “terceirizar” seu departamento de vendas ou de compras, o empresário necessariamente perde controle sobre o setor estratégico da empresa, que é justamente o escoamento da produção e a abertura e manutenção do mercado.

A opção pelo emprego de representantes comerciais como auxiliares de determinada atividade empresarial passa por um equacionamento necessário entre ganho de eficiência (aumento da lucratividade) e perda de controle sobre estágios estratégicos da atividade empresarial¹¹.

⁹ *Op. cit.*, p. 5.

¹⁰ *Op. et loc. cit.*

¹¹ A maneira de melhor equacionar essas duas variáveis (ganho de eficiência de um lado e perda de controle de outro) foge ao escopo deste trabalho. Para um tratamento deste tema sob a perspectiva do *Law and Economics*, remete-se o leitor a Oliver Williamson, *Transaction Costs and Organization Theory*, in **Industrial and Corporate Change**, Oxford University Press, 1993.

Fica claro, portanto, que o representante comercial se apresenta para o empresário como um autêntico prestador de serviços de aproximação e mediação de contratos. A função primordial do contrato de representação comercial é aproximar os elos da cadeia de suprimentos e servir de veículo para o fechamento de negócios entre esses elos.

Porém, não, é apenas o contrato de representação comercial que serve para intermediar negócios. Há uma série de outros contratos previstos pelo Código Civil ou por outras leis que também têm função semelhante.

Para bem compreender o contrato de representação comercial, será preciso compará-lo com cada um desses contratos afins, de modo a identificá-lo como instituto jurídico autônomo e independente, isto é, para que se possa afirmar com certeza que aquele contrato entre um empresário e um intermediário de negócios existe como representação comercial, de modo que lhe devam ser aplicadas as normas previstas na Lei n. 4.886/65.

É do que nos ocuparemos neste momento.

1.2 Qualificação e localização do contrato: existência

1.2.1 Representação comercial e prestação de serviços

O art. 593 do Código Civil prescreve: “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo”.

O caráter marcante deste tipo de contrato é que ele tem por objeto prestação de trabalho, ou seja, a realização de uma obrigação de fazer por parte do prestador. Para Orlando Gomes, “designa o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração,

executando-os com independência técnica e sem subordinação hierárquica”¹².

É inegável que o representante comercial presta certo trabalho ao representado, trabalho este que é justamente a promoção ou intermediação de negócios. Não se nega também que esse trabalho é prestado mediante determinada remuneração, assim como resta claro que na representação comercial não há subordinação hierárquica.

Até aqui, somente semelhanças. Contudo, dois são os traços diferenciais marcantes.

A primeira diz respeito à questão da eventualidade apontada por Orlando Gomes. De fato, o Código Civil se ocupa de contrato de prestação de serviço eventual no art. 593. Até porque, do contrário, iria contra o previsto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º-5-1943), que elege como um dos elementos caracterizadores da relação de emprego a habitualidade.

O art. 1º da Lei n. 4.886/65 é expresso ao prescrever “o caráter não eventual” necessário à configuração da relação jurídica de representação comercial. Em outras palavras, o representante comercial não presta serviços eventuais ao representado, ele os presta habitualmente, por tempo determinado ou indeterminado, pois a representação comercial é elemento da própria atividade empresarial do representado.

O representante comercial é profissional. A representação é sua profissão e ele não a presta eventualmente, mas sempre. Mais do que isso, ele não faz uma intermediação aqui e outra ali, ele se vincula por lapso temporal duradouro (determinado ou não) ao representado.

¹² **Contratos**. 26. ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paula Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 345.

Assim, a primeira diferença que salta aos olhos é a eventualidade. Ela existe na prestação de serviços do art. 593 do Código Civil, mas não existe na representação comercial.

Além dessa diferença, há outra. A norma do art. 593 claramente exclui de seu âmbito de incidência qualquer outro contrato que envolva prestação de serviços e que seja regido por lei trabalhista ou outra lei especial.

Vê-se, assim, que o legislador civil foi expresso ao admitir o caráter genérico e subsidiário do contrato de prestação de serviços. Em outras palavras, somente será prestação de serviços o contrato que prever prestação de fazer contra remuneração e não tiver outra norma para regê-lo.

Ora, o contrato de representação tem a Lei n. 4.886/65 para discipliná-lo, não se encaixando na previsão do art. 593 do Código Civil.

Pode-se dizer, entretanto, que o contrato de representação comercial é espécie de prestação de serviços, pois no fim das contas se resume à relação de troca entre um fazer e uma remuneração. Apesar de espécie de prestação de serviço, com ela não se confundem, conforme já se afirmou.

1.2.2 Representação comercial e mandato

Eis o texto do art. 653 do Código Civil: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

O texto do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.886/65 é de fazer pensar: “Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial”.

Uma coisa é certa. Se o representante comercial efetivamente tiver poderes para falar e fechar negócios em nome do representado, ou seja, se tiver poderes de representação nos termos do art.

116 do Código Civil, a ele se aplicam as normas do mandato, por expressa disposição da Lei de Representação Comercial.

A representação, em sentido técnico, é o poder que uma pessoa (representante) outorga a outra (representado) para que a manifestação de vontade do representante produza efeitos sobre a esfera jurídica do representado. Trata-se da transferência da faculdade de se obrigar. Pela representação, a declaração de vontade de uma pessoa cria obrigações para outra.

O poder de representação decorre da lei ou de negócio jurídico de outorga de poderes (art. 115 do Código Civil), comumente conhecido como procuração ou procura.

Curioso notar que embora o contrato aqui sob análise se chame “representação comercial”, nem sempre (na verdade, quase nunca) haverá outorga de poderes de representação em sentido técnico ao representante comercial. Normalmente, o representante comercial não fecha o negócio, ele não tem poderes para isso¹³. A tarefa do representante comercial é apresentar o contrato ao cliente, convencê-lo a contratar e encaminhar notícia do interesse de contratar ao representado (pedido ou proposta). Uma vez que o representado recebe o pedido ou a proposta, ele pode aceitar ou não, e só no primeiro caso é que o contrato se reputa celebrado.

O texto do art. 33 da Lei n. 4.886/65 é claro a esse respeito ao prever os “prazos para recusa das propostas ou pedidos, que hajam sido entregues pelo representante”.

¹³ Nesse sentido, afirma Rubens Requião que o representante comercial “não tem poderes para agir em nome do mandante na conclusão dos negócios que promove. Quando está ele armado de poderes para concluir as negociações mercantis, torna-se mais do que um representante, para se fazer um *colaborador jurídico*, atuando com sua *vontade* posta a serviço do comitente. Neste caso, a relação é de *mandato* e prevendo-a o parágrafo único do artigo, em comentário, dispõe que não se aplicam, no seu exercício, os preceitos do mandato mercantil” (*op. cit.*, p. 19).

Assim, a Lei de Representação Comercial parte do pressuposto de que o representante comercial, normalmente, não tem poderes de representação, não podendo fechar negócios em nome do representado. Nos casos em que se prevê expressamente o poder de representação, a lei manda aplicar as regras do mandato.

Chega-se à conclusão de que se há poder de representação aplicam-se as regras do mandato; se não há, aplicam-se somente as regras da Lei n. 4.886/65. Isso, todavia, não resolve a questão de diferenciar a representação comercial do mandato.

Até porque, muito embora escreva o Código Civil que a procuração é instrumento do mandato, isso nem sempre acontece. Há casos em que existe mandato sem representação e casos em que existe representação sem mandato¹⁴.

Desta feita, o traço que realmente diferencia o mandatário do representante comercial é a sua atuação.

O mandatário pode ser constituído para a realização de um único negócio, isto é, no mandato é possível haver a eventualidade de realização de negócios. O representante comercial é, como já se disse, profissional. A eventualidade não condiz com sua realidade. O representante comercial relaciona-se com o representado com habitualidade. Relações eventuais não caracterizam contrato de representação comercial, podendo, ao contrário, caracterizar mandato, com ou sem representação.

¹⁴ Exemplo de mandato sem representação: contrato com pessoa a declarar (art. 467 do Código Civil); exemplo de representação sem mandato: poder familiar (art. 1.634.V, do Código Civil). Para uma melhor análise da diferenciação entre mandato, representação e procuração, *vide* GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 424 e s.; e também POUSADA, Estevan Lo Ré. Procuração, mandato e representação: da representação voluntária como resultante funcional da concertação entre o negócio jurídico de outorga de poderes e o contrato de mandato. *In*: PEREIRA, JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 2, p. 137-150.

Outro traço diferencial é que o mandato admite-se gratuito (art. 658 do Código Civil). Já o contrato de representação comercial é sempre oneroso, pois é a profissão do representante.

Além disso, a questão do interesse do mandante ou representado é relevante. O mandatário age no exclusivo interesse do mandante, tanto que o contrato pode ser gratuito. Já o representante comercial atende o interesse do representado, mas também seu próprio interesse. Afinal, seu sustento depende do exercício da representação comercial.

Por fim, é preciso deixar claro: a Lei n. 4.886/65 não emprega a palavra representação em seu sentido estrito ou técnico (art. 116 do Código Civil), mas refere-se à representação como colaboração para a celebração de negócios jurídicos, sentido que era empregado pela doutrina à época de sua publicação.

O contrato de representação comercial não dá poderes para o representante comercial agir em nome do representado, exceto se o contrário for disposto ou se o representado outorgar procuração a seu representante comercial. Nesse último caso, aplicam-se conjuntamente com as regras da representação comercial as normas do Código Civil referentes ao mandato e à representação em sentido técnico (arts. 115 e s. do Código Civil).

1.2.3 Representação comercial e comissão

Cumprе agora diferenciar a representação da comissão. A comissão é contrato antigo, dos tempos em que o transporte entre as praças comerciais era demorado e a comunicação, difícil.

“As dificuldades de comunicação impunham ao produtor consignar em mãos do comissário as mercadorias de que era proprietário, para que fossem vendidas aos clientes como se fossem dele, isto é, em seu nome, embora por conta do comissário. Todas as reclamações e ações eram suportadas pelo comissário que, por assim dizer, envolvia o comitente. Cabia-lhe,

apenas, na relação interna que se estabelecia, prestar contas ao comitente”¹⁵.

O traço marcante da comissão é a atuação do comissário em seu próprio nome, mas por conta do comitente (art. 693 do Código Civil). Quem integra a relação jurídica é o comissário, que responde direta e integralmente perante o cliente (art. 694 do Código Civil). Por isso que Orlando Gomes diz ser a comissão espécie de mandato sem representação¹⁶.

É exatamente isso que diferencia a comissão da representação comercial. O representante comercial não se obriga em nome próprio. Ele nem mesmo faz parte da relação jurídica estabelecida entre representado e cliente. Todas as reclamações, problemas, ações e consequências do contrato celebrado se limitam ao representado e ao cliente. O representante comercial fica de fora. Ele é mero intermediário.

Em suma, portanto, o representante comercial difere do comissário porque este contrata em nome próprio, ignorando o cliente a circunstância de estar o comissário agindo por conta de outrem. Já o representante comercial age ostensivamente por conta do representado, deixando isso claro para o cliente desde o primeiro momento.

1.2.4 Representação comercial e corretagem

O objetivo do contrato de corretagem é a facilitação da conclusão de um contrato mediante atividade mediadora¹⁷. Segundo Gustavo Tepedino, o traço marcante da corretagem é a imparcialidade do corretor, que deve manter posição equidistante entre

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 438.

¹⁷ CARRASCO, Marta Blanco. El contrato de corretaje, *Revista de Derecho Privado*, mar.-abr. 2005, p. 13.

comprador e vendedor, não agindo nem em nome e nem por conta de nenhum dos lados do contrato a celebrar, citando inclusive precedente jurisprudencial para embasar sua conclusão¹⁸.

O Código Civil tem dispositivo que disciplina expressamente a corretagem: "Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas".

O que se lê é que a lei expressamente diferencia a corretagem do mandato, da prestação de serviços e de qualquer outra relação de dependência. Além disso, ela faz referência à obrigação do corretor de obter um ou mais negócios para seu cliente, conforme instruções recebidas.

Sabe-se que o contrato de corretagem é importantíssimo para a economia contemporânea, havendo algumas espécies de corretagem que são particularmente regulamentadas, como é a corretagem de imóveis, de seguros, de valores mobiliários, de títulos e fundos públicos, de mercadorias, de navios e de câmbio, sendo chamadas genericamente de corretagens oficiais¹⁹.

Até nisso há semelhança com a representação comercial, que também é profissão regulamentada pela Lei n. 4.886/65. Pergunta-se, então: estaria a representação comercial incluída na expressão "qualquer relação de dependência" prevista pelo art. 722 do Código Civil?

¹⁸ Questões controversas sobre o contrato de corretagem, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 4, 1996, p. 40. O precedente citado pelo autor é RT 594/72.

¹⁹ Para uma análise detalhada de cada um dos tipos de corretagem oficial, veja-se **TEPEDINO**, Gustavo. *Questões controversas sobre o contrato de corretagem*, cit., p. 34-36.

Não nos parece. O representante comercial, embora siga instruções e deva satisfações ao representado, não depende deste. O representante comercial é autônomo por definição, corre sozinho os riscos de sua atividade, de modo que não se pode dizer que ele dependa de alguém para exercer sua profissão²⁰.

Dizer que o representante comercial depende do representado no exercício de sua profissão é igualá-lo ao vendedor praticista, empregado, previsto pela Lei n. 3.207, de 18-7-1957.

Mas se a diferença entre corretagem e representação comercial não está na relação de dependência, onde ela está então?

Duas são as respostas. Primeiramente, ela está na expressão "caráter não eventual" do art. 1º da Lei n. 4.886/65. O art. 722 do Código Civil é expresso em dizer que o corretor medeia um ou mais negócios. O representante comercial promove negócios para o representado em caráter não eventual, sempre. Eis o primeiro traço distintivo.

O segundo ponto de distanciamento repousa sobre o modo de agir do representante e do corretor. O art. 1º da Lei n. 4.886/65 fala que o representante comercial desempenha mediação para realização de negócios mercantis agenciando propostas ou pedidos. O representante comercial é um "tirador de pedidos"²¹, portanto.

²⁰ É preciso deixar claro o que se entende por dependência aqui. É óbvio que toda atividade econômica dependerá de outras para existir. A indústria depende da agricultura para os insumos e do atacadista para vender. O atacadista depende da indústria e do varejista. O varejista depende do atacadista e do consumidor. Contudo, não há uma relação de acessoriedade entre nenhum dos agentes referidos. Todos têm existência independente, cada um corre sozinho os riscos de sua própria atividade. Tanto que em caso de falta de um agricultor, pode a indústria valer-se de outro para continuar a produzir. A mesma coisa acontece com o representante comercial, que exerce sua atividade com independência em relação ao representado, sendo-lhe auxiliar, mas não acessório.

²¹ Expressão usada por Carlos Alberto Hauer de Oliveira (*Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica*, cit., p. 106-120).

Ele está ligado (por contrato) ao representado, que é um empregado.

Já o art. 722 diz que o corretor obriga-se a obter para uma pessoa um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. A atuação do corretor é apenas de mostrar para seu cliente oportunidade de negócios, enquanto a do representante é a de criar essas oportunidades.

É nesse sentido a afirmação de Pontes de Miranda, ao tratar de mediador (corretor) e agente (representante comercial): "A imparcialidade, que se apresenta como característica da mediação, não há na atividade do agente. O mediador ajuda ocasionalmente. O agente é colaborador fixo. O mediador pode exigir remuneração dos dois ou mais interessados; o agente, só à empresa de que ele é agente. O agente está, desde o início da atividade, no mundo jurídico e age dentro dele"²².

A diferença se dá pela função. O corretor medeia o negócio com imparcialidade porque ele não é parte da cadeia de suprimento do empresário. O representante comercial, por sua vez, é parte da cadeia de suprimento e não é imparcial, sua atuação se dá no interesse do empresário representado.

É uma questão de ponto de relevância hermenêutica²³. No contrato de corretagem o ponto de relevância está fixado no centro, equidistante das partes interessadas na aproximação ou no negócio a realizar. Já na representação comercial, o ponto está muito mais próximo do empresário representado e mais distante do cliente.

²² **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. XLIII, p. 32.

²³ A expressão significa o foco pelo qual o intérprete terá de olhar para o contrato ao interpretá-lo ou o ponto de vista de quem prevalecerá no caso de dúvidas (para uma análise acurada sobre o ponto de relevância hermenêutica, vide: ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de; ZANCHIM, Kleber Luiz. Interpretação contratual: o problema e o processo. In: FERNANDES, Wandley (org.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159-204.

Em uma analogia, pode-se dizer que se os contratos fossem aparelhos de rádio, nos quais a primeira estação a sintonizar seria uma parte do negócio mediado e a última estação a outra parte deste mesmo negócio, o *dial* da corretagem estaria no meio do cursor e o *dial* da representação comercial estaria bem mais próximo do representado que do cliente.

Em suma, dois traços distintivos: (a) não eventualidade e (b) proximidade jurídico-funcional entre representante comercial e representado.

1.2.5 Representação comercial e distribuição

A diferença que há entre o contrato de distribuição e o contrato de representação comercial é a mesma que há entre a distribuição e a agência. Trata-se da parte final do art. 710 do Código Civil: "... caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada".

O traço marcante do contrato de distribuição é o fato de o distribuidor ser proprietário do produto que ele distribui²⁴. O texto do Código Civil é claro ao dizer que o distribuidor tem de ter o produto "à sua disposição". Isso quer dizer: o distribuidor deve ter o poder de dispor sobre a coisa, poder este inerente ao direito de propriedade.

Toda a lógica do contrato de distribuição é a de que o distribuidor não faz a intermediação ou agência vendas, ao contrário do que ocorre com o representante comercial. Adquire o bem e o revende, tirando proveito econômico de eventual lucro. "O bem

²⁴ Não é objeto deste item analisar em pormenores o contrato de distribuição. Cumpre aqui advertir o leitor para o fato de que o tema é polêmico. Há autores, por exemplo, que sustentam que o contrato de distribuição continua atípico, não se lhe aplicando as regras do Código Civil (FORGIONI, Paula Andréa. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114).

passa do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para o terceiro adquirente²⁵.

O ponto de distinção aqui, portanto, é a propriedade do bem. Na distribuição, passa primeiro para o distribuidor para depois chegar ao adquirente. Na representação comercial, vai diretamente do representado para o adquirente, jamais entrando no patrimônio do representante comercial.

1.2.6 Representação comercial e agência

Chega-se à mais difícil distinção. O Código Civil previu o contrato de agência no art. 710, cujo texto, no que interessa, é: "Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada...".

Vale a pena repetir o texto do art. 1º da Lei n. 4.886/65, para mostrar a proximidade do tratamento legal: "Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios".

As semelhanças saltam aos olhos. A não eventualidade está presente em ambas as definições legais. A ausência de subordinação e de dependência também. O mesmo se diga do propósito: promover ou mediar a realização de certos negócios, à conta de outrem.

Talvez seja por conta de tamanhas semelhanças que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja contraditória ao

²⁵ FORGIONI, Paula Andréa. *Op. cit.*, p. 114.

diferenciar agentes e representantes comerciais, já se tendo afirmado, dentro da mesma turma julgadora, que "atividade de agência lotérica não se assemelha à representação comercial"²⁶, ao mesmo passo em que se fixou que "as casas lotéricas são efetivamente assemelhadas aos representantes comerciais e corretores, porquanto agem por conta dos terceiros, *in casu*, a Caixa Econômica Federal, auferindo comissões pelas vendas empreendidas"²⁷.

Ademais, as semelhanças apontadas levam muitos autores a tratar os dois contratos como sinônimos²⁸. Para estes juristas, agência e representação são o mesmo contrato. Contudo, poucos deles resolvem o problema de haver duas normas distintas regulando o mesmo contrato (Código Civil e Lei de Representação Comercial). Os poucos que tratam do tema acabam se arvorando no art. 721 do Código Civil e dizem que, em caso de conflito, prevalecerá a regra prevista no Código Civil, como faz Humberto Theodoro Júnior²⁹.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 590.859/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavaschi. J. em 24-8-2004. **DJ** 6-9-2004, p. 172.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 553.343/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. J. em 11-5-2004. **DJ** 31-5-2004, p. 202.

²⁸ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 74; GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 449; MARTINS, Fran. *Op. cit.*, p. 269; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 405; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 34. ed. atualizada por: Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 5, p. 309; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8198/7764>>. Acesso em: 21 set. 2009; SADDI, Jairo. Considerações acerca da representação comercial frente ao novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 129, jan.-mar. 2003, p. 55; e BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 511.

²⁹ *Op. et loc. cit.*

Há, contudo, outros autores que dizem haver traços distintivos entre a agência do Código Civil e a representação comercial. Dentre estes se destacam Pontes de Miranda, Araken de Assis, Sílvio Venosa, Rubens Edmundo Requião e Carlos Alberto Hauer de Oliveira.

Os três primeiros autores elegem como critério distintivo o fato de o agente não realizar atos de execução do contrato por ele promovido, ao contrário do representante. Em verdade, Araken de Assis³⁰ e Sílvio Venosa³¹ são influenciados pelos argumentos de Pontes de Miranda.

Para este tratadista, a grande diferença entre o representante da empresa e o agente era o fato de que o primeiro fechava ou concluía os negócios, ao passo que o último apenas aproximava o cliente do empresário, sem concluir nada³².

Ocorre que Pontes de Miranda concebeu a figura do representante da empresa antes da promulgação da Lei n. 4.886/65. Tinha ele a ideia de que o representante efetivamente fosse titular do poder de representação em sentido técnico (atualmente previsto no art. 116 do Código Civil), o que não ocorreu.

O Direito Positivo foi atécnico no que diz respeito ao efetivo poder de representar e caracterizou como representação comercial tanto aquele que detém este poder como aquele que não detém. O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 4.886/65 não deixa dúvidas a esse respeito.

Destarte, o representante comercial até pode concluir o negócio em nome do representado, mas para isso deverá ter poderes específicos e a ele se aplicarão as regras do mandato. Dado o texto legal, não há como concordar com o critério sugerido por

Pontes de Miranda e adotado por Araken de Assis e por Sílvio Venosa, pois não será todo representante comercial que concluirá negócios em nome do representado.

Já Rubens Edmundo Requião³³ afirma que são quatro os critérios capazes de fazer distinguir a agência da representação comercial: (a) campo de atuação (o representante comercial somente deve promover negócios mercantis ou empresariais, ao passo que o agente promove também negócios ou contratos civis e de consumo); (b) partes (o contrato de agência está restrito a pessoas físicas, enquanto o de representação comercial pode ser feito também por pessoas jurídicas); (c) prazo de aviso prévio para rescisão (no contrato de representação é de trinta dias e no de agência é de noventa dias) e (d) investimentos e resilição (na agência, somente é possível resilir depois de transcorrido prazo compatível com a natureza do negócio e o vulto dos investimentos feitos pelo agente — art. 720; na representação não haveria esta restrição).

Os dois últimos critérios devem ser descartados de imediato. Toma-se o conseqüente pelo antecedente. Não se pode classificar um contrato com base em seus efeitos. A qualificação jurídica do contrato diz respeito à sua existência. Sabendo-se que determinado contrato existe, aí sim é possível saber de seus efeitos.

Os critérios são inúteis ao estudioso ou profissional do Direito, porque a dúvida que se lhes imporá é saber qual é o contrato que têm diante de si, para, uma vez resolvido este problema, saberem se o prazo é de trinta ou de noventa dias e se se aplica ou não o art. 720 do Código Civil. Não é o prazo (de trinta ou noventa dias) ou o art. 720 que dirão se o contrato é de representação

³³ Os contratos de agência, de representação comercial e o contrato de distribuição. O art. 710 do Código Civil. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (orgs.). **Representação comercial e distribuição**: estudos em homenagem ao Prof. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189-190.

³⁰ **Contratos nominados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201-202.

³¹ **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 3, p. 588.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. XLIV, p. 32 e 66.

ou de agência, mas o contrário: sabendo-se sobre qual contrato se está a tratar (agência ou representação), será possível dizer se o prazo é mais curto ou mais longo e se a aplicação do art. 720 tem lugar.

O mesmo se diga do critério das partes. Este critério se baseia no art. 719 do Código Civil. Ali está escrito que os herdeiros do agente têm direito à remuneração proporcional em caso de morte deste antes do término do contrato. Rubens Edmundo Requião se baseia nesta norma para dizer que o contrato de agência somente pode ser celebrado por pessoa física, uma vez que pessoas jurídicas não morrem.

A interpretação é forçada e contrária às máximas de bom senso. O artigo se preocupa com as pessoas físicas porque elas são as únicas que morrem. Mas não restringe o âmbito contratual a este tipo de pessoa. O que o art. 719 quer dizer é o seguinte: se o agente for pessoa física e morrer, seus herdeiros farão jus às remunerações em aberto; se o agente for pessoa jurídica, este artigo não se aplica (afinal, pessoas jurídicas não morrem).

Resta, então, o critério que diz respeito à natureza dos negócios. O representante comercial somente promove negócios mercantis, ao passo que o agente promove negócios civis e mercantis, ou somente os primeiros.

Carlos Alberto Hauer de Oliveira critica este critério. Segundo ele, "no atual estágio da tecnologia jurídica, não há mais espaço para qualificar-se negócios de civis e mercantis, especialmente porque o vigente Código Civil, de uma vez por todas, aboliu do direito brasileiro a teoria dos atos de comércio como sendo o núcleo central para a aplicação das normas do direito comercial"³⁴.

³⁴ **Agência e representação comercial**: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica, cit., p. 114.

Não concordamos com a crítica exposta. De fato, a teoria dos atos de comércio não se mostrou adequada para diferenciar os contratos comerciais e os contratos civis, até porque, conforme antiga lição, a prática de um ato de comércio não faz do praticante um comerciante. O atual Código Civil, pode-se dizer, não elegeu essa teoria para conferir o *status* de empresário (nova expressão para designar o comerciante do século XXI) às pessoas físicas ou jurídicas, nem dela se afastou totalmente.

Dúvida não resta de que o Código trabalha com a distinção entre negócios empresariais e negócios não empresariais, tanto que disciplina o Direito Empresarial em Livro próprio³⁵.

O critério do Código para dizer quem é empresário e quem não é superou o conceito de ato e passou a se valer do conceito de atividade. Tullio Ascarelli foi preciso em suas palavras: "A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum"³⁶. Enquanto o ato jurídico é um elemento que se completa em si mesmo, a atividade é composta pelo conjunto organizado de vários destes elementos, ela é maior que o ato isolado³⁷.

A adoção pelo Código Civil do conceito de atividade para deferir o *status* de empresário a uma ou outra pessoa fica clara quando se lê o texto do art. 966: "Considera-se empresário quem

³⁵ Livro II da Parte Especial do Código Civil.

³⁶ ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. Fábio Konder Comparato. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 92, 1997, p. 270.

³⁷ "Com riferimento alla loro composizione, le fattispecie si distinguono in semplici e complesse: semplici, quando constano di un solo fatto giuridico o di un fatto e di un rapporto giuridico, complesse quando constano di più fatti giuridici. (...) I fatti, che compongono la fattispecie complessa, possono appartenere tutti alla stessa categoria o meno: possono essere tutti fatti in senso stretto, tutti atti o tutti negozi ovvero un fatto e un atto e un negozio" (AULETTA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto privato**: parte generale. Napoli: Ed. Humus, 1946, p. 89).

exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Para ser empresário é preciso exercer uma atividade, isto é, uma empresa cuja finalidade seja a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O exercício dessa atividade passa, obviamente, pela prática de inúmeros atos³⁸, que devem ser organizados e concatenados entre si para fazer nascer a tal atividade e produzir a finalidade desejada. Estes atos são os átomos que formam a molécula chamada atividade. Estes atos são os elementos componentes da atividade, são os chamados elementos de empresa.

A tarefa do empresário é justamente produzir e organizar estes atos para atingir seu objetivo.

Quando o *caput* do art. 1º da Lei n. 4.886/65 restringe a atuação do representante comercial para a promoção de “negócios mercantis”, é preciso ler a lei contemporaneamente. A expressão não deve ser rechaçada pelo simples fato de supostamente fazer referência aos atos de comércio, mas deve ser integrada aos novos conceitos legais que permeiam o Direito Empresarial atualmente em vigor.

³⁸ “O termo ‘ato’, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a ‘negócio’ (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de ‘negócios’, e não puramente ‘atos’, que pode se apresentar como coordenada uma ‘atividade’ e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação de empresário em razão do cumprimento de uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais deve remontar. (...) Essa finalidade, para as pessoas jurídicas e coletividades organizadas, coincidirá por sua vez com seu escopo, ou estará coordenada com este. Quando, assim, não seja, a atividade desenvolvida estará em contraste com o escopo do ente e dever-se-á, então, antes de mais nada, perguntar se a atividade é imputável ou não ao ente, podendo, apenas na primeira hipótese, ser invocada para a aplicação ao ente das normas pertinentes” (ASCARELLI, Tullio, O empresário, cit., p. 271).

“Negócios mercantis” significam negócios jurídicos que compõem determinada empresa, ou seja, negócios que são elementos de certa atividade empresarial. O representante comercial, portanto, só pode ser mediador de negócios que integrem a atividade empresarial do representado, em outras palavras, a ele somente cabe promover os contratos que sirvam de meio ao representado para que ele atinja o fim de produzir ou circular bens ou serviços.

Em termos mais simples, a Lei de Representação Comercial reduz o âmbito de atuação do representante. Ele somente pode prestar seus serviços a quem seja empresário. Ele somente receberá sua remuneração de quem for empresário.

É exatamente aí que reside a peculiaridade da representação comercial em relação à agência. O agente pode promover negócios de qualquer pessoa, seja ela empresária ou não. O representante comercial está restrito, seus representados serão sempre empresários.

A harmonização entre as regras do Código Civil que tratam da agência e as normas da Lei n. 4.886/65 se faz de forma perfeita.

O contrato de agência é gênero do qual a representação comercial é espécie. Ambos têm o mesmo escopo, com a diferença de âmbito de atuação: o primeiro para civis e o último exclusivamente para empresários.

Ficam dentro do conceito puro de agência, portanto, diversos profissionais, como o *head hunter* (quando contratado pela pessoa que busca emprego), o *personal stylist* (que é quem escolhe as roupas que a pessoa vai comprar), o “empresário” de jogadores de futebol e outros atletas, de artistas em geral, os agentes de modelos e manequins etc.

A diferença, então, diz respeito ao *status* do representado ou comitente. Se ele for empresário, o agente será chamado de representante comercial e se submeterá integralmente às regras da Lei n. 4.886/65, inclusive no que diz respeito à inscrição no respectivo órgão de controle profissional; se, por outro lado, o comitente não exercer atividade empresarial, estar-se-á diante de um contrato de

agência, que demandará a aplicação das regras previstas entre o art. 710 e o art. 721 do Código Civil.

1.2.7 Representação comercial e vendedor/comprador empregado

Cumpra, finalmente, diferenciar o representante comercial do vendedor empregado, previsto pela Lei n. 3.207/57, que em seu art. 1º prescreve: “As atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticas serão reguladas pelos preceitos desta Lei, sem prejuízo das normas estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 – no que lhes for aplicável”.

A importância prática da diferenciação salta aos olhos. Para o vendedor empregado, aplica-se a Consolidação das Leis do Trabalho; para o representante comercial, não.

A caracterização do vínculo de emprego, conforme prevê o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, depende da ocorrência dos seguintes pressupostos: (a) pessoalidade, (b) habitualidade, (c) onerosidade e (d) subordinação.

No contrato de representação comercial, três destes pressupostos se fazem presentes desde logo: pessoalidade (o contrato de representação comercial pode ser feito *intuitu personae* – art. 42 da Lei n. 4.886/65), habitualidade (a representação comercial não é atividade eventual do representante – art. 1º da Lei n. 4.886/65) e onerosidade (não existe representação comercial gratuita – art. 27, f, da Lei n. 4.886/65).

O traço distintivo está, portanto, na subordinação. O representante comercial não é subordinado do representado, ele age com independência, correndo os riscos de sua própria atividade, embora deva seguir as orientações passadas por quem o contratou (art. 1º da Lei n. 4.886/65).

Amauri Mascaro Nascimento escreve que “a palavra subordinação é de etimologia latina e provém de *sub* = baixo e *ordinare*

= ordenar. Portanto, subordinação significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiro, uma posição de dependência”³⁹. E prossegue dizendo que a subordinação configura “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente de limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir para o empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”⁴⁰.

A relação contratual de subordinação confere ao empregador três poderes básicos em relação ao empregado: (a) poder de organização (definir o que vai ser feito e quando), (b) poder de controle (fiscalização das atividades realizadas e dos resultados alcançados) e (c) poder disciplinar (aplicação de reprimendas e sanções).

No que diz respeito ao contrato de representação comercial, há uma linha muito tênue entre a autonomia empresarial característica deste tipo contratual e a subordinação capaz de caracterizar vínculo empregatício.

O Direito do Trabalho é orientado pelo princípio da verdade, segundo o qual não importa o que as partes escreveram ou disseram, mas sim aquilo que efetivamente aconteceu ao longo do exercício do trabalho.

Portanto, é importante que o profissional do Direito encarregado de redigir contratos de representação comercial se conscientize que de nada adianta escrever belas disposições contratuais se as partes simplesmente ignorarem o clausulado e continuarem a se relacionar como se fossem empregado e empregador.

Nunca é demais lembrar que, ainda hoje, muitos empresários seduzidos pela redução de custos proporcionada pela representação comercial transformam seus departamentos de vendas em representações comerciais. Ocorre que estes mesmos empresários não se

³⁹ Curso de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 418.

⁴⁰ *Idem*, p. 422.