

GUSTAVO HAICAL

O CONTRATO DE AGÊNCIA

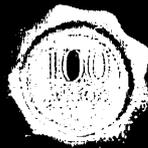
SEUS ELEMENTOS TIPIFICADORES E EFEITOS JURÍDICOS

Prefácio

ARNALDO RIZZARDO

Apresentação

JUDITH MARTINS-COSTA



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

GUSTAVO HAICAL

O CONTRATO DE AGÊNCIA

SEUS ELEMENTOS TIPIFICADORES E EFEITOS JURÍDICOS

A presente obra vem a suprir lacuna na literatura jurídica nacional quanto ao contrato de agência após a nova regulamentação dada ao tema com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. O autor faz um estudo específico e aprofundado dos pontos concernentes à existência, validade e eficácia do contrato de agência, tendo como modelo jurídico legal os arts. 710 a 721 do CC/2002 e a Lei 4.886/1965. À elaboração da obra, o autor valeu-se de ampla e qualificada doutrina nacional e estrangeira, sem, contudo, deixar de enfrentar importantes questões de cunho prático, o que o levou a tomar por análise importantes casos encontrados na jurisprudência nacional.

A obra vem dividida em duas partes, a iniciar por uma introdução histórica que permite compreender quais foram as condicionantes à criação do contrato de agência como modelo jurídico legal.

Na primeira parte, propriamente dita, são analisados os elementos tipificadores do contrato de agência, sua natureza jurídica e distinção dos contratos afins. Na segunda parte, após o autor discorrer de forma aprofundada sobre a relação jurídica obrigacional como uma estrutura complexa e dinâmica, passa a abordar os deveres primários, secundários e laterais do agente e do agenciado.

Trata-se, portanto, de obra fundamental ao estudo do contrato de agência, pois, conforme destaca no prefácio o jurista Arnaldo Rizzardo, "encontram-se no livro prestigiosos conhecimentos dentro da visão aberta e atual do direito sobre o importante instituto da agência, cada vez mais necessário e presente em todos os recantos do País, cuja prática diária gera dúvidas, debates e controvérsias. Ao mesmo tempo em que a agência constitui um instrumento indispensável para a circulação da riqueza nacional, se acentua sobremaneira a necessidade do amplo desenvolvimento do instituto, no que a presente obra, por sua qualidade e ampla abrangência, em muito contribuirá, não somente para os que se dedicam ao direito, mas também aos que desempenham a atividade".

ISBN 978-85-203-4388-3



9 788520 343883



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Haical, Gustavo

O contrato de agência : seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos / Gustavo Haical ; prefácio Arnaldo Rizzardo. Apresentação Judith Matins-Costa – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-4388-3

1. Contrato de agência - Brasil 2. Contratos de distribuição - Brasil 3. Representação comercial - Leis e legislação - Brasil 4. Representantes comerciais - Brasil I. Rizzardo, Arnaldo. II. Título.

12-06360

CDU-347.717(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contrato de agência : Representação comercial e distribuição : Direito comercial : Direito civil 347.717(81)

GUSTAVO HAICAL

O CONTRATO DE AGÊNCIA

SEUS ELEMENTOS TIPIFICADORES E EFEITOS JURÍDICOS

Prefácio

ARNALDO RIZZARDO

Apresentação

JUDITH MARTINS-COSTA



EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

2017.51

PARTE I

OS ELEMENTOS TIPIFICADORES DO CONTRATO DE AGÊNCIA, SUA NATUREZA JURÍDICA E A DISTINÇÃO COM OS CONTRATOS AFINS

Entre os elementos do suporte fático do art. 710 do CC/2002 figuram aqueles que são essenciais à existência do contrato de agência. A não concreção de um só dos elementos do referido suporte fático não dá existência a esse tipo contratual, mas a outra espécie contratual, seja ela típica ou atípica.¹ Por tal motivo, na primeira parte do trabalho, investigar-se-ão, de modo acurado, o conceito e as particularidades apresentadas por cada um desses elementos do suporte fático do precitado artigo do Código Civil voltados à sua existência. Destaca-se e identifica-se, como elementos do suporte fático do art. 710 do CC/2002, essenciais à sua existência, tudo aquilo que concerne: aos figurantes do contrato, à zona de atuação, ao caráter não eventual e aos atos praticados à conta de outrem. Ainda que pertença ao plano da eficácia do contrato de agência, a exclusividade, por estar vinculada ao elemento do suporte fático zona de atuação, será estudada nessa parte do trabalho. Outros elementos do suporte fático do art. 710 do CC/2002 (o dever de promover do agente e o dever de remunerar do agenciado), por estarem vinculados de modo irrestrito ao plano da eficácia, são analisados na segunda parte. Após, realiza-se a análise do contrato de agência quanto à sua natureza jurídica, bem como à sua inter-relação e contraposição aos contratos afins.

1. TRIONI, Guido. Del contratto di agenzia. *Commentario del Codice Civile*. Bologna: Zanichelli, 2006. p. 37; ZANELLI, Enrico. Storia e teoria del rapporto di agenzia. *Studi Urbinati*. anno XXXII. p. 139. Milano: Giuffrè, 1963-1964; RT 596/84: "Representação comercial – Contrato não configurado – Indenização pleiteada por simples revendedora – Carência de ação – Recurso não provido – Inteligência do art. 1.º da Lei 4.886/1965. A atividade de quem adquire produtos de fabricação de outrem para revenda por sua conta e risco não se confunde com a representação comercial".

OS ELEMENTOS TIPIFICADORES DO CONTRATO DE AGÊNCIA

SUMÁRIO: 1.1 A existência de uma pessoa: os figurantes do contrato de agência e a não obrigatoriedade de serem eles empresários ou sociedades empresariais – 1.2 A atividade exercida em caráter não eventual – 1.3 Zona determinada: 1.3.1 A exclusividade – 1.4 Atos praticados à conta de outrem: 1.4.1 Alcance da expressão “à conta de outrem”: distinção de “em nome de outrem”; 1.4.2 O parágrafo único do art. 710 do CC/2002: a outorga de poderes de representação pelo agenciado para o agente atuar à sua conta e em seu nome.

1.1 A existência de uma pessoa: os figurantes do contrato de agência e a não obrigatoriedade de serem eles empresários ou sociedades empresariais

Quando o art. 710 do CC/2002 alude às pessoas que desempenharão o papel de agente e agenciado, em momento algum esclarece qual espécie de pessoa – física ou jurídica – pode ser sujeito ativo ou passivo do contrato de agência.

No âmbito do direito comparado, o precitado artigo aproximou-se, sob esse aspecto, da redação do art. 1.742, § 1.º, do Código Civil italiano¹ e do art. 1.º, item 1, do Dec.-lei 178/1986, de Portugal.² No direito espanhol³ e no direito francês,⁴

1. Art. 1742 do Código Civil italiano: “Nozione – Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l’incarico di promuovere, per conto dell’altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata. (...)”.
2. Art. 1.º do Dec.-lei 178/1986, n. 1: “Agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.
3. Art. 1.º da Lei 12/1992: “Contrato de agencia – Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra (...)”.
4. Art. 1.º da Lei 91-953 de 25.06.1991: “Il peut être une personne physique ou une personne morale”.

quanto ao agente, essa lacuna foi afastada, por terem as respectivas legislações consignado, de modo expresso, a possibilidade de ser ele tanto pessoa física como pessoa jurídica. Quanto ao agenciado, na análise doutrinária das precitadas legislações, dúvidas não pairam em torno da possibilidade de poder ser o agenciado pessoa física ou pessoa jurídica. O ponto nodal, em verdade, conforme se verá, está em torno da necessidade de ter o agenciado a qualidade de empresário para fins de configuração do contrato de agência.

No direito pátrio, de plano, independentemente da aplicação subsidiária do art. 1.º da Lei 4.886/1965,⁵ deve-se reconhecer a possibilidade de os figurantes do contrato de agência serem tanto a pessoa física como a pessoa jurídica.⁶ De igual modo, podem ser agente ou agenciado a sociedade comum, regulada pelos arts. 985 a 989 do CC/2002, pois, mesmo que sem personalidade, é sujeito de direito.⁷

Não se pode concordar com quem afirma⁸ que somente a pessoa física pode ser agente, à luz do argumento segundo o qual não estatuiu o art. 710 do CC/2002, como o fez o art. 1.º da Lei 4.886/1965, que tanto pessoa física como jurídica podem promover negócios à conta de outrem. Primeiro, porque a Lei

5. Art. 1.º da Lei 4.886/1965: "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. Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial".

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984, t. XLIV, p. 29-30, § 4.765, 1-2, e p. 39, § 4.767, 1; SAAD, Ricardo Nacim. *Representação comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4; OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/1965 e as novidades do CC/2002 (arts. 710 a 721)*. EC 45/2004: estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2, p. 233; CASES, José Maria Trepát. *Código Civil comentado: arts. 693 a 817*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 54; TJRS, ApCiv 70028204857, 16.ª Câm. Cív., j. 28.05.2009, rel. Ergio Roque Menine.

7. Para análise da sociedade despersonalizada como sujeito de direito, analisar: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1.ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125-133. Reconhecendo à sociedade não personificada a possibilidade de ser figurante no contrato de agência: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 39, § 4.767, 1; REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial: comentários à Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei n. 8.420 de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

8. REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20 e 43.

4.886/1965, em decorrência do art. 721⁹ do CC/2002, possui caráter subsidiário às omissões existentes no mesmo Código sobre o contrato de agência. Segundo, a interpretação restritiva com fundamento apenas na circunstância de o texto codificado não ter sido minucioso – aludindo ao gênero (uma pessoa), não discriminando as espécies (pessoa física ou jurídica) – implica negar que a qualidade de ser pessoa é efeito de fato jurídico *lato sensu*. Tal efeito decorre ou do nascimento com vida ou do registro do ato constitutivo no órgão competente. De igual modo, também é descabida e totalmente inviável a posição doutrinária sustentada¹⁰ segundo a qual somente pode atuar como agente a pessoa física, por ter o art. 719 do CC/2002¹¹ disciplinado unicamente o direito dos herdeiros de buscar os créditos do agente falecido.¹²

Quanto à nomenclatura para identificar esses figurantes, o Código Civil não foi omissivo. O figurante que busca aumentar a sua clientela e, por consectário, o número de negócios pelos atos de outrem é chamado de “proponente”. Aquele cujo dever contratual reside em angariar terceiros, preparando a formação de negócios entre eles e o proponente, assim como em manter a clientela deste, recebe a designação de “agente”. No entanto, como a nomenclatura que designa um ou outro figurante no contrato de agência, na doutrina pátria, só não ser pacífica,¹³ no presente trabalho mantém-se o termo “agente”, no sentido empregado pelo Código Civil, e no lugar de proponente emprega-se o termo “agenciado”.¹⁴

O art. 710 do CC/2002 não assentou, seja de modo explícito, seja de modo implícito, a necessidade de os figurantes do contrato de agência serem empresários.¹⁵ Por isso, paira a dúvida em se saber se o contrato de agência, para existir

-
9. Art. 721 do CC/2002: “Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.
 10. REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 20.
 11. Art. 719 do CC/2002: “Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte”.
 12. OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Op. cit., p. 233.
 13. E.g., THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 6, p. 958-959.
 14. Do mesmo modo que: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 26, § 4.763, 3; e ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 198.
 15. Ao tratar, no presente trabalho, o conceito de empresário, utiliza-se o termo em sentido amplo, não obstante, a acepção empregada pelo Código Civil no art. 966 à palavra “empresário”, se reporta somente à pessoa física. À pessoa jurídica, sociedade, o Código Civil emprega, conforme o art. 982, a palavra “empresária”. Nesse sentido: LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 140-141.

ou vir a ser válido, necessita ter como figurantes empresários ou sociedades empresárias. Tal questão acentua-se, principalmente, quanto ao agente. Essa incerteza é assente, no direito pátrio, em decorrência de ter sido adotada, pelo Código Civil em vigor, a teoria da empresa, em detrimento da teoria dos atos de comércio, bem como por ter sido unificado o direito obrigacional, não cabendo mais a dicotomia entre obrigações de cunho civil e comercial. Com o fito de alcançar o preenchimento dessa lacuna, presente nos dispositivos tipificadores desse contrato, analisa-se, em primeiro plano, por ser a figura central do contrato, a obrigatoriedade de ser ou não empresário o agente.

De plano, pode-se afirmar sói o agente ser um empresário quando pessoa física, e uma sociedade empresária quando pessoa jurídica.

Quanto à pessoa jurídica, não resta dúvida, e por consectário divergência, sobre o caráter empresarial da atividade do agente exercida em forma societária, seja de capital ou de pessoa, pelo fato de estar tal caráter ressaltado na atividade econômica,¹⁶ comum no suporte fático dos arts. 966¹⁷ e 981¹⁸ do CC/2002, bem como o caráter profissional e organizado da atividade.¹⁹ Muito embora possa parecer simples a averiguação do caráter empresarial da pessoa jurídica a exercer

-
16. Por atividade econômica, como assinalam Saracini e Toffoletto, há de se entender, não como sinônimo de atividade lucrativa, pois o lucro pode não vir a existir, e nem por isso deixar de ser econômica a atividade a descaracterizar a qualidade de empresário, ou de empresária. O que prepondera à concretização desse elemento é o escopo de compensar, pelo rendimento obtido, os custos suportados. Outro elemento pelo qual os autores identificam a atividade do agente como empresarial é em razão de ser inerente o risco, pois o lucro é incerto por depender não só de sua atividade, mas da conclusão do contrato entre agente e agenciado (SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. *Il contratto d'agenzia. Il Codice Civile: commentario*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 68).
17. Art. 966 do CC/2002: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".
18. Art. 981 do CC/2002: "Celebaram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados".
19. BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita il franchising*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 59; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. *Op. cit.*, p. 74; TRIONI, Guido. *Del contratto di agenzia. Commentario del Codice Civile*. Bologna: Zanichelli, 2006. p. 79; ACHILLI, Vito et al. *Il contratto di agenzia. I contratti di distribuzione*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 195; TOFFOLETTO, Franco. *Il contratto d'agenzia. Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 83; ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. *L'agenzia nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 167; MÉGNIN, Serge. *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*. Paris: Litec, 2003. p. 43.

a atividade de agente, a dúvida está em se saber se a pessoa física, a qual tem a obrigação de promover a conclusão de negócios à conta e no interesse de outrem, é ou não empresário.

O agente – pessoa física –, de regra, é um empresário, pois desenvolve de modo organizado atividade econômica, de promoção à conclusão de negócios, à conta e no interesse de outrem, com ânimo profissional, conforme dispõe o art. 966 do CC/2002. Mas, no entanto, *nem sempre é um empresário*.²⁰ Para demonstrar não ser o agente obrigatoriamente um empresário, devem ser analisados, de modo acurado, os requisitos dispostos no art. 966 do CC/2002, quais sejam: a profissionalidade e a organização no exercício da atividade econômica para a produção e circulação de bens ou de serviços.

A profissionalidade, conforme se alcança da leitura do art. 966 do CC/2002, exsurge pelo exercício habitual, estável e sistemático de uma atividade material ou intelectual por determinada pessoa. É elemento de caráter objetivo, decorrente

20. No direito italiano a posição pacífica da doutrina é reconhecer o agente como um empresário. A divergência existente sobre esse tema é quanto ao caráter absoluto ou não dessa assertiva. Consideram o agente sempre um empresário: CERAMI, Vincenzo. *Agenzia (contratto di)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. vol. 1, p. 876-877; GHEZZI, Giorgio. *Del contratto di agenzia. Commentario del Codice Civile*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1970. p. 17-20; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. *Op. cit.*, p. 67-75; TOFFOLETTO, Franco. *Op. cit.*, p. 83; BALDASSARI, Augusto. *Il contratto di agenzia*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 57-64; TRIONI, Guido. *Op. cit.*, p. 80; BRUSCHETTA, Ernestino. *Contratto di agenzia e fallimento del preponente*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 23; FADEL, Pierluigi; VANTINI, Marco. *Il contratto di agenzia: profili civili e fiscali*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 99-100. Sob esse mesmo enfoque, contudo, considerando o agente obrigatoriamente um comerciante, em razão de ter escrito anteriormente a elaboração e vigência do Código Civil Italiano de 1942: VIVANTE, Cesare. *Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti*. *Rivista del Diritto Commerciale*. vol. XIX. prima parte. p. 614-621. Milano: Francesco Vallardi, 1921. Reputando ser o agente, em regra, um empresário, mas podendo vir a não ser: FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto di agenzia*. 2. ed. Torino: Utet, 1958. p. 18-29 e 35-38; MAJO, Antonio de. *Agenzia (contratto di)*. *Enciclopedia Forense*. Milano: Francesco Vallardi, 1958. vol. 1, p. 147; BALDI, Roberto. *Op. cit.*, p. 55-61; ACHILLI, Vito et al. *Op. cit.*, p. 195-198. No direito espanhol, a posição é no sentido de considerar o agente necessariamente um empresário: MARTINEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO, Montiano; PALAU RAMÍREZ, Felipe. *Comentario a la ley sobre contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 2000. p. 118-203. No direito francês, a posição diverge no âmbito doutrinário e jurisprudencial. A doutrina defende a posição de ser o agente um comerciante, mas a jurisprudência é pacífica em não considerar o agente um comerciante, por considerar de natureza civil o contrato de agência. MÉGNIN, Serge. *Op. cit.*, p. 42-46; EL HAGE, Nasreddine. *La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale: protection de l'agent et consécration de la notion d'intérêt commun*. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. vol. 48. n. 2. p. 352-354. Paris: Dalloz, avr.-juin., 1995.

da atividade desenvolvida por determinado sujeito.²¹ Nesse contexto, em regra, está inserida a atividade do agente, pois ele a exerce em caráter não eventual, ou seja, de modo contínuo, estável e sistemático.²² Conquanto o art. 710 do CC/2002 imponha como requisito à existência do contrato de agência ser a atividade do agente em caráter não eventual, o que, por consequência, leva a se perceber o exercício da sua atividade de modo habitual, contínuo e estável, não impõe, como pressuposto à existência desse contrato, a profissionalidade do agente. Essa sói existir, mas por consectário de a obrigação do agente ser exercida em caráter não eventual, ou seja, de modo estável.²³

Em que pese o fato de o agente ter de promover a conclusão de negócios ao agenciado em caráter não eventual, não é adequado afirmar, em termos absolutos, a indissociação da estabilidade com profissionalidade.²⁴ É imperioso ressaltar o fato de que, não obstante estar, em regra, vinculada à habitualidade no exercício da profissão do agente, a estabilidade não emana, necessariamente, desta última. A estabilidade, conforme se vê no item 1.2, Parte I desse trabalho, está inclusa no conceito de caráter não eventual, identificada, por isso, ao *quantum* indefinido de promoções, as quais o agente tem por obrigação realizar, na busca de conclusões de negócios ao agenciado. A habitualidade, por existir quando da constante e usual prática de atos ligados a determinada atividade, caracteriza a profissionalidade.²⁵ Deve o agente exercer a sua atividade como finalidade de sua vida ativa e com habitualidade, para que seja profissional.²⁶

21. WALD, Arnaldo. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 14, p. 23.
22. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 55: "Non v'è dubbio che l'attività dell'agente ha il carattere della professionalità, possedendo quelle caratteristiche di abitualità, continuità, e sistematicità che sono l'essenza estessa della professionalità (...)". Do mesmo modo: ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 195; GOMES, Manuel Januário. Da qualidade de comerciante do agente comercial. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa 313/44.
23. GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 17-18, nota 5; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 37; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 87; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 80.
24. FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 23; MAJO, Antonio de. Op. cit., p. 147.
25. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 741; WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 23.
26. O entendimento de Pontes de Miranda sobre a profissionalidade do prestador do serviço pode ser aplicado em sentido geral para se identificar como profissional ou não profissional o figurante de determinado contrato. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLVII, p. 49, § 5.047, 4: "O exercício de atividade econômica pode ser *profissional* ou *não profissional*. Se o serviço é prestado sem ser como ato de profissão de que[m] o presta, falta o requisito da profissionalidade. Se faz parte de finalidade da sua vida ativa, com certa continuidade (= 'habitualidade', cf. Código Comercial, art. 4.º), o serviço é considerado em sua ligação ao provimento às exigências materiais da existência, como *status pessoal*" (grifos do autor).

Desse modo, a habitualidade, em princípio, decorre da estabilidade da obrigação do agente, mas dela, imperiosamente, não advém. Serve para caracterizar a profissionalidade de determinada atividade. Em sendo a atividade ocasional ou esporádica, não há como tornar quem a exerça profissional.²⁷

Destarte, se determinada pessoa assumir a obrigação de promover, em determinado período do ano, a conclusão de negócios à conta e no interesse de outrem, mesmo atuando nessa atividade de modo ocasional²⁸ ou sendo essa atividade secundária a outra que exerce como principal, tal contrato será de agência. Assim, e.g., é o caso de um engenheiro agrônomo que, no período da plantação de arroz, é contratado para, em determinada zona, promover, junto aos produtores rurais, o aumento da conclusão de contratos de compra e venda de determinado agrotóxico.²⁹

Embora a secundariedade no exercício da promoção à conclusão de negócios em conta e no interesse de outrem possa afastar o caráter profissional do agente, essa assertiva não deve ser considerada em termos absolutos. Em muitos casos, mesmo a atividade de agente sendo secundária, a atividade principal, como no exemplo em tela, pode não vir a descaracterizar a profissionalidade.³⁰ A atuação exclusiva do agente no exercício da sua atividade não é requisito para a profes-

27. Em sentido contrário: WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 23.

28. Sobre possibilidade de haver contrato de agência por quem exerce a atividade de agente de modo ocasional, Pontes de Miranda filia-se à linha de pensamento que admite haver contrato de agência só excepcionalmente. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 31, § 4.766, 3. Negando a possibilidade de serem praticados de modo esporádico: RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos* cit., p. 741.

29. Do mesmo modo, é elucidativo o exemplo apresentado por Formiggini, ao escrever: "Poniamo che una casa editrice, imprenditore commerciale, affidi a un avvocato o a un medico il collocamento nella sua città delle riviste scientifiche, edite dalla casa, con carattere stabile ed esclusivo e dietro provvigione. Contratto di agenzia? Mi par chiaro di sì. Professionalità dell'incaricato? È certo di no. L'avvocato o il medico non divengono imprenditori per l'espletamento di quest'incarico, di carattere del tutto accessorio e secondario in relazione alla loro attività. Incarico stabile, adunque, ma non attività professionale" (FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 23). Do mesmo modo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 30, § 4.766, 2: "Contrato de agência pode haver entre diretor-editor de revista e alguém que se encarregue da colocação dos números, embora não seja profissional o encarregado. É de supor-se a estabilidade, a continuidade; não, a profissionalidade".

30. A secundariedade da atividade, como fator a impedir o reconhecimento da profissionalidade de um agente, deve ser considerada em termos relativos. Por este modo, profissionalidade pode advir mesmo sendo secundária a atividade de agente. Assim ensina BALDI, Roberto. Op. cit., p. 55-56: "Osservo peraltro che l'attività, per essere professionale, non è necessario sia esclusiva, né che rappresenti l'unica fonte di reddito; onde tale carattere l'attività dell'agente mantiene anche quando egli svolga altre attività economiche". Do mesmo modo: ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 195; GOMES, Manuel Januário. Op. cit., p. 44.

sionalidade.³¹ Desse modo, o agente, por ter a obrigação de promover de modo estável a conclusão de negócios, não ressalta, de plano, o caráter profissional de sua atividade. A profissionalidade não significa a continuidade absoluta ou exclusiva do agente no cumprimento de sua obrigação, nem mesmo se essa atividade prevalecer em termos quantitativos.³² Entretanto, o agente pode vir a ser profissional, exercendo essa atividade de modo secundário e periódico.³³ Sob o aspecto da profissionalidade, conclui-se que o agente, em regra, é um profissional, mas quem exerce essa atividade não necessita ser um profissional.

No caso de o agente exercer a atividade de promoção à conclusão de negócios à conta e no interesse de outrem de modo profissional, no direito brasileiro não cabe mais declarar a obrigatoriedade de o agente se inscrever no conselho competente,³⁴ por serem ineficazes as regras jurídicas dispostas nos arts. 2.^o³⁵ e 5.^o³⁶ da Lei 4.886/1965.³⁷ Esses artigos, por tornarem obrigatório o registro no conselho competente – tanto no exercício da profissão como na aquisição do direito à remuneração dos negócios concluídos pelo agenciado –, não foram

31. Apresentando exemplo, Formiggini demonstrou ser a secundariedade da atividade de agência fator não absoluto a descaracterizar a profissionalidade do agente, ao sustentar: “Naturalmente i limiti potrebbero essere varcati: come se la casa editrice affidasse a quel professionista il collocamento, oltrechè delle riviste, anche di tutte le opere legali o mediche; poi lo incaricasse della vendita anche delle opere di altra natura, estendendo la clientela al di fuori del ristretto ambiente dei colleghi; o se il medico assumesse la rappresentanza di case di vendita di medicinali” (FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 24). Baseadas no exemplo desenvolvido por Formiggini para negar que a secundariedade da atividade do agente não é fator a impedir a sua profissionalidade são as posições sustentadas por: CERAMI, Vincenzo. Op. cit., p. 876; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 37-38.
32. Do mesmo modo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 30, § 4.766, 2: “Por outro lado, a profissionalidade não supõe a continuidade absoluta, nem a exclusividade”.
33. MAJO, Antonio de. Op. cit., p. 147.
34. Ainda declaram ser obrigatório o registro no atual quadro do direito brasileiro: SAAD, Ricardo Nacim. Op. cit., p. 26; NOVARETTI, Guilherme Eduardo. Registro dos representantes comerciais no conselho regional. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/1965 e as novidades do CC/2002 (arts. 710 a 721). EC 45/2004: estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 551-552; REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 55; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos* cit., p. 746.
35. Art. 2.^o da Lei 4.886/1965: “É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6.^o desta Lei”.
36. Art. 5.^o da Lei 4.886/1965: “Somente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, o representante comercial devidamente registrado”.
37. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 10, p. 324-326.

repcionados pela Constituição Federal, por estarem ferindo o inc. XIII do art. 5.º,³⁸ o qual tem insculpido o princípio da liberdade de trabalho, ofício ou profissão.³⁹ Por conseguinte, é incabível o magistério que sustenta⁴⁰ ser a falta de registro fato a impedir o advento do direito à exclusividade; à indenização por dispensa imotivada; e à remuneração por contratos concluídos diretamente pelo agenciado, quando da exclusividade de atuação do agente em determinada zona. Nessa linha, também é descabido o entendimento⁴¹ que considera obrigatória a inscrição do agente no Conselho competente sob pena de, se atuar sem inscrição, praticar contravenção penal tipificada no art. 47 do Dec.-lei 3.688/1941.⁴²

38. Art. 5.º, XIII, da CF: "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...). XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".
39. STJ, REsp 26.388/SP, 4.ª T., j. 10.08.1993, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06.09.1993, p. 18035: "Representação comercial. Cobrança de comissão por mediador não registrado. Arts. 2.º e 5.º da Lei 4886/1965. Precedente. Recurso desacolhido. I – Os arts. 2.º e 5.º da Lei 4.886/1965, por incompatíveis com norma constitucional que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, não subsistem válidos e dotados de eficácia normativa, sendo de todo descabida a exigência de registro junto a conselho regional de representantes comerciais para que o mediador de negócios mercantis faça jus ao recebimento de remuneração. II – Semelhança dos dispositivos legais em comento, havidos por não vigentes, com o art. 7.º da Lei 4.116/1962 (disciplinadora da profissão de corretor de imóveis) de inconstitucionalidade já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal". STJ, REsp. 12.005/RS, 4.ª T., j. 20.04.1993, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 28.06.1993, p. 12895: "Representação comercial. Cobrança de comissões por representante não registrado. Art. 5.º da Lei 4.886/1965. O art. 5.º da Lei 4.886/1965, que declara indevida a remuneração ao mediador de negócios comerciais não registrado no conselho regional de representantes comerciais, já era incompatível com a Constituição Federal de 1946 e incompatível manteve-se perante a 'superveniente' Constituição de 1967/1969. Não cabimento, proclamado pela corte especial por voto majoritário, da declaração *incidenter* de inconstitucionalidade face à vigência da Constituição de 1988. Norma legal considerada não vigorante e, pois, não incidente ao caso em julgamento, de cobrança de comissões por representante comercial não registrado. Precedente, para questão similar, da declaração de inconstitucionalidade pelo pretório excelso, do art. 7.º da Lei 4.116/1962, relativa aos corretores de imóveis. Recurso Especial, interposto pela alínea a, não conhecido".
40. THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 960.
41. SAAD, Ricardo Nacim. Op. cit., p. 26; NOVARETTI, Guilherme Eduardo. Op. cit., p. 561-562; REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 55.
42. Art. 47 do Dec.-lei 3.688/1941: "Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis".

Ainda sob o prisma da profissionalidade do agente, a fim de poder qualificá-lo como empresário, não é possível defini-lo como um profissional intelectual, mesmo que a sua atividade possa ser, para o cumprimento de sua obrigação principal, preponderantemente intelectual, em consectário ao preceituado no art. 966, parágrafo único, do CC/2002.⁴³

Outro elemento do suporte fático do art. 966 do CC/2002, que necessita ser concretizado para se saber se o agente vem a ser ou não empresário, refere-se ao exercício de atividade econômica, à produção ou à circulação de bens ou serviços, ou seja, à organização.

A organização, como se infere do disposto nos arts. 2.082,⁴⁴ 2.083⁴⁵ e 2.555⁴⁶ do CC italiano, vem a ser formada pela justaposição da inserção do trabalho de outros e do complexo de bens ao serviço da atividade econômica.⁴⁷ Essas partes, no direito brasileiro, são depreendidas do *caput* do suporte fático do art. 966 do CC/2002, conjugado com o parágrafo único desse mesmo artigo e com o art. 1.142.⁴⁸⁻⁴⁹

Ao conceito de “complexo de bens” é ínsita a definição de estabelecimento, empregada pelo art. 1.142 do CC/2002. O item “inserção do trabalho de outrem” está incluso ao conceito de organização pela interpretação do art. 966, parágrafo único, do CC/2002. Esse dispositivo nega a qualidade de empresário àquele que exerce profissão intelectual, ainda que, na atividade desenvolvida, se utilize do concurso de auxiliares ou colaboradores. Portanto, se o concurso de auxiliares ou colaboradores teve de ser destacado pelo referido dispositivo legal, a fim de excluir a qualidade de empresário daquele que exerce profissão intelectual, é porque o mesmo configura elemento a fazer parte da caracterização do conceito de atividade organizada. Contudo, a inserção do trabalho de terceiros no exercício da

43. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 67; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 83.

44. Art. 2.082 do CC italiano: “È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

45. Art. 2.083 do CC italiano: “Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia”.

46. Art. 2.555 do CC italiano: “L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”.

47. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 56; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 195.

48. Art. 1.142 do CC/2002: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

49. Já antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 eram esses os elementos constituintes da organização identificados pela doutrina, e.g.: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1, p. 59.

atividade profissional não é, ao contrário do complexo de bens, necessariamente obrigatória à caracterização da atividade como organizada.⁵⁰

A organização empresarial do agente está caracterizada, por exemplo, quando se verifica a importância do agenciado com o qual atua ou a vastidão e a relevância da zona na qual deve exercer sua atividade, fatores que podem levá-lo a necessitar da estrutura de um escritório, depósito de mercadorias, caminhões para entrega, bem com a inclusão de empregados e subagentes.⁵¹ Quando o agente exerce a sua atividade econômica de modo profissional e organizado, alcança com isso a qualidade de empresário, por ter sido concretizado o suporte fático do art. 966 do CC/2002.

Todavia, a realização de visita periódica a determinada clientela – somente utilizando-se de sua energia laborativa, sem a utilização de um complexo de bens ou do labor de terceiros – não dá ao agente a qualidade de empresário, o que, entretanto, não é fator a descaracterizar o contrato de agência. Nesse caso, é simplesmente qualificado como um trabalhador autônomo em sentido amplo,⁵² não se podendo confundir com um contrato de prestação de serviços.⁵³

Pelo exposto até aqui, se o agente exercer a sua atividade econômica de promoção à conclusão de negócios, à conta e no interesse de outrem, de modo *profissional* e organizado, consoante o art. 966, *caput*, do CC/2002, é, sim, um empresário.⁵⁴ Assim sendo, estará obrigado, conforme preceitua o art. 967 do CC/2002,⁵⁵ a se inscrever no Registro Público de Empresas e Atividades Afins, regrado pela Lei 8.934/1994. Sendo o agente empresário, em razão da receita bruta auferida por ano, de acordo com o estabelecido no art. 3.º da LC 123/2006,⁵⁶ será

50. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 56: “Da tale presupposto la dottrina ha dedotto che l’organizzazione dell’impresa può riguardare anche solo elementi reali, onde il requisito imprescindibile è costituito dall’azienda, che deve sempre esistere”.

51. Idem, p. 58.

52. GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 16; CERAMI, Vincenzo. Op. cit., p. 874; MAJO, Antonio de. Op. cit., p. 147; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 58; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 195; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 83; GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 443.

53. GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 439: “O trabalho do agente é autônomo, mas nem por isso se confunde com o contrato de prestação de serviço, porque tem caráter continuativo e deve ser encarado globalmente”.

54. GOMES, Manuel Januário. Op. cit., p. 45.

55. Art. 987 do CC/2002: “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

56. Art. 3.º da LC 123/2006: “Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de

considerado microempresário, empresário de pequeno porte ou simplesmente empresário.

Quanto ao agenciado, embora haja posições em contrário,⁵⁷ considera-se, com arrimo na maciça posição da doutrina,⁵⁸ que o mesmo tanto pode ser empresário como não. Essa qualidade independe da existência do contrato de agência. Assim, o contrato de agência existe no plano jurídico, tendo como agenciado quem não seja empresário.

Se uma associação – pessoa jurídica de direito privado não empresarial – contrata determinada pessoa com vistas a que esta promova a conclusão de contratos ao ingresso de novos associados, em caráter não eventual, em determinada zona, com direito a remuneração pelos contratos concluídos, entabula com tal indivíduo contrato de agência.⁵⁹ Do mesmo modo, se um célebre artista encarregar certa pessoa, em caráter não eventual, de promover a conclusão de contratos de empreitada de execução musical,⁶⁰ em determinada zona e mediante remuneração pelos contratos que forem concluídos, concluiu com ela um contrato de agência.⁶¹

Não se pode conceber a obrigatoriedade da qualidade de empresário, tanto do agente como do agenciado, à existência do contrato de agência, com base na leitura assistemática do art. 1.º da Lei 4.886/1965, por ele prever a obrigação de

Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II – no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)”.

57. MARTINEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO, Montiano; PALAU RAMÍREZ, Felipe. Op. cit., p. 40.
58. FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 58; CERAMI, Vincenzo. Op. cit., p. 876; GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 15-16; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 55-56; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 90; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 109-111; QUITANS EIRAS, Maria Rocío. *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*. Madrid: Edersa, 2000. p. 178-188. Considerando possível não ser o agenciado um empresário, mas entendendo não se poder qualificar o agente na acepção comum do contrato de agência tipicamente caracterizado; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 80; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 399.
59. GOMES, Orlando. Regime do contrato para angariar sócios para uma associação. *Novas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 15-20; QUITANS EIRAS, Maria Rocío. *Delimitación de la agencia...* cit., p. 181.
60. Sobre a execução musical como obrigação de fazer proveniente de contrato de empreitada: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 383, § 4.845, 2.
61. TJSP, ApCiv 9344798000, 36.ª Câm. de Direito, j. 23.11.2006, rel. Romeu Ricupero; FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 35; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 56-57.

o autor promover a “realização de negócios mercantis”.⁶² Essa compreensão não cabe perante o Código Civil em vigor. O direito das obrigações, no plano legal, está unificado,⁶³ não cabendo mais a distinção entre obrigações civis e comerciais.⁶⁴ Portanto, a expressão “realização de negócios mercantis”, constante no suporte fático do art. 1.º da Lei 4.886/1965, não tem mais eficácia jurídica.

Ainda que no tráfico a regra seja tanto o agente como o agenciado serem empresários ou sociedades empresárias, tal qualidade não importa à existência do contrato de agência.

1.2 A atividade exercida em caráter não eventual

O elemento “em caráter não eventual” do suporte fático do art. 710 do CC/2002 é um dos elementos essenciais à existência e à caracterização do contrato de agência.⁶⁵ Sua importância não só permite identificar o contrato de agência, como também o distinguir de outros afins.

Quando se busca o conceito jurídico do elemento “em caráter não eventual”, de plano, pode-se afirmar que o contrato de agência é de obrigação duradoura.⁶⁶ Mas essa é mais do que uma característica de tal contrato, pois é de sua própria natureza jurídica. A outra característica, a qual não pode ser confundida com a de obrigação duradoura,⁶⁷ é a estabilidade quanto aos atos do agente, ou seja, estes não podem ser ocasionais; devem ter caráter contínuo.⁶⁸

Deve-se, portanto, distinguir esses dois elementos: obrigação duradoura e estabilidade, embora ambos se relacionem e se complementem.

62. E.g., THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 932 e 935.

63. REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 42. WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 23.

64. OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Op. cit., p. 231.

65. QUITANS EIRAS, Maria Rocío. *Delimitación de la agencia...* cit., p. 225; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 140; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 156; ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. Op. cit., p. 281; SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Trad. Federico E. G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 752.

66. Para a análise do contrato de agência como de duração, ver item 2.1 da Parte I.

67. TRIONI, Guido. Op. cit., p. 45; BORTOLOTTI, Fábio et al. *Il contratto di agenzia commerciale. Manuale di diritto della distribuzione*. Padova: Cedam, 2007. vol. 1, p. 81; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 140; SORIA FERRANDO, José V. *El agente de comercio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 54; ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. Op. cit., p. 281; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 157. Em sentido contrário: SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 37 e 168.

68. CERAMI, Vincenzo. Op. cit., p. 872: “L’attività dell’agente deve avere carattere continuativo, nel senso che l’agente è incaricato di agire non per uno o più affari determinati del preponente, ma ‘in genere per tutti gli affari di una certa specie del principale, o senza limiti di tempo, od in un certo periodo di tempo’”.

A estabilidade no desenvolvimento da relação contratual exige que o agente realize tantos atos quantos forem necessários à conclusão de um número indefinido de contratos.⁶⁹ O agente tem o dever de promover a conclusão de negócios de modo específico. Este é o fim a alcançar. Para isso, entretanto, deverá realizar ampla gama de atos. A atividade do agente não se pode limitar à prática de um ato isolado, pois tem de ser exercida com estabilidade enquanto vige o contrato.⁷⁰ Assim, por exemplo, não se esgota a sua atividade pelo mero fato de ter captado proposta de um cliente.

Somente não sendo eventual é que o dever do agente de promover a conclusão de negócios permitirá ao agenciado alcançar o fim econômico pretendido, ou seja, aumentar a sua clientela, tendo, por consectário, o ingresso de seu produto no mercado e o crescimento do número de negócios na zona onde atua o agente.⁷¹ Isso seria impossível se o ato de promover devesse ser realizado somente uma vez, como no contrato de mandato, ou sem estabilidade, como no de corretagem ou de mediação.⁷² Evidencia-se que não se pode confundir estabilidade com ocasionalidade, pois o agente está obrigado a realizar a sua atividade de modo contínuo e reiterado.⁷³

Essa particularidade dá arrimo para se afirmar que não importa ser o contrato de agência de prazo indeterminado ou determinado. O que importa é não se esgotar a obrigação principal mediante uma única prestação. Assim, está-se diante de um contrato de agência quando um sujeito é contratado a promover, numa feira ou exposição, a conclusão de um número indefinido de contratos.⁷⁴

69. ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 157: "La stabilità consiste, appunto, nel fatto che l'attività dell'agente non viene riferito solo ed esclusivamente ad un singolo affare ma riguarda tutti quegli affari che durante lo svolgimento della sua attività si rivelano di utilità per il preponente e che sono svolti in modo coordinato con l'attività del medesimo". GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 6; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 45; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 47; BASENGHI, Francesco et al. *Contrato di agenzia*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 32; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 35. TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 49; MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 50; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 273; QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Delimitación de la agencia...* cit., p. 225; MARTINEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO, Montiano; PALAU RAMÍREZ, Felipe. Op. cit., p. 42.

70. MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 50.

71. BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 137-138; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 157-158.

72. GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 6; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 45.

73. BORTOLOTTI, Fabio et al. Op. cit., p. 80.

74. FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 50-51; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 36; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 137; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 49; MARTINEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO, Montiano; PALAU RAMÍREZ, Felipe. Op. cit., p. 43-44; SORIA FERRANDO, José V. Op. cit., p. 50; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 274.

Quanto ao elemento “em caráter não eventual”, esse não diz respeito à necessidade de ser o agente empresário. Não se pode assim compreender por que, como se viu anteriormente, o Código Civil de 2002 não requer ser empresário tanto o agente como o agenciado.

Há autores que assim não entendem, afirmando que o caráter não eventual se refere tão só à necessidade de ser profissional o agente.⁷⁵ Não se concorda com essa ideia, pois o caráter não eventual se refere ao modo contínuo e reiterado dos atos praticados pelo agente. Trata-se de uma qualidade objetiva. A profissionalidade diz respeito ao agente pessoa física ou jurídica. Caracteriza-se por ser uma qualidade subjetiva. O que pode ocorrer é o contrário, ou seja, o agente tornar-se profissional em face da continuidade e da estabilidade da atividade exercida.⁷⁶ A estabilidade e a continuidade da obrigação são o que permite a existência do contrato de agência; não a profissionalidade.⁷⁷

1.3 Zona determinada

Outro elemento essencial ao contrato de agência é a zona na qual o agente desenvolverá a sua atividade de promoção.⁷⁸ Esse elemento do contrato de agência tem o escopo de individuar o campo no qual o agente atuará à conta e no interesse do agenciado, bem como o de estabelecer um limite para que o agenciado não coloque a atuar, na mesma zona, outro agente, em razão do seu direito de atuação, conforme estabelece o art. 711 do CC/2002.⁷⁹ Este é um elemento que possui, portanto, estrita vinculação com a exclusividade.

A zona, em regra, é o espaço geográfico no qual o agente tem de desenvolver os seus atos para cumprir o seu dever principal.⁸⁰ É onde tem de captar clientela, a fim de o agenciado poder com ela concluir contratos. É, pois, o lugar do adimplemento do contrato de agência por parte do agente.⁸¹

75. REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial...* cit., p. 75-76; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos* cit., p. 741; GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 438; ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 198-199; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 273.

76. FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 23; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 5, § 5.038, 3.

77. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 30, § 4.765, 2; FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 23.

78. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. *Op. cit.*, p. 44; BALDASSARI, Augusto. *Op. cit.*, p. 132; TRIONI, Guido. *Op. cit.*, p. 71; BALDI, Roberto. *Op. cit.*, p. 63; FADEL, Pierluigi; VANTINI, Marco. *Op. cit.*, p. 13; ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. *Op. cit.*, p. 281.

79. ACHILLI, Vito et al. *Op. cit.*, p. 161.

80. GHEZZI, Giorgio. *Op. cit.*, p. 70; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. *Op. cit.*, p. 44; BALDASSARI, Augusto. *Op. cit.*, p. 132.

81. *Idem*, *ibidem*.

Como estabelece o art. 710 do CC/2002, a zona tem de ser determinada, mas não limitada. Pode assim o agente estar obrigado a desenvolver a sua atividade numa zona como bairro, município, Estado, país ou continente.⁸² Esse é um critério de ordem objetiva, mas não é o único. Podem as partes contratantes utilizar, além desse critério, outro de ordem subjetiva, pelo qual se delimitará a zona não pelo espaço, mas pelo grupo de clientes com o qual o agente irá manter a atividade de promoção.⁸³ E.g., o cliente a ser angariado restringe-se a empresas de grande porte.⁸⁴

Não se pode afirmar, contudo, que a zona delimitada pelo critério objetivo incorpore o critério subjetivo, como o faz Fábio Ulhoa Coelho.⁸⁵ Tal afirmação seria excessiva. O critério subjetivo é um *plus*, o qual possibilita ao agenciado atribuir a outro agente a atuação, no mesmo espaço geográfico, de um agente anteriormente contratado, sem que venha a realizar ato ilícito relativo decorrente do descumprimento do dever de exclusividade de zona. Pode ocorrer que, por meio do critério de delimitação da zona pela clientela, venha a ser incorporado o critério de ordem espacial.⁸⁶ Nada impede que a zona venha a ser demarcada pela fixação dos dois critérios.⁸⁷ O principal objetivo desse critério é dar oportunidade ao intérprete do negócio jurídico de revelar a zona onde o agente atua.

A falta de declaração de vontade expressa quanto à demarcação do espaço geográfico de atuação do agente não é fator de impedimento à existência do contrato. São os usos do tráfico e as circunstâncias do caso analisado que permitem ao intérprete revelar qual a zona demarcada.⁸⁸ E.g., em vez de se ter a zona demarcada no contrato, esta é revelada ao se constatar quais os clientes foram granjeados, pelo agente, para o agenciado.

82. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 44; FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 52; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 50; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 70-71.

83. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 44; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 135; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 50; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 71; ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. Op. cit., p. 285; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 163; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 972; BARATA, Carlos Lacerda. *Sobre o contrato de agência*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 39; RIUTORT, Juan Flaquer. *La protección jurídica del agente comercial*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 64-65.

84. MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 52-53; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 208; REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial...* cit., p. 176; REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 62; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 133-134; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 162; BARATA, Carlos Lacerda. Op. cit., p. 38-39.

85. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 3, p. 122.

86. TRIONI, Guido. Op. cit., p. 71; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 181.

87. MEDEIROS, Murilo Tadeu. *Direitos e obrigações do representante comercial*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 27.

88. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 207-208; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 133-134; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 162.

1.3.1 A exclusividade

A exclusividade vem preceituada no art. 711 do CC/2002⁸⁹ e constitui a regra no contrato de agência. Essa regra, tal qual no art. 1.743 do CC italiano,⁹⁰ regula duas situações distintas, mas inter-relacionadas: a exclusividade em favor do agente e a exclusividade em favor do agenciado.⁹¹ Por se tratar de regra jurídica dispositiva, o art. 711 do CC/2002 pode ter a sua eficácia afastada pela vontade dos figurantes.⁹² O afastamento da eficácia do supracitado artigo pode se dar mediante cláusula expressa ou tácita, decorrente do comportamento concludente dos figurantes, na conclusão do contrato ou em seu curso.⁹³ Assim, a exclusividade é um elemento natural (*naturalia negotii*),⁹⁴ pois concerne ao plano da eficácia, e não ao plano da existência do contrato.⁹⁵

89. Art. 711 do CC/2002: “Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”.
90. Art. 1743 do CC italiano: “Diritto di esclusiva. — Il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, né l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro”.
91. TRIONI, Guido. Op. cit., p. 102; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 181; BASENGHI, Francesco et al. Op. cit., p. 78.
92. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 57, § 4.771, 2; GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 444; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 307; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 985.
93. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 66; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 153; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 190; CAVANI, Giovanni. *Contratto di agenzia: le regole di concorrenza. Contratti d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 80.
94. FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 86; GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 60; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 102; CERAMI, Vincenzo. Op. cit., p. 877; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 65; BORTOLOTTI, Fabio et al. Op. cit., p. 147; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 189; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 57, § 4.771, 2; BARATA, Carlos Lacerda. Op. cit., p. 59-61; LARA GONZALES, Rafael. *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 1998. p. 72, nota 70; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 209; SALOMÃO FILHO, Calixto. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/1965 e as novidades do CC/2002 (arts. 710 a 721). EC 45/2004: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 468; GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 438; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 985.
95. Sobre a distinção entre elemento essencial, natural e acidental dos negócios jurídicos, analisar: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983. t. III, p. 65-67, § 258, 1-3; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31-40.

A principal função da exclusividade é evitar a concorrência e intensificar os laços cooperativos entre o agente e o agenciado. Para isso, há o advento de uma obrigação de não fazer, de modo a não estarem agente e agenciado a incorrer em condutas que possam causar abalo ao profícuo andamento do processo obrigacional.⁹⁶

A exclusividade em favor do agente representa uma contrapartida à atividade promocional por ele realizada, dando-lhe a certeza de que será remunerado pelos contratos que forem concluídos em sua zona, por atuação direta do agenciado, e gerando a esse o dever de não nomear outro agente para desenvolver a mesma atividade.⁹⁷ Em favor do agenciado, a exclusividade serve para lhe dar a garantia de que o agente atuará com intensidade na promoção da conclusão de contratos de seu interesse à distribuição do bem ou serviço disponibilizado no mercado.⁹⁸⁻⁹⁹

O art. 31, parágrafo único, da Lei 4.886/1965,¹⁰⁰ ao preceituar que a exclusividade somente existe no contrato de agência quando for ajustada expressamente, encontra-se derogado tacitamente, de acordo com o disposto no art. 721 do CC/2002, por estar em contraposição ao disposto no art. 711 do CC/2002.¹⁰¹ Assim, encontra-se, pois, equivocada a decisão dos Tribunais, que ainda sustenta, com base na redação do parágrafo único do art. 31 da Lei 4.886/1965, a existência da exclusividade somente quando estipulada por ajuste expresso dos figurantes do contrato de agência.¹⁰²

96. BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 188-189.

97. BORTOLOTTI, Fabio et al. Op. cit., p. 142-143.

98. Idem, p. 143.

99. TJRS, Recurso Cível 71000522714, 2.ª Turma Recursal Cível, j. 25.08.2004, rel. Luiz Antônio Alves Capra: "(...). A exclusividade pode ser vista sob dois ângulos: Em benefício da representada expressa que o representante não pode exercer outras representações, ao passo que em favor deste, que é o que interessa ao desate do litígio, significa que a representada não pode promover o agenciamento de negócios na mesma zona, mesmo que diretamente. Tal cláusula tem por finalidade o resguardo do labor desenvolvido pelo representante. A adequada interpretação do art. 31 da Lei 4.886/1965 é aquela que contempla o pagamento das comissões correspondentes aos negócios que se realizaram na área de abrangência, mesmo que não captados diretamente pelo representante. O que se preserva é o trabalho persistente, a divulgação dos produtos, atividade que aqui e ali acaba por frutificar. Nem sempre o resultado do labor do representante comercial se verifica na mesma hora, no primeiro contato, mas reflete seus efeitos em um momento posterior. O ordenamento pátrio não admite que alguém se locuplete às expensas do outro. Também a venda feita a distribuidores conduz à quebra da exclusividade. Negaram provimento".

100. Art. 31, parágrafo único, da Lei 4.886/1965: "A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos".

101. REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 110.

102. THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 985.

O afastamento da eficácia da regra do art. 711 do CC/2002, por vontade dos contratantes, pode ser unilateral, referindo-se a perda da exclusividade somente ao agente ou ao agenciado, ou bilateral, referindo-se a ambos.¹⁰³ A última caracteriza-se pelo fato de tanto o agente como o agenciado não terem direito à exclusividade. A primeira ocorre quando somente um dos figurantes possui esse direito.¹⁰⁴ Uma vez silentes os figurantes, por aplicação do art. 711 do CC/2002, a exclusividade é bilateral.

A exclusividade do agente está eminentemente ligada ao elemento “zona”. A obrigação de não atuar em contraposição aos interesses do outro contratante, no sentido de não realizar atividade que venha a prejudicá-lo quanto à captação de clientela e à consequente estimulação dessa clientela a concluir contratos, restringe-se à zona na qual deverá atuar o agente. Assim, tanto o agente quanto o agenciado estão livres para atuar em zona diversa. No entanto, para a correta compreensão da extensão e do alcance da regra sobre a exclusividade, não basta somente ter o corrente entendimento do que significa “zona determinada”. Além desse elemento, deve o intérprete atentar para outros dois conceitos existentes no suporte fático do art. 711 do CC/2002: (a) “idêntica incumbência”; e (b) “negócios do mesmo gênero”.

Pelo elemento “idêntica incumbência” depreende-se que o agenciado não pode ter, na zona reservada ao agente, a atuação de outro agente ou de outro sujeito – como um preposto, um viajante ou praticista, ou um concessionário –, de modo a impedir a normal atividade do agente na zona para ele reservada e, conseqüentemente, afetar o seu lucro.¹⁰⁵ Portanto, se o agenciado enviar empregados seus para atuar na conclusão de contratos na zona de exclusividade do agente, estará violando o direito de exclusividade desse.¹⁰⁶ De igual modo, este não pode atuar para outrem na zona na qual opera no interesse e à conta do agenciado, seja como agente, seja como viajante ou praticista, mediador, distribuidor etc.

103. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 66; BASENGHI, Francesco et al. Op. cit., p. 78.

104. BARATA, Carlos Lacerda. Op. cit., p. 59-61; BASENGHI, Francesco et al. Op. cit., p. 90.

105. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 56, § 4.771, 1; FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 85; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 190; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 160; CAVANI, Giovanni. Op. cit., p. 80; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 211; TJRS, ApCiv 70011759057, 16.ª Câm. Cív., j. 13.07.2005, rel. Helena Ruppenthal Cunha: “(...) 8) Quebra da exclusividade. (...); burla da ré ao contrato, visto que não poderia ter na mesma área, concomitantemente, a demandante, como representante exclusiva, e distribuidores dos seus produtos. (...)”; TJRS, Recurso Cível 71000522714, 2.ª T. Recursal Cível, j. 25.08.2004, rel. Luiz Antônio Alves Capra: “(...) Também a venda feita a distribuidores conduz à quebra da exclusividade. Negaram provimento”.

106. TJSP, ApCiv 7046291400, 20.ª Câm. de Direito Privado, j. 01.06.2009, rel. Des. Francisco Giaquinto.

Não pode, da mesma forma, ser sócio de sociedade de responsabilidade limitada que atue na zona a ele designada e em concorrência ao agenciado¹⁰⁷ ou colocar o seu filho para atuar como agente para um concorrente, disponibilizando-lhe a sua lista de clientes e a sua estrutura de atuação, sem informar ao agenciado.¹⁰⁸

Se o agenciado realizar contrato de agência com outro agente para atuar na zona do primeiro agente, ensejará a existência de um ato ilícito relativo, dando causa à existência do justo motivo ao exercício do direito de denúncia, conforme estabelece o art. 36, *b*, da Lei 4.886/1965.¹⁰⁹ O agente, por sua vez, não pode, na mesma zona na qual atua em exclusividade ao agenciado, trabalhar em favor de outro agenciado no desenvolvimento da mesma atividade de distribuição que realiza para o primeiro.

Por primeira interpretação da expressão “idêntica incumbência” há de se alcançar o mesmo entendimento da expressão utilizada no suporte fático do art. 1.743 do CC italiano, *medesimo ramo di attività*, no sentido de se reconhecer a observância da exclusividade por todo o ramo de atividade empresarial do agenciado. Essa interpretação, no entanto, deve ser relativizada, pois, no mesmo ramo de atividade, o agenciado pode possuir produtos diversos, destinados a clientelas diversas, visto que a zona pode ser delimitada pela clientela e pela espécie de produto a ser distribuído. Assim, com base nesse elemento e para se constatar se foi ou não infringido o direito de exclusividade do agenciado ou do agente, faz-se necessário examinar as circunstâncias do caso, com base na boa-fé objetiva e nos usos do tráfico, tal qual determina o art. 113 do CC/2002.¹¹⁰⁻¹¹¹

Esse elemento, entretanto, pelas particularidades que apresenta, requer mais acuidade em sua análise.

O elemento do suporte fático “negócios do mesmo gênero” é um dos modos de delimitação da exclusividade circunscrita a um bem ou serviço disponibilizado no mercado pelo agenciado, de cuja distribuição está encarregado o agente, designado individualmente ou pelas características morfológicas, estruturais ou

107. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 198; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 70-71; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 103; TJRS, ApCiv 585030901, 6ª Câm. Cív., j. 10.09.1985, rel. Luiz Fernando Koch: “(...) Justa causa para a rescisão caracterizada pelo fato de o sócio gerente da representante ser também sócio de empresa concorrente da representada. (...) Apelo improvido”.

108. BORTOLOTTI, Fabio et al. Op. cit., p. 152.

109. Art. 36, *b*, da Lei 4.886/1965: “Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: (...); (b) quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato”.

110. Art. 113 do CC/2002. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar”.

111. FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto...* cit., p. 87; GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 71.

funcionais.¹¹² Não havendo essa delimitação, a exclusividade não pode ser considerada coincidente com o âmbito mercadológico no qual o agenciado opera.¹¹³ Nesse viés, nada impede que se tenha, na mesma zona, dois agentes contratados pelo mesmo agenciado. Em tal situação, cada agente contratado deve promover a conclusão de negócios que tenham por objetos mediatos espécies ou gêneros distintos.¹¹⁴ Assim, também o mesmo agente contratado por dois agenciados, em exclusividade com ambos, deve promover a conclusão de contratos que tenham objetos mediatos distintos quanto ao gênero. E.g., agenciar para um a conclusão de contratos de compra e venda de relógios e, para outro, a conclusão de contrato de compra e venda de joias.¹¹⁵ Por consectário, não é infringida a exclusividade, por exemplo, se o agente atua à conta e no interesse do agenciado A para a conclusão de contrato de compra e venda de sapatos e, na mesma zona, ao agenciado B para a conclusão de contratos de compra e venda de meias.¹¹⁶

Concernente ao gênero, razoável é corroborar que este se subdivide em espécies.¹¹⁷ Destarte, quando se interpretar a exclusividade quanto ao gênero, faz-se necessário observar se é do gênero que se está a tratar ou de uma espécie de determinado gênero. E.g., se a empresa agenciada fabrica roupas íntimas masculinas e femininas e trabalha com um agente para cada tipo de roupa, ela não dá ensejo à existência de ato ilícito relativo por violação do direito de exclusividade.

O agente que, por exemplo, tem de atuar com exclusividade para um agenciado e, após comprar estabelecimento empresarial, passa a atuar na mesma zona onde deve realizar os seus atos, promovendo a conclusão de negócios com coisas do mesmo gênero (alimentício) do objeto mediato do contrato de que promove a conclusão, dá justo motivo ao exercício do direito de denúncia do contrato de

112. TRIONI, Guido. Op. cit., p. 103.

113. Idem, *ibidem*.

114. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 48, § 4.769, 3: "Se foi designado o objeto ou se foram designados os objetos sobre que se fariam os negócios e a empresa produz outros, ou tem interesse em negócios sobre outros objetos, há a determinação especial do objeto, ou dos objetos, e não está impedida a empresa de constituir, no mesmo momento e para a mesma zona, ou em momentos diferentes, mas para a mesma zona, dois ou mais agentes, desde que a atividade de um não concorra com a do outro ou dos outros. Ainda aí é possível a cláusula ou o pacto de pluralidade de agentes para os negócios sobre o mesmo objeto e na mesma zona".

115. TJRS, ApCiv 70012398749, 15.ª Câm. Cív., j. 31.08.2005, rel. Vicente Barrôco de Vasconcellos: "Ação de indenização de rescisão imotivada de contrato cumulada com danos morais. Contrato de representação. Caso concreto. Matéria de fato. Infração contratual. Representação de empresa do mesmo ramo. Não há infração contratual por parte daquele que representa empresas de ramos negociais diversos. (...)".

116. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 66, § 4.774, 2.

117. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 212-213.

agência por parte do agenciado.¹¹⁸ Algo similar ocorre com o agente que omite ser sócio de empresa fabricante dos mesmos bens da empresa para a qual ele está agenciando e passa a atuar, na mesma zona, no agenciamento de ambas.¹¹⁹

A exclusividade em zona demarcada por espaço geográfico não exclui a que é delimitada pelo gênero de produtos ou serviços a serem distribuídos, e vice-versa. Pode haver a demarcação da exclusividade por espaço geográfico e por gênero de produtos, cumulativamente. E.g., pode o agente atuar em exclusividade, nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, abrangendo os produtos de determinada linha esportiva produzida pela agenciada.¹²⁰

A exclusividade do agente, contudo, não afasta a possibilidade de se realizarem negócios diretos, ou seja, contratos concluídos diretamente pelo agenciado, sem a intermediação do agente.¹²¹ Nessa hipótese, para proteger o agente, o art. 714 do CC/2002¹²² preceitua que esse adquire o direito à remuneração, independentemente de ter ou não promovido a conclusão de um contrato com determinado cliente, pois a zona é de sua exclusividade.¹²³ Entretanto, a intervenção do agenciado, para não ser considerada ilícita, há de ser ocasional.

Independentemente de haver a exclusividade à atuação do agente, não pode o agenciado, por sua própria conduta ou de terceiros, inserir-se na zona de atuação do agente, de modo sistemático, para a conclusão de negócios diretos, a ponto de perturbar o exercício da atividade do último e não lhe permitindo conquistar e fortalecer a confiança dos clientes.¹²⁴ Agindo desse modo, o agenciado exerce,

118. TJDF, ApCiv 19980710074408, 3.ª T. Civ., j. 15.06.2000, rel. Wellington Medeiros, DJ 02.08.2000, p. 25.

119. RT 728/235: "Representação comercial – Indenização – Descabimento – Autor que vendia mercadoria similar à fabricada pela empresa que representava, permitindo-se a rescisão – Inteligência do art. 35, c, da Lei 4.886/1965. Ementa oficial: As provas levam à conclusão de que a violação do contrato verbal existente entre autora e ré ocorreu por parte da autora, ao vender mercadorias similares às fabricadas pela empresa que representava, o que caracteriza a concorrência entre as mesmas, o que permite a rescisão do contrato, conforme o previsto pela Lei 4.886/1965, em seu art. 35, c".

120. TJRJ, ApCiv 1992.001.00474, 8.ª Câm. Cív., j. 26.05.1992, rel. Celso Guedes.

121. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 56, § 4.771, I.

122. Art. 714 do CC/2002: "Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência".

123. GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 444; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 309.

124. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 56, § 4.771, I: "Em todo o caso, o princípio (dispositivo) da exclusividade *recíproca* não preexclui os chamados *negócios jurídicos diretos*, na mesma zona e sobre os mesmos objetos; isto é, aqueles negócios jurídicos em que não há agenciamento. Ainda assim, tem-se de considerar violação do princípio a atividade da empresa, por seus órgãos ou por seus prepostos, ou mediadores,

de modo disfuncional, o seu direito de concluir negócios jurídicos diretos, por atuar contrariamente à boa-fé e ao fim econômico do contrato realizando, por isso, ato-fato ilícito,¹²⁵ insculpido no art. 187 do CC/2002.¹²⁶ Enseja, assim, justa causa à denúncia do contrato. E.g., se, em vez de apenas atender às ofertas ou enviar prospectos e propagandas para que o agente venha a captar as ofertas, o agenciado passar, de modo sistemático, a fazer visitas, com o escopo de ele próprio angariar as ofertas, viola o direito de exclusividade do agente.¹²⁷ Contudo, tomando por base as circunstâncias do caso, se a intervenção do agenciado apresentar o propósito de não se perder a oportunidade de concluir um ótimo contrato ou tal oportunidade advier de proposta direta do próprio cliente, tem de ser considerada ocasional, não havendo, com isso, ato-fato ilícito a dar ensejo à existência de justa causa ao exercício do direito de denúncia por parte do agente.¹²⁸ De igual modo, se o agente e o agenciado alterarem o contrato que

ou corretores, ou quaisquer intermediários, para obter a conclusão de negócios jurídicos. Por meio de atos de auxiliares, autônomos ou não autônomos, não pode a empresa fazer visitas habituais à clientela, nem percorrer a clientela com caixeiros-viajantes. Diminuir-se-ia, como bem acentuou Francesco Ferrara Junior, o crédito do agente, ou turbar-se-lhe-ia, a atividade" (grifos do autor); GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 150-151; GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 444; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 309; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 211.

125. O art. 187 do CC/2002 não tem o elemento culpa *lato sensu*, como pressuposto à sua concreção. A culpa *lato sensu* é requisito somente à concreção do suporte fático do art. 186 do CC/2002. Portanto, como não se requer a culpa à concreção do art. 187 do CC/2002, na classificação da teoria dos fatos jurídicos, há ato-fato jurídico ilícito, pois somente importam os elementos em contrariedade ao direito e à imputabilidade. Para análise da não existência da culpa *lato sensu*, como elemento do suporte fático do art. 187 do CC/2002, consultar: MIRAGEM, BRUNO. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 111-118. Quanto à perquirição da categoria ato-fato ilícito, consultar: PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. Op. cit., 4. ed., 1983, t. II, p. 385-392, § 218-219; MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 244-246.
126. TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 309; TJRJ, ApCiv 0004938-75.2006.8.19.0211, 1.ª T., j. 09.03.2010, rel. Fábio Dutra: "Apelação cível. Contrato de representação comercial. Cláusula contratual que, de forma expressa, afasta a exclusividade. Negociação direta do representado com cliente agenciado previamente pelo representante. Padrão de conduta não esperado. Inobservância do princípio da boa-fé. Violação positiva do contrato. Locupletamento indevido que não é admitido pelo nosso direito. Interpretação do negócio jurídico em busca da vontade concreta das partes contratantes. Comissão devida à representante. Recurso provido".
127. PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 56, § 4.771, 1.
128. FORMIGGINI, ALDO. *Il contratto...* cit., p. 85-86; CERAMI, VINCENZO. Op. cit., p. 877; TRIONI, GUIDO. Op. cit., p. 105; BALDI, ROBERTO. Op. cit., p. 68; BALDASSARI, AUGUSTO. Op. cit., p. 209 e 212; ACHILLI, VITO ET AL. Op. cit., p. 154; FADEL, PIERLUIGI; VANTINI, MARCO. Op. cit., p. 41; ROTONDI, ENRICO; ROTANDI, MARGHERITA. Op. cit., p. 313. Em sentido contrário há

afasta a exclusividade do primeiro, por estar sendo pouco eficiente na captação de propostas em sua zona de atuação, não se caracteriza como contrária à boa-fé e à função econômica do contrato a atuação direta do agenciado junto aos antigos clientes captados pelo agente em sua zona de atuação.¹²⁹

Quanto à atuação em exclusividade do agente em relação ao agenciado, o disposto na primeira parte do art. 41 da Lei 4.886/1965, “ressalvada expressa vedação contratual”, está derogado tacitamente, em razão do art. 721 do CC/2002, por ser contrário ao art. 711 do mesmo CC/2002, pois a exclusividade é elemento natural do contrato de agência, somente sendo afastada se houver manifestação de vontade dos figurantes. Porém, não se pode considerar possível instituir obrigação de o agente atuar somente a favor do agenciado, ainda que em zona diversa. O agente, ao contrário do viajante e praticista, é livre para atuar em favor de vários outros agenciados, independentemente de sua atividade ser em exclusividade ou não para um deles. Conquanto a atividade desenvolvida em outra zona, em favor de um agenciado concorrente, não ser, em si, ilícita, não pode ultrapassar os limites traçados pelos deveres laterais de lealdade e proteção, advindos da eficácia do art. 422 do CC/2002.¹³⁰⁻¹³¹ Assim, o agente não pode dar à clientela recomendações ou informações que venham a gerar desinteresse na aquisição de produto produzido por um ou outro agenciado e deve abster-se de qualquer atividade que comporte interferência entre os dois agenciados.¹³²

posição que defende não ser possível qualquer intervenção do agenciado, ainda que ocasional, na zona de atuação do agente. Nesse sentido: SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 186-189; CAVANI, Giovanni. Op. cit., p. 80; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 988.

129. TJPR, ApCiv 0181716-3, 12.^a Câm. Cív., j. 25.10.2006, rel. Albino Jacomel Guérios: “Contrato de representação comercial. Alteração posterior excluindo a exclusividade da representante. Interpretação do contrato. Sentido literal possível confirmado pelos princípios da função econômica do contrato, do equilíbrio entre as prestações e da boa-fé objetiva. Possibilidade da atuação direta da representada vendendo a clientes antigos da representante. Indenização indevida. Recurso não provido. Descoberto o sentido literal possível da norma contratual, deve o intérprete confrontar esse sentido com os princípios da função econômica do contrato, do equilíbrio das prestações e da boa-fé objetiva. Estabelecendo cláusula em contrato de representação comercial a possibilidade da atuação conjunta da representada na mesma zona da representante, a possibilidade da venda, por aquela, de produtos diretamente a antigos clientes desta, diante de peculiaridades do caso concreto, como a pouca eficiência da representante, não se mostra como um sentido inadequado, contrário aos princípios da função econômica do contrato, do equilíbrio entre as prestações e da boa-fé objetiva. Recurso não provido”.

130. Art. 422 do CC/2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

131. TRIONI, Guido. Op. cit., p. 110; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 196.

132. TRIONI, Guido. Op. cit., p. 110.

No caso de o agente violar a exclusividade a favor do agenciado de modo ocasional, terá praticado ato ilícito relativo, ensejador de responsabilidade civil, se causou dano ao agenciado. Se houve a quebra da confiança, pela gravidade do inadimplemento, há existência de justa causa ao exercício do direito de denúncia, com base no art. 35, c, da Lei 4.886/1965.¹³³⁻¹³⁴ Assim, por exemplo, se o agente que tem a obrigação de atuar em exclusividade por zona demarcada e por determinado bem produzido – filme plástico – para um determinado agenciado, mas passa a promover a conclusão de contratos à conta e no interesse de outro agenciado à distribuição do mesmo produto, na mesma zona do primeiro, dá causa ao justo motivo à denúncia do contrato.¹³⁵

1.4 Atos praticados à conta de outrem

1.4.1 Alcance da expressão “à conta de outrem”: distinção de “em nome de outrem”

No contrato de agência, de regra, o agente somente atua à conta do agenciado, em razão de promover a conclusão de negócios no interesse desse. Portanto, não age *em nome* do agenciado.¹³⁶ A simples existência do contrato de agência não confere poderes ao agente para atuar em nome do agenciado.¹³⁷ Em nome do último, o primeiro só atua quando aquele lhe outorga poder de representação para que realize atos jurídicos *lato sensu*.¹³⁸

É forçoso, neste item, traçar-se a distinção entre a expressão “à conta de outrem” e a “em nome de outrem”.

133. Art. 35, c, da Lei 4.886/1965: “Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (...) (c) falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial”.

134. BORTOLOTTI, Fabio et al. Op. cit., p. 151; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 189; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 110; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 988.

135. TJRS, ApCiv 70012812269, 17.^a Câm. Cív., j. 07.12.2005, rel. Claudir Fidelis Faccenda: “Representação comercial. Concorrência desleal. Rescisão do contrato por justo motivo. A comercialização de produtos de empresa concorrente, pelo representante, configura infração legal e contratual, autorizando a representada pedir a rescisão do contrato por justo motivo, sem pagamento de indenização. (...)”.

136. ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 202: “L’agente opera per conto del preponente, ma non agisce in nome di lui”; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 213.

137. MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 45; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 980; COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 122; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 280; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos* cit., p. 742.

138. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 159; BASENGHI, Francesco et al. Op. cit., p. 22.

O contrato de agência é realizado com o intuito de o agente atuar à conta do agenciado. Significa afirmar que os efeitos decorrentes dos atos realizados pelo agente se projetam na esfera jurídica do agenciado.¹³⁹

O elemento “em nome de outrem”¹⁴⁰ só existirá no contrato de agência quando for concretizado o suporte fático do parágrafo único do art. 710 do CC/2002.¹⁴¹ Ou seja, só ao lhe serem outorgados poderes para representar o agenciado é que o agente atuará *em nome* daquele. Tais poderes são outorgados para o agente realizar, em nome do agenciado, atos jurídicos *lato sensu*. Caso contrário, como os atos executados pelo agente são, no máximo, atos-fatos jurídicos, e como em relação a essa espécie de fato jurídico não cabe falar em representação,¹⁴² aquele somente atua à conta e no interesse do agenciado. Não há poderes de representação para o agente praticar somente atos de promoção à conclusão de contratos para o agenciado.¹⁴³

Outro ponto ainda é relevante nessa questão. Não é apenas pela existência do contrato de agência que o agente tem permissão para começar a atuar, objetivando o adimplemento dos deveres contratuais de modo eficaz perante o agenciado. Para isso, faz-se necessária a autorização. A autorização é um negócio jurídico unilateral,¹⁴⁴ que se distingue da procuração e tem por efeito conferir ao agente poder para concretizar seus atos à conta do agenciado,¹⁴⁵ os quais, quando realizados, serão eficazes perante o último.¹⁴⁶ Mesmo para a prática de atos-fatos jurídicos, o agente precisa ter a autorização.¹⁴⁷

139. PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Mandato sem representação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 192-195.

140. *Idem*, p. 188-192.

141. Parágrafo único do art. 710 do CC/2002: “O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos”.

142. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, 4. ed., 1983, t. III, p. 244, § 310, 3; _____, 4. ed., 1984, t. XLIII, p. 5, § 4.675, 1; QUITANS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones fundamentales del agente*. Madrid: Civitas, 2001. p. 198.

143. Nesta linha, é o que sustenta Karl Larenz por considerar somente representante quem atua à conclusão de contratos junto a terceiros quando da outorga de poderes. Apresenta, como exemplo, a situação do agente o qual pode atuar com ou sem poderes de representação. LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. e notas de Miguel Izquierdo; Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978. p. 766; QUITANS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones...* *cit.*, p. 198. Em sentido contrário, sustentando que agente sempre age à conta e em nome do agenciado, tendo, por isso, sempre dimensão representativa irredutível: MERCADAL VIDAL, Francisco. *El contrato de agencia mercantil*. Bolonia: Real Colegio de España, 1998. p. 520-521.

144. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, 4. ed., 1983, t. III, p. 142, § 278, 2.

145. PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Op. cit.*, p. 387 e 389.

146. *Idem*, p. 400.

147. *Idem*, p. 396: “A intromissão de uma pessoa na esfera jurídica de outra pode efectuar-se através da prática de actos materiais ou de actos jurídicos. A uns e outros se pode referir a autorização”.

1.4.2 O parágrafo único do art. 710 do CC/2002: a outorga de poderes de representação pelo agenciado para o agente atuar à sua conta e em seu nome

Quando o agenciado tem interesse em o agente concluir negócios jurídicos em seu nome, deve outorgar poderes ao agente para representá-lo. Neste caso, estará concretizado o suporte fático do art. 710, parágrafo único, do CC/2002. Também regra a situação do agente dotado de poderes o art. 30 da Lei 4.886/1965.¹⁴⁸

Com o intuito de o agente dar existência a atos jurídicos *lato sensu*, em nome do agenciado, necessária se faz a existência do negócio jurídico unilateral, receptício e abstrato,¹⁴⁹ chamado “procuração”.¹⁵⁰

Por ser negócio jurídico unilateral abstrato, não está vinculado ao contrato de agência, podendo ser concedido antes, ao mesmo tempo ou depois da existência do contrato. Quanto ao seu caráter receptício, permite somente gerar eficácia de outorgar poder a quem foi dirigido, quando este o receber.

A procuração existe no mundo jurídico de duas maneiras: (a) expressa e (b) tácita.

No modo expresso, a declaração de vontade do outorgante do poder é realizada de maneira clara e precisa, por meio escrito ou oral.¹⁵¹ No modo tácito, a declaração de vontade é concluída mediante atos que, ao serem analisados pelo intérprete, lhe permitem concluir pela existência de outorga de poder.¹⁵² Esta difere da aparência de outorga de poderes, ligada à teoria da confiança nas relações negociais.¹⁵³

A concretização do suporte fático do art. 710, parágrafo único, do CC/2002 pode ocorrer quando a representação for outorgada de forma expressa ou tácita.

148. Art. 30 da Lei 4.886/1965: “Para que o representante possa exercer a representação em Juízo, em nome do representado, requer-se mandato expresso. Incumbir-lhe-á, porém, tomar conhecimento das reclamações atinentes aos negócios, transmitindo-as ao representado e sugerindo as providências acatadoras do interesse deste. Parágrafo único. O representante, quanto aos atos que praticar, responde segundo as normas do contrato e, sendo este omissivo, na conformidade do direito comum”.

149. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 247-255, § 311, 2-5; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 92; GOMES, Orlando. *Contratos cit.*, p. 414.

150. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 247-255, § 311, 2-5; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit., p. 92; GOMES, Orlando. *Contratos cit.*, p. 414.

151. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit., p. 106.

152. *Idem*, p. 112.

153. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 258, § 311, 9: “A outorga tácita de poder consiste em ato ou atos do outorgante, em vez de palavras, que se tenham de interpretar como tendo sido manifestações de vontade de outorgar poder, e não em se deixar que as aparências permitam crer-se na outorga (se não houve outorga, tratar-se-ia de poder aparente, e não de poder tácito)”.

Para o caso do contrato de agência, o mais prudente para o agenciado é dar forma escrita à procuração, a fim de evitar dúvida quanto aos limites dos poderes conferidos. Ademais, tem o cliente o direito de requerer ao agente a prova para poder conhecer a extensão e os limites dos poderes outorgados, conforme a regra jurídica do art. 118 do CC/2002.¹⁵⁴ Ou seja, o agente tem o dever de se apresentar ao cliente, informando-lhe a extensão e os limites dos poderes a ele outorgados.¹⁵⁵ Quando o agente for representar o agenciado em relação jurídica processual, a forma da procuração deve ser escrita, segundo estabelece a regra jurídica do art. 30 da Lei 4.886/1965. Contudo, a regra é a liberdade da forma. Exemplo de outorga tácita de poderes é o ato de o agenciado enviar talonário de notas ao agente, para que este, ao constatar o adimplemento da obrigação do cliente para com o agenciado, realize a emissão da nota fiscal em nome do último. São, assim, as circunstâncias que demonstram se houve procuração tácita, ou não.¹⁵⁶

1.4.2.1 A manutenção do contrato de agência quando da outorga de poderes e o caráter secundário da obrigação de concluir negócios

Não é por ter sido outorgado ao agente o poder de representar o agenciado que o contrato de agência passa a ser um contrato de representação ou um contrato de mandato.¹⁵⁷ Esses contratos, conforme se verá no item 2.2, da Parte I deste trabalho, são distintos.

Quando é outorgado ao agente poder a fim de realizar negócios em nome do agenciado, deixa este de ser simples agente, no sentido de somente promover a conclusão de negócios à conta do agenciado, e passa a ser um agente com o *plus* da representação.¹⁵⁸ Os poderes, neste caso, são concedidos para que o agente conclua negócios *em nome* do agenciado.

154. Art. 118 do CC/2002: "O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem".

155. Para essa situação, o direito português tem regulamentação expressa no art. 21 do Dec.-lei 178/1986, que assim dispõe: "O agente deve informar os interessados sobre os poderes que possui, designadamente através de letreiros afixados nos seus locais de trabalho e em todos os documentos em que se identifica como agente de outrem, deles devendo sempre constar se tem ou não poderes representativos e se pode ou não efectuar a cobrança de créditos".

156. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 258, § 311, 9: "Se alguém é que está na situação de encarregado de vendas, cobranças, ou outros atos, as circunstâncias podem compor a outorga tácita de poder".

157. BALDI, Roberto. Op. cit., p. 43; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 288; MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 54-55; BARATA, Carlos Lacerda. Op. cit., p. 47.

158. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 33, § 4.766, 1, p. 33: "O agente que conclui não é simples agente: há o *plus* da representação (...)"; Assis, Araken de. Op. cit., p. 199.

A outorga de poderes serve para que o agente conclua contrato em nome do agenciado. Isso, contudo, não significa que o contrato venha a ser transformado em outro ou venha a ser tido como contrato misto ou contrato coligado.¹⁵⁹ A justificativa dá-se em função de a outorga de poder ao agente para concluir negócios, em nome do agenciado, não criar para aquele o dever jurídico principal de realizar contrato. Passa a existir, pela circunstância advinda da outorga de poder, um dever jurídico secundário.¹⁶⁰ Para essa particularidade deve atentar aquele que analisa e faz a distinção entre o contrato de agência e o contrato de representação.

Se ocorrer a outorga de poder para concluir contrato e os figurantes do contrato de agência transformarem em principal o dever jurídico secundário erigido, haverá alteração do tipo contratual. O contrato deixará de ser o de agên-

159. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 43, § 4.769, 1; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 43; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 199; REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 34; BARATA, Carlos Lacerda. Op. cit., p. 37-38; MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 55; QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones...* cit., p. 185. Neste tópico, é importante atentar para o fato de que os três últimos autores citados – mesmo que tenham afirmado que, quando houver a outorga do poder para o agente concluir negócios em nome do agenciado, o contrato não deixará de ser de agência – ressaltam, contudo, que pode vir o contrato de agência a se transformar em contrato misto, ou haver a coligação de contratos.

160. GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 231: “Se, infatti, la rappresentanza conferisce il potere, non l’obbligo, di concludere il contratto, l’attività al cui stabile svolgimento l’agente con rappresentanza è, in primis, obbligato, continuerà pur sempre ad essere, come già si è osservato, quella promozionale, mentre all’agente stesso resterà salva la facoltà di valutare, rispetto a casi particolari che gli si presentino, la convenienza di fare o non fare uso (ed ovviamente rendendone edotto il terzo che con lui contrae) dell’ulteriore potere che gli è concesso”. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 199; GOMES, Manuel Januário. Op. cit., p. 35; MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 55; CERAMI, Vincenzo. Op. cit., p. 872; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 287-288; BARATA, Carlos Lacerda. Op. cit., p. 47; QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones...* cit., p. 185; GIANNATTASIO, Carlo. *Agente e figure affini: con speciale riguardo ad una forma marginale di agenzia e di mandato. Studi in onore di Francesco Messineo: per il suo XXXV anno d’insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1959. vol. 2, p. 339; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 43; ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 168-169; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil...* cit., p. 981; VIVANTE, Cesare. Op. cit., p. 616. Em sentido contrário, sustentando a tese pela qual o contrato de agência com outorga de poderes o transforma em contrato de mandato por se tornar uma obrigação do agente concluir contrato à conta e em nome do agenciado: SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 568 e 575-580; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 256; BASENGHI, Francesco et al. Op. cit., p. 354-355; DONNO, Eleonora. *Il contratto di agenzia. I contratti di intermediazione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, comissão, procacciamento d'affari, concessione di vendita, franchising, intermediazione finanziaria*. Padova: Cedam, 2009. p. 303.

cia e passará a ser o de representação, pois neste o dever de concluir contrato é principal.¹⁶¹

Tem muita importância, no que se refere ao inadimplemento do dever jurídico principal, tratar de modo distinto o contrato de agência com outorga de poderes ao agente, para atuar em nome do agenciado na conclusão de contratos, e o contrato de representação.

O agente ao qual foi outorgado poder para concluir contrato ao agenciado, ao não cumprir esse dever secundário, em regra, não dá causa a existência do inadimplemento.¹⁶² E.g., se o agente tem poderes para realizar o ato de promover a conclusão de negócios e o agenciado e o terceiro os concluem, há, por parte daquele, direito à retribuição, pois o contrato foi adimplido. Dá-se o contrário se o contrato é de representação. Se o representante não cumprir o seu dever jurídico principal de concluir contrato à conta e em nome do agenciado, não terá direito à remuneração, e estará, assim, caracterizado o inadimplemento.

É possível, contudo, conforme as circunstâncias do caso e os usos do tráfico, surgir uma situação em que o agente não possa deixar de concluir o contrato em nome do agenciado, por ser uma oportunidade rara e propícia a gerar grande lucro a este. Neste caso, não sendo cumprido tal dever secundário, terá o agente dado causa à existência de ato ilícito relativo, advindo ao agenciado o direito de ser indenizado por perdas e danos e de exercer, dependendo do grau do dano, a denúncia por justo motivo, com base no art. 35, *a*, da Lei 4.886/1965.¹⁶³ O fundamento da proposição consiste no fato de o agente dever atuar com diligência, conforme o art. 712 do CC/2002,¹⁶⁴ e cumprir com o dever lateral de proteção, advindo da boa-fé objetiva.

Portanto, mesmo se a outorga de poder não gerar a transfiguração do contrato de agência, tornando-se uma obrigação principal a possibilidade de o agente concluir contrato em nome do agenciado, ressalta, nessa situação, o fato de haver o aumento do grau de intensidade do vínculo fiduciário existente entre eles. Essa particularidade torna mais intensa a valoração de um inadimplemento pelo agente, para justificar a denúncia cheia do contrato pelo agenciado.¹⁶⁵

161. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 79, § 4.777, 1: "O representante de empresa tem de buscar as conclusões, com os atos de divulgação e de atração, que sejam necessários, tem de preparar as conclusões (como os agentes), mas, à diferença dos agentes, concluí-los".

162. QUITANS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones...* cit., p. 181.

163. Art. 35, *a*, da Lei 4.886/1965: "Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato".

164. Art. 712 do CC/2002: "O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente".

165. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 574; TRIONI, Guido. Op. cit., p. 256.

1.4.2.2 Dos limites objetivos da outorga de poder para que sejam concluídos negócios em nome do agenciado

Não sendo expressa a procuração ou não estando ela de maneira clara, como se deve, então, interpretá-la, a fim de revelar o conteúdo e a extensão dos poderes que foram concedidos ao agente?

Quando forem concedidos poderes ao agente, com o intuito de este realizar em nome do agenciado a conclusão de certos negócios, e a procuração não for expressa ou, sendo expressa, não estiver precisa, o intérprete deve realizar uma interpretação restritiva.¹⁶⁶ Tal linha de interpretação é decorrente da própria natureza jurídica da procuração, que, ao se tornar eficaz, gera ao procurador o direito formativo modificativo de alterar a situação jurídica na qual se encontra o patrimônio ou o estado pessoal do representado.¹⁶⁷ Do mesmo modo, deve o intérprete valer-se dos usos do tráfico. Faz-se mister, ainda, analisar as circunstâncias de tempo e espaço social em que passou a existir a procuração.¹⁶⁸

Mesmo sendo a procuração um negócio jurídico abstrato, o intérprete pode buscar a provável ligação entre ela e o contrato ao cumprimento para o qual foi concedida.¹⁶⁹ No caso do contrato de agência, só assim se compreenderá a extensão dos poderes gerais que foram outorgados para se concluir o contrato.

Portanto, quando há outorga de poderes ao agente para concluir contrato em nome do agenciado e em face de a procuração ter de ser interpretada de modo restritivo, não há de se depreender que o agente tenha poder de gestão para, e.g., realizar modificações de cláusulas contratuais, conceder descontos ou parcelar as prestações a serem pagas por parte do cliente ao agenciado.¹⁷⁰ Cumpre, pois, respeitar as instruções¹⁷¹ comunicadas por este, salvo a ocorrência de outorga

166. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 257, § 311, 9; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit., p. 147-148; QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones...* cit., p. 226.

167. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 247, § 311, 1.

168. Idem, p. 257, § 311, 9.

169. Idem, p. 268, § 314, 1: "O conteúdo e a extensão do poder de representação determinam-se segundo o termo do instrumento, ou segundo as circunstâncias do caso, tendo-se particularmente em vista o fim do poder de representação e, se poder *fundado* de representação, isto é, oriundo de alguma relação jurídica, a relação jurídica, subjacente ou sobrejacente, em que se baseia" (grifo do autor).

170. ACHILLI, Vito et al. Op. cit., p. 168; BALDASSARI, Augusto. Op. cit., p. 128-129; SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 572; MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência* cit., p. 55; REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial...* cit., p. 206; GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 86-87; QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones...* cit., p. 172 e 226; BALDI, Roberto. Op. cit., p. 42-43.

171. Sobre instruções, ver item 2.2.2, Parte II deste trabalho.

expressa de poderes. E.g., se houve outorga expressa de poder pelo agenciado, conforme a regra jurídica do art. 29 da Lei 4.886/1965,¹⁷² poderá o agente realizar os atos anteriormente elencados.

Mesmo tendo sido outorgados poderes ao agente para concluir contrato, ele segue obrigado a respeitar as instruções realizadas pelo agenciado. Pela maior interferência do agente na gestão dos interesses do agenciado, aumentam em intensidade a obrigação e a vinculação do agente às instruções.¹⁷³

O poder de representação outorgado, em regra, é geral para a conclusão do contrato que o agente tem o dever de promover. Contudo, o poder de representação pode estar limitado à conclusão de contrato que tenha somente determinado objeto mediato (e.g., camisas), ou contratos a serem pagos à vista, estando excluídos aqueles a prazo.¹⁷⁴ No caso de o agente concluir contrato em nome do agenciado, sem ter havido procuração para tanto, ocorre a gestão de negócios alheios sem outorga.¹⁷⁵ Para que o contrato concluído venha a ser eficaz perante o agenciado, salvo na hipótese de estar configurada a representação aparente, deve ser ratificada, pelo último, a proposta efetuada pelo agente para a conclusão do contrato, conforme o disposto no art. 873 do CC/2002.¹⁷⁶

1.4.2.3 O agente atuando em juízo ao agenciado e recebendo reclamações atinentes aos negócios promovidos junto aos clientes: análise do art. 30 da Lei 4.886/1965

O art. 30 da Lei 4.886/1965¹⁷⁷ é aplicável ao contrato de agência em razão do disposto no art. 721 do CC/2002.¹⁷⁸ Ele regra situações comezinhas no contrato de agência sobre a atuação do agente na proteção de interesses do agenciado, em juízo e perante os clientes, quanto às reclamações daqueles pelos negócios

172. Art. 29 da Lei 4.886/1965: "Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado".

173. SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Op. cit., p. 573.

174. GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 230, nota 2.

175. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 43, § 4.768, 3.

176. Art. 873 do CC/2002: "A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato".

177. Art. 30 da Lei 4.886/1965: "Para que o representante possa exercer a representação em Juízo, em nome do representado, requer-se mandato expresso. Incumbir-lhe-á porém, tomar conhecimento das reclamações atinentes aos negócios, transmitindo-as ao representado e sugerindo as providências acauteladoras do interesse deste. Parágrafo único. O representante, quanto aos atos que praticar, responde segundo as normas do contrato e, sendo este omissivo, na conformidade do direito comum".

178. REQUIÃO, Rubens Edmundo. Op. cit., p. 103.

por este promovidos. Essa disposição está eminentemente vinculada ao dever de diligência do agente, disposto no art. 712 do CC/2002.¹⁷⁹ Tem a finalidade de facilitar a elucidação do que se há de retirar do verbo “promover” ao contrato de agência. A atividade do agente, independentemente de lhe terem sido outorgados poderes para concluir negócios em nome do agenciado, não se exaure com a promoção da conclusão do contrato, ou seja, com a atividade pré-contratual de convidar o cliente e captar a sua proposta, mas prossegue durante a fase de execução e a fase pós-contratual, concluída pelo agenciado.¹⁸⁰

De plano deve-se deixar assentado não conferir o art. 30 da Lei 4.886/1965 poder de representação legal ao agente. Essa é a posição a ser adotada no direito brasileiro. Essa conclusão fica clara desde a leitura da primeira parte do art. 30 da Lei 4.886/1965, que trata da possibilidade de o agente atuar em juízo, à conta e em nome do agenciado. O agente somente será reconhecido como representante do agenciado à prática desses atos, se houver por parte do último a outorga de poder para esse fim. Para serem eficazes tais atos, a procuração deve ser expressa. O agente, se não for dotado de poderes ao ingresso da “ação”, mas, em razão do dever de diligência, entender ser necessário o ingresso de uma “ação” perante determinado juízo, a fim de evitar, por exemplo, a prescrição ou a decadência, ou para praticar ato de extrema urgência, pode propô-la em nome do outorgado. Para essas situações tem de atuar como um gestor de negócios alheios na forma do art. 861¹⁸¹ e seguintes do CC/2002.

Quanto às reclamações da clientela, a interpretação da segunda parte do art. 30 da Lei 4.886/1965 há de ser literal. Não há que se interpretar o dispositivo legal no sentido de retirar a existência de representação legal. O artigo citado preceitua ao agente o dever de informar sobre as reclamações da clientela e dar sugestões ao agenciado sobre as medidas acautelatórias necessárias tanto à satisfação como à proteção de seu crédito.¹⁸²

A legitimidade de o agente receber reclamações dos clientes deve-se principalmente por ter sido ele quem preparou, junto à clientela, os contratos concluídos pelo agenciado, gerando a confiança da primeira também em sua pessoa e

179. Idem, *ibidem*; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 282.

180. GHEZZI, Giorgio. Op. cit., p. 88; CAVANI, Giovanni. Op. cit., p. 130-131.

181. Art. 861 do CC/2002: “Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”.

182. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 49, § 4.769, 4: “Quanto às reclamações da clientela, tem o agente de transmitir imediatamente à empresa agenciada o que alega o cliente, ou o que alegam os clientes. Alguns juízes têm visto aí representação *ex lege* da empresa agenciada, o que é inadmissível”.

profissionalidade. Por isso, mesmo sem ter havido outorga de poder, a ele podem ser dirigidas reclamações por parte da clientela. Ademais, é de seu interesse que lhe sejam dirigidas, pois são a sua reputação e o seu prestígio que estão em jogo junto à clientela.¹⁸³ Por essas peculiaridades decorrentes do contato social estabelecido entre agente e clientela, não se pode deixar de reconhecer à última o direito de reclamar também perante o agente. Desse modo, a segunda parte do artigo supracitado reconhece a possibilidade de a ele serem endereçadas as reclamações dessa clientela.¹⁸⁴

O agente, por consectário do dispositivo legal, pode receber a reclamação do cliente, por exemplo, quanto ao vício redibitório de determinado bem que adquiriu junto ao agenciado. Contudo, não se pode considerar como interrompido um dos prazos ao exercício do direito formativo extintivo por vício redibitório, estabelecidos no art. 445 do CC/2002,¹⁸⁵ se a reclamação for dirigida ao agente, pois o mesmo não está dotado de poder para atuar em nome do agenciado. Somente se pode considerar interrompido o prazo preclusivo pela reclamação endereçada ao agente e por ele recebida, se a ele tiver sido outorgado poder para tanto, pelo agenciado,¹⁸⁶ ou se há a aparência de representação. O mesmo se passa quanto à interrupção ou não do prazo geral de prescrição estabelecido no art. 205 do CC/2002¹⁸⁷ para a hipótese de evicção. Assim como nas reclamações, deve ser esse o entendimento a ser aplicado às declarações relativas à execução do contrato, como, por exemplo, a referente ao exercício do direito formativo modificativo de escolha de obrigação alternativa.

183. Idem, p. 51-52, § 4.770, 3.

184. Idem, p. 49, § 4.769, 4: "O agente não representa. Mas foi ele quem preparou, ou, pelo menos, quem se incumbiu de preparar os negócios jurídicos. Daí poderem ser endereçadas a ele *reclamações* da clientela. Afirmou, por exemplo, qualidades que o bem não tinha ou que os bens não tinham. Por outro lado, porque foi ele quem preparou os negócios jurídicos, à empresa agenciada não poderia ser negado o *direito de reclamação* contra o agente (e.g., informou erradamente)" (grifos do autor).

185. Art. 445 do CC/2002: "O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de 30 (trinta) dias se a coisa for móvel, e de 1 (um) ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 1.º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de 1 (um) ano, para os imóveis. § 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria".

186. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 3. ed., 1984, t. XLIV, p. 82, § 4.777, 7; VIVANTE, Cesare. Op. cit., p. 616.

187. Art. 205 do CC/2002: "A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

Por tudo, não se pode aplicar ao direito pátrio, com base na legislação alienígena, e.g., o art. 1.745 do CC italiano, como o faz, por exemplo, Rubens Requião,¹⁸⁸ o entendimento de que o art. 30 da Lei 4.886/1965 atribui ao agente a representação legal. O precitado artigo do Código Civil italiano dá azo a esse entendimento, pois considera “válida” a declaração referente à execução do contrato concluído e a reclamação relativa ao inadimplemento contratual endereçada ao agente.¹⁸⁹

1.4.2.4 O agente falso procurador: teoria da aparência

No cumprimento de sua obrigação, o agente pode não estar provido de poderes para atuar em nome do agenciado e, por consectário, concluir atos jurídicos *lato sensu* em nome desse. Há ainda a hipótese de, mesmo tendo sido outorgados poderes ao agente, este atuar excedendo os limites que lhe foram conferidos. Àquele que atua sem poderes ou além dos limites dos poderes outorgados chama-se “falso procurador” (*falsus procurator*) ou “representante aparente”.¹⁹⁰

O Código Civil não tratou de modo específico do problema da representação aparente, em sua Parte Geral, na qual o instituto da representação é regrado em termos gerais, nem na Parte Especial. Por isso, quanto aos problemas ligados à falta de outorga de poderes no contrato de agência, deve o intérprete tomar por arrimo o modelo jurídico jurisdicional e o modelo hermenêutico doutrinário.¹⁹¹

No caso de ser configurada a atuação do agente com representação aparente, a primeira e mais tradicional posição é a que declara a ineficácia do ato jurídico *lato sensu*, concluído seja perante o agenciado, seja perante o terceiro e o agente.¹⁹² E.g., se ao agente não lhe são outorgados poderes para receber pagamento em nome do agenciado, nem tampouco dar quitação, o pagamento a ele realizado por determinado

188. REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial...* cit., p. 209-210.

189. Art. 1.745 do CC italiano: “Le dichiarazioni che riguardano l’ecuzione del contratto concluso per il tramite dell’agente e i reclami relativi alle inadempienze contrattuali sono valieamente fatti all’agente. L’agente può chiedere i provvedimenti cautelari nell’interesse del preponente e presentare i reclami che sono necessari per la conservazione dei diritti spettanti a quest’ultimo”.

190. CAVANI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 125.

191. O contrário passa-se no direito português, o qual, no art. 23 do Dec.-lei 178/1986, regra de modo específico a representação aparente no contrato de agência. “Art. 23.º (Representação aparente) 1 – O negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa-fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha contribuído para fundar a confiança do terceiro. 2 – À cobrança de créditos por agente não autorizado aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no número anterior”.

192. CAVANI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 125.

cliente e a quitação constituída são ineficazes, não podendo, por isso, serem declaradas a inexistência da dívida e a conseqüente sustação do protesto da duplicata.¹⁹³

Entretanto, em duas hipóteses pode o ato jurídico *lato sensu* praticado pelo representante aparente vir a ser eficaz perante o representado.

A primeira ocorre quando se dá a ratificação pelo agenciado, na forma do art. 873 do CC/2002, ao ato jurídico *lato sensu* praticado pelo agente sem poderes para tal. Ou seja, o ato praticado pelo agente, sem representação, é ineficaz perante o agenciado. Entretanto, advirá a eficácia do ato jurídico *lato sensu* no momento em que o agenciado efetuar a ratificação.¹⁹⁴

A segunda hipótese consiste na aplicação da teoria da aparência. Tal teoria advém de elaboração doutrinária e jurisprudencial, estando eminentemente estruturada, em suas bases, na tutela da confiança de terceiros de boa-fé.¹⁹⁵ Devido às circunstâncias que se apresentarem em determinado caso, certa pessoa, atuando à conta de outra, mesmo sem ter poder de representação, há de ser considerada como se o tivesse, pois há a aparência de lhe terem sido outorgados poderes. A confiança despertada no terceiro de boa-fé deve ser, aqui, por estas razões, protegida.¹⁹⁶

193. TJRS, ApCiv 70023686959, 10.ª Câm. Cív., j. 05.05.2008, rel. Paulo Roberto Lessa Franz: "Decisão monocrática. Apelação cível. Responsabilidade civil. Protesto de duplicata. Pagamento efetuado a representante comercial sem poderes para receber valores e dar quitação. Juízo de improcedência mantido. É cediço que o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito, segundo dispõe expressamente o art. 308 do CC/2002. Precedentes jurisprudenciais. Verificado que, no caso, o autor efetuou o pagamento de dívida ao representante comercial da empresa ré, o qual, de acordo com o contrato de representação comercial juntado aos autos, não estava autorizado a recebê-lo, tampouco a, em nome da credora, dar quitação regular, inviável o reconhecimento da validade do pagamento, mostrando-se hávida a duplicata sacada, assim como o protesto levado a efeito pela ré. Ação declaratória e cautelar de sustação de protesto improcedentes. Sentença mantida. Apelação improvida".

194. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 297, § 320, 4: "Se alguém atua como representante sem ter poder de representação, inclusive se recebe a manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento de outrem, o ato entra no mundo jurídico, pendendo a sua eficácia. Enquanto o representado não se manifesta, repelindo a representação, ou ratificando, o ato permanece no mundo jurídico, é ato jurídico em cujo suporte fático há a dúvida sobre representação sem poder de representação; donde ser, até que o representado se manifeste, ineficaz *contra* ele, sendo eficaz *contra* o outro figurante, pendentemente. Não se pode pensar em nulidade: tudo se passa no mundo fático, em que está o suporte fático do ato jurídico, e no plano da eficácia" (grifos do autor).

195. CAVANI, Giovanni. Op. cit., p. 126.

196. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., 4. ed., 1983, t. III, p. 255, § 311, 4.

Quatro elementos apresentam-se essenciais para que se possa considerar, tomando-se por base a teoria da aparência, ser o agente representante do agenciado: (a) não haver a outorga de poderes ou o exercício deles ter ido além do realmente outorgado; (b) ser contínua e reiterada a conduta do primeiro e ser esse comportamento usual no tráfico; (c) a ação ou omissão do agenciado de modo a aparentar que tenha outorgado poderes ao agente; (d) a boa-fé e a confiança do terceiro, o qual entrou em contato com o agente falso procurador.¹⁹⁷

Existindo esses quatro elementos, o ato praticado pelo agente é eficaz perante o agenciado, podendo o cliente afirmar o cumprimento de suas obrigações diante do agenciado e exigir a satisfação de seu crédito.¹⁹⁸ Assim, pela aplicação da teoria da aparência, e.g., se o agente, perante determinado cliente, agir como se estivesse instituído de poderes para atuar em nome do agenciado e este tiver sido omissivo em afastar o estado de boa-fé e a confiança legítima despertada no cliente pelo agente, devem então ser considerados eficazes o pagamento efetuado por esse cliente ao agente e a quitação fornecida pelo agente ao cliente.¹⁹⁹

Contudo, é necessário ter maior acuidade na perquirição dos três últimos requisitos à configuração da aparência para o reconhecimento da eficácia dos atos praticados pelo agente falso procurador.

197. GOMES, Orlando. *Aparência do direito. Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 120; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 2, p. 270; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit., p. 113-115; BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffré, 1998. p. 121-124.

198. GOMES, Orlando. *Aparência do direito... cit.*, p. 121.

199. TJRS, ApCiv 70017488297, 9.ª Câm. Civ., j. 11.04.2007, rel. Odone Sanguiné: "Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais. Pagamento realizado a representante comercial sem poderes para receber e dar quitação. Incidência da teoria da aparência. Pagamento eficaz. Inscrição em cadastro restritivo de crédito. Ausência de conduta ilícita. 1. Inexistência de débito. Teoria da aparência. Quanto ao pedido de declaração de inexistência do débito, não merece reparo a sentença, em que pese o esforço argumentativo da apelante, sustentando que a representante comercial da empresa não detinha poderes para receber o pagamento e dar quitação, porquanto incidente a teoria da aparência no caso concreto. 2. Aplicação da teoria da aparência como expressão do princípio da proteção à boa-fé de terceiros e da necessidade de imprimir maior segurança às relações jurídicas. Não são desprovidos de eficácia o recebimento e a quitação de pagamento realizado pelo devedor à representante comercial da credora, pela falta de poderes daquele para os atos, quando este representante se apresentava, perante o devedor, em todos os atos de interesse da empresa credora, como seu legítimo representante comercial. (...)"; TJRS, ApCiv 70015384209, 9.ª Câm. Civ., j. 06.09.2006, rel. Odone Sanguiné; TJRS, ApCiv 70011625787, 9.ª Câm. Civ., j. 28.09.2005, rel. Odone Sanguiné.

Em relação ao segundo requisito, observamos que o agente tem de atuar perante o terceiro de modo reiterado e dentro do que se tem por usual no tráfico, a ponto de imprimir neste terceiro a aparência de que era, de fato, representante.²⁰⁰ É necessário, portanto, que a prática desses atos seja realizada em consonância com os usos do tráfico no exercício de determinada atividade.²⁰¹ Há de ser uma conduta normal e corrente dentro do tráfico.

O terceiro requisito leva a ser necessária também uma ação ou omissão do agenciado, a ponto de permitir gerar no cliente de boa-fé a confiança legítima de que ele outorgou ao agente poderes para atuar em seu nome.²⁰² A conduta ou omissão do agenciado, considerada dentro das circunstâncias objetivas do caso, há de ser tal que contribua para que o cliente venha a confiar na existência da outorga de poderes ao agente.²⁰³ Deve-se observar se, por meio de uma conduta diligente, o agenciado poderia conhecer e impedir tal comportamento do agente. Se podia conhecer e impedir, e não o fez, está configurado o requisito à declaração da aparência de representação.²⁰⁴

Quanto ao quarto requisito, para que se possa declarar a existência de boa-fé (subjéctiva)²⁰⁵ a ponto de despertar a confiança legítima do cliente, não basta uma singela situação. É necessário que o erro seja realizado a ponto de não se poder, mediante diligência normal exigida no tráfico, desconfiar nem da inexistência nem da nulidade da procuração.²⁰⁶ Contudo, isso não gera ao cliente uma

-
200. GOMES, Orlando. Aparência do direito... cit., p. 121; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit., p. 114.
201. GOMES, Orlando. Aparência do direito... cit., p. 121: "Importa, por outras palavras, que o cumprimento desse ato seja normal em relação à atividade exercida pelo procurador, nessa qualidade. A boa-fé do terceiro precisa estar respaldada pela normalidade do ato, aferida pela prática da atividade profissional que exerce. Se é, por exemplo, um agente distribuidor e o comitente limita os poderes geralmente concedidos a tais profissionais, a prática de um ato proibido, mas geralmente aceito como próprio da atividade desses comerciantes não despertará em terceiros desconfiança, podendo, por sua normalidade, levá-lo a uma relação jurídica que, devido à *aparência*, deve produzir os seus efeitos sem embargo do excesso cometido pelo agente" (grifo do autor).
202. SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 251; TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 9; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Op. cit., p. 271; CAVANI, Giovanni. Op. cit., p. 126.
203. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit., p. 113.
204. MOTA PINTO, Carlos da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 551; WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão: parte geral*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1991. p. 192.
205. GOMES, Orlando. Aparência do direito... cit., p. 120: "(...) o elemento psicológico, ou a boa-fé, isto é, a ignorância, pelo terceiro, da realidade" (grifos do autor).
206. LARENZ, Karl. *Derecho civil...* cit., p. 823; GOMES, Orlando. Aparência do direito... cit., p. 120; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 251; BIANCA, C. Massimo. Op. cit., p. 122.

obrigação específica de verificar a existência ou não da procuração, bem como a sua extensão.²⁰⁷ A obrigação de declarar a existência e a extensão dos poderes concedidos é do próprio agente, conforme o disposto no art. 118 do CC/2002. Entretanto, o dever de averiguar a existência ou não da outorga de poderes ou da sua extensão é decorrente do dever de diligência das partes, quando do contato social. A confiança legítima não estará configurada se o cliente agir com malícia ou sem a devida diligência.²⁰⁸

Por isso, de acordo com os pressupostos analisados, não se pode considerar concretizada a teoria da aparência, e então se considerar eficaz o pagamento efetuado por um terceiro ao agente sem poderes para receber em nome do agenciado, quando tiver havido somente uma única intermediação do agente junto ao terceiro. A boa-fé e a confiança necessitam, para que se possa falar em existência da aparência de representação, pelo menos, da reiteração de condutas.²⁰⁹ Ademais, a exceção no contrato de agência é a outorga de poderes para concluir contrato, tanto mais para receber pagamento. Igualmente, outro caso a afastar a teoria da aparência ocorre quando o agente, dentro das circunstâncias apresentadas no caso, de modo algum poderia ter sido considerado como legitimado a receber pagamentos de títulos que costumeiramente o cliente realizava por intermédio de boleto bancário, uma vez que nem mesmo tinha recibos em seu poder para fornecer ao cliente.²¹⁰

207. SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 251.

208. TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 9-10.

209. TJRS, ApCiv 70006923320, 10.^a Câm. Civ., j. 11.11.2004, rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira: "Ação ordinária de anulação de título. Ação de sustação de protesto. Duplicata. Compra e venda de madeira. Prova do pagamento. Pessoa que se apresenta como representante da vendedora e passa recibo no valor relativo à compra. Presunção de boa-fé. Sendo precária a prova do pagamento, demonstrando-se que a pessoa que se anunciou como representante comercial da ré em uma única operação não detinha os necessários poderes de dar quitação, cumpre à autora, presumidamente de boa-fé, acionar em demanda própria aquele que embolsou os valores alegadamente alcançados, e de forma indevida. Sentença mantida. Apelo desprovido".

210. TJRS, ApCiv 70006764906, 16.^a Câm. Civ., j. 11.02.2004, rel. Ana Beatriz Iser: "Apelação cível. Embargos de devedor. Pagamento feito ao representante comercial da exequente. Tendo o representante comercial da empresa exequente declarado que recebera os valores da embargante como empréstimo pessoal, não há que se considerar quitadas as duplicatas postas em execução. Ademais, o representante comercial não detinha poderes para receber pagamentos de títulos que costumeiramente a embargante realizava através de bloquitos bancários. Sequer recibos tinha o representante para fornecer, circunstância que deveria levar a embargante a presumir falta de poderes para receber pagamentos. O recebimento dos valores foi lançado nos próprios pedidos de fornecimento de mercadorias feitos pela embargante. O mesmo agir teve o representante com outra empresa cujos embargos foram julgados improcedentes. Recurso de apelação improvido".

