

**Alfredo de Assis
Gonçalves Neto**

DIREITO DE EMPRESA

Comentários aos artigos 966
a 1.195 do Código Civil

4.^a edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Capítulo III DOS PREPOSTOS

Seção I Disposições gerais

Art. 1.169. O preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas.

COMENTÁRIOS

700. A figura do preposto

O empresário, desenvolvendo atividade econômica organizada, necessita de colaboradores ou auxiliares, a ele subordinados hierarquicamente (dependentes), ou não (independentes). Os primeiros são os que têm vínculo funcional com a empresa, isto é, os que fazem parte da engrenagem empresarial; os outros são os chamados autônomos, por exercerem eles próprios sua atividade econômica e se qualificarem, também, como empresários.

Como ensina RUBENS REQUIÃO, “os auxiliares dependentes são os que prestam serviços à empresa sob a condição de assalariados, subordinados hierarquicamente ao empresário, trabalhando internamente (auxiliares dependentes internos), ou externamente, percorrendo a clientela (auxiliares dependentes externos), ao passo que os auxiliares independentes não se subordinam hierarquicamente ao empresário, colaborando apenas em suas relações externas. Sua atividade é considerada autônoma em relação à empresa, não estando, por isso, sujeita à disciplina hierárquica” (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 103, p. 172).

Dos auxiliares dependentes trata o Capítulo agora abordado, encimado com o título de “Prepostos”. Na justificativa de SYLVIO MARCONDES para sua inclusão no texto do anteprojeto que, em linguagem atual, importou as antigas regras do Código Comercial oitocentista, “os prepostos precisam de um tratamento próprio, pois não se trata apenas de contrato de trabalho,

o que estaria bem na Consolidação das Leis do Trabalho, ou de contrato de mandato, situado no Livro do Direito das Obrigações. Mas é contrato misto, e, portanto, sujeito a regras peculiares” (*Questões de direito mercantil – Direito mercantil e atividade negocial no projeto do código civil*, n. 16, p. 24).

Não se trata, porém, de contrato misto de trabalho e de mandato, porquanto, de um lado, o mandato não é da essência da preposição, existindo somente para o exercício de certas funções; de outro lado, todo contrato de trabalho envolve representação, já que o empregado ou preposto sempre é, no exercício de suas funções, a *longa manus* do empregador ou preponente (no caso, empresário). Essa conclusão decorre não só dos dispositivos do Código Comercial, ora revogados, que se referiam a “feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos” para designar todos os auxiliares dependentes do empresário (arts. 74 a 76), inclusive para a responsabilização do preponente e para a despedida por justa causa (arts. 81 a 85), como, também, das regras do Código Civil atual, mais claramente das que atribuem ao preponente (i) vinculação aos atos que seus prepostos praticarem no exercício de suas funções e (ii) responsabilidade por quaisquer dos atos por eles praticados no estabelecimento empresarial, independentemente da verificação da existência de mandato (arts. 1.177 e 1.178). Aliás, seria absurdo dizer que o preposto vincula e responsabiliza o preponente pelos atos que pratica na sua função, mas o empregado (?), não.

Embora o Código Civil não tenha definido a figura do preposto, ela é tecnicamente considerada como sinônimo de *trabalhador assalariado*, isto é, de *empregado*. De fato, sempre com essa conotação, o vocábulo figurou em diversas passagens do nosso Código Comercial, que traçaram os primeiros contornos do atual contrato de trabalho, e a maioria da doutrina autorizada, tanto antiga (por todos, CARVALHO DE MENDONÇA; *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 2, n. 451-453, p. 433-439, e BENTO DE FARIA, *Direito comercial*, n. 126, p. 602-603), como recente (VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Manual de direito comercial*, p. 87; WALDIRIO BULGARELLI, *Direito comercial I*, p. 136), a ele se referiu e se refere com esse significado. (Contra, seguindo a opinião de SYLVIO MARCONDES, HERNANI ESTRELLA, *Curso de direito comercial*, n. 118, p. 230-231.)

Lembra SERPA LOPES que “no regime colonial, preponderava a escravidão, ou o trabalho escravo, só abolido em 13 de maio de 1888. Todavia, sobrevinda a nossa emancipação política, cogitou-se de legislar sobre a relação de trabalho, em razão do que surgiram as primeiras leis, iniciadas com a de 1830, e seguida de uma outra de 1837. Com o advento do Código Comercial de 1850, o mesmo regulou o contrato de preposição mercantil” – ou seja, a relação de emprego entre o comerciante e seus auxiliares, que agiam sob suas ordens e orientação. Só mais tarde, em virtude de diversas leis esparsas em torno da regulamentação do trabalho, adveio a necessidade de sua consolidação, que ocorreu em 1.º de maio de 1943, pelo Dec.-lei 5.452 (*Curso de direito civil*, v. 4, n. 416, p. 106).

Interessante observar que, enquanto há quem sustente que a preposição é contrato de trabalho com mandato, o termo “preposto” tem recebido na doutrina e jurisprudência do processo do trabalho um conceito mais aberto, algumas vezes sendo equiparado ao representante que o empregador designa para em seu nome comparecer a audiências, ainda que não ostente a condição de seu empregado. Com esse mesmo sentido o termo tem sido utilizado na representação do empresário ou fornecedor perante os juizados especiais de pequenas causas. Apesar de já ter abordado a questão, para os propósitos destes comentários, ela não apresenta grande relevo porque o que aqui interessa não é a natureza do

vínculo que se estabelece entre o empresário e o preposto, mas a *função técnica* que este, como alguém subordinado ao empresário, desempenha na empresa, e as consequências jurídicas que daí decorrem.

Sob essa perspectiva, preposto é aquele que se apresenta, que se antepõe (ou se prepõe, mais precisamente) ao preponente, em caráter não eventual (como se extrai das disposições dos arts. 1.169 a 1.171), no trato com terceiros e no desempenho das atividades da empresa. Ao contrário dos auxiliares independentes – isto é, do corretor, do leiloeiro, do trapicheiro etc. –, o preposto integra a empresa sob a ótica funcional. Aqueles são reputados auxiliares independentes porque não fazem parte da estrutura organizacional do empresário; no exercício de suas atividades, referidos colaboradores do empresário, não integrando sua atividade, têm as suas próprias e, com isso, criam e mantêm suas respectivas empresas. São também empresários, individuais ou coletivos, e não se reputam prepostos. Calha lembrar a crítica de WALDIRIO BULGARELLI, para quem esses colaboradores “são impropriamente classificados como agentes auxiliares do comércio, posto que são considerados como comerciantes, já que exercem suas atividades sob o próprio nome” (*Direito comercial I*, p. 135).

A preposição supõe, portanto, trabalho do preposto na estrutura da empresa, subordinado à coordenação e direção do empresário ou preponente, dentro ou fora do estabelecimento, integrando sua organização. Nessa concepção, não é heresia dizer que, nos tempos atuais, submete-se à disciplina do preposto, regulada pelo Código, a pessoa jurídica que exerce atividade terceirizada, contanto que possa ser reputada integrante de uma estrutura empresarial e se subordine hierárquica e harmonicamente, em caráter permanente, às ordens e orientações do empresário. Nesse caso, não caberia falar, obviamente, em vínculo trabalhista, que exige a presença de pessoa natural como preposto (art. 3.º da CLT).

Mas não é o contrato de preposição que interessa ao direito da empresa, e sim, como visto, a função que desempenha o preposto no desenvolvimento da atividade empresarial e as consequências jurídicas que decorrem do seu

exercício. Está ínsita, no vocábulo, a ideia de representação.

Não é a preposição, porém, só representação, nem é mandato, embora este último possa existir para determinadas atuações do preposto, como se verá no curso dos comentários a este Capítulo. Difere dessas figuras porque a representação, na preposição, decorre da função exercida pelo preposto e porque o mandato não se coloca no desempenho das funções internas do preposto e sua eventualidade contrasta com o caráter permanente da preposição.

Lembrando o exemplo de RUBENS REQUIÃO (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 104, p. 172), quando se atribui a um auxiliar dependente a função de balconista, interessa ao direito saber que no exercício dessa função, que é a de vender a mercadoria e receber o preço, essa pessoa comporta-se como se fora o próprio empresário. Já se o preposto é um gerente de vendas, é preciso definir os poderes que lhe são atribuídos ou que decorrem, normalmente, do exercício dessa função. Por igual, se há vários prepostos no mesmo estabelecimento ou fora dele, é preciso que se analisem as respectivas atribuições para a definição dos limites de suas atuações e de suas responsabilidades perante o preponente e terceiros.

É esse o viés que interessa ao direito da empresa, pouco importando o vínculo jurídico que o preposto possa ter com o preponente: todo auxiliar permanente do empresário que não for independente, que não possuir seu próprio negócio ou que não atuar por conta própria, é preposto para fins de aplicação das regras dos arts. 1.169 e seguintes do Código Civil.

O Código italiano, diferentemente do nosso, regulou detalhadamente e sob diversos ângulos os prepostos e o próprio contrato de preposição, tratando do modo de contratar, dos direitos e obrigações das partes, do trabalho extraordinário, dos períodos de repouso, da previdência e da assistência etc. (arts. 2.094 a 2.134).

701. A organização do trabalho na empresa

O exercício organizado da atividade econômica para a circulação de bens ou de serviços impõe ao empresário a necessidade de organizar

os fatores de produção (natureza, capital e trabalho). Isso nada mais é do que estruturar sua empresa. Interessa, na leitura que aqui está sendo feita do Código Civil, a organização do pessoal recrutado pelo empresário para auxiliá-lo no desenvolvimento daquela atividade. Ao montar essa engrenagem laboral, o empresário distribui tarefas, estabelece hierarquias, fixa normas de conduta para otimizar seu empreendimento; sendo o dono do negócio, seu dirigente ou instituidor, tem o poder de administrar o feixe de relações de trabalho que sua organização exige para funcionar adequadamente. “Os empregados, geralmente, sobretudo nas empresas mais dimensionadas, são organizados em quadro funcional. A hierarquia desdobra-se, então, em planos, e os colocados em escalas inferiores devem obediência aos situados nos postos superiores, dentro, é evidente, das especificações técnicas dos cargos” (RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 1, n. 106, p. 174).

O poder regulamentar do empresário decorre do comando do negócio; seu fundamento é institucional, pois é a realização dos fins da empresa que determina a necessidade de funções diretivas, regulamentares e disciplinares em graus hierárquicos. É assim que se dá o êxito do empreendimento, razão de ser da própria organização.

A doutrina diverge quanto ao fundamento do poder que o empresário possui na direção da empresa: se é contratual, institucional ou decorrente do direito de propriedade. (Sobre as teorias que tentam justificar o fundamento do poder de o empresário legislar sobre a conduta dos seus prepostos, de dirigir e disciplinar o trabalho em sua empresa, EMILIO GONÇALVES, *O poder regulamentar do empregador*, p. 22-23.)

O art. 2.086 do Código Civil italiano de 1942, em tom que retratava a mentalidade fascista de sua época, estatuiu – o que continua sendo verdade para os dias atuais – que “o empresário é o chefe da empresa e dele dependem hierarquicamente os seus colaboradores”.

O regulamento da empresa pode ser baixado pelo empresário singular, em ato escrito ou por ordens verbais, pela empresa individual de responsabilidade limitada ou pela sociedade empresária, observada, nessas duas últimas alternativas, a competência administrativa e ou-

tras exigências previstas em seu ato constitutivo, contrato ou estatuto social. Se não há normas peculiares, vale a prática mercantil; para situações constantes do preponente e de seus prepostos no trato diário, seja internamente, seja externamente, perante terceiros, fornecedores e clientes, para determinar as regras disciplinadoras do pessoal na empresa.

Independentemente do que dispuser o regulamento da empresa, o Código Civil, de um lado, prevê algumas regras de conduta dos prepostos quanto à sua atuação pessoal, definindo como se dá sua substituição (art. 1.169) e quanto à possibilidade de agir em nome do preponente, “presentando-o” nas suas relações empresariais com terceiros (arts. 1.170, 1.171, 1.173, 1.174, 1.176 e 1.178, parágrafo único); de outro lado, fixa as responsabilidades, assim do preposto, como do empresário, derivadas dessas previsões (arts. 1.170, 1.175, 1.177, parágrafo único, e 1.178).

702. A substituição do preposto em suas funções

Dispunha o art. 85 do Código Comercial que “os prepostos não podem delegar a outrem, sem autorização por escrito dos preponentes, quaisquer ordens ou encargos que deles tenham recebido, pena de responderem diretamente pelos atos dos substitutos e pelas obrigações por eles contraídas”. Essa é a origem da *pessoalidade* do vínculo funcional, que se transpôs para o direito do trabalho e que vem reproduzida no artigo que é objeto destes comentários.

A obrigação do preposto é realizar pessoalmente as tarefas que lhe são cometidas pelo empresário (ou por quem suas vezes fizer), inerentes às atribuições do seu cargo. Se não agir pessoalmente, colocando outra pessoa em seu lugar, pode sofrer sanção disciplinar, segundo as regras da legislação trabalhista, assumindo, ainda, inteira responsabilidade pelos atos que forem praticados por quem o substituir.

Para que não haja essa responsabilidade é necessário que o preposto tenha autorização escrita do preponente ou de pessoa por ele incumbida de administrar o respectivo setor de trabalho na empresa. Se a autorização for genérica, pode o preposto escolher seu substituto, mas tal

escolha há de ser feita entre os que pertencem ao quadro de pessoal da empresa porque não se presume possa o preposto dar a um estranho acesso livre às dependências do estabelecimento em que labuta. É importante, por isso, que o empresário, ao conferir uma autorização de substituição, detalhe o quanto possível quem pode substituir, o que ao substituto é permitido fazer, o período de validade dessa autorização e assim por diante.

Munido de autorização escrita, o preposto, respeitados os limites em que for conferida, não responde pessoalmente pelos atos daquele que o substituir. Se a função compreender o relacionamento com terceiros, não responde o preposto, também, pelas obrigações que seu substituto nessa qualidade contrair, eis que a pena de sua responsabilização pessoal só incide se não houver a autorização (como se extrai da interpretação que resulta de leitura inversa do art. 1.169 aqui comentado); já o empresário por essas obrigações fica vinculado, como ficaria se tivessem sido assumidas pelo preposto substituído.

A alforria, que a lei dá ao preposto, quanto a atos do seu substituto devidamente autorizado pelo empresário a substituí-lo, não pode ser afastada por ajuste em contrário. Ou seja, não é possível ao preponente autorizar seu preposto a se fazer substituir por alguém e estabelecer, ao mesmo tempo, que o autorizado fique responsável pelos atos que o substituto praticar.

O substituto deve agir nos estritos limites da autorização concedida. Se obrar com excesso, vincula o empresário pelos seus atos. Se desses atos resultar algum prejuízo ao empresário, ele os suportará e poderá voltar-se regressivamente contra o substituto do preposto, mas não contra este, ainda que lhe tenha franqueado a escolha.

Por igual, não responde o preposto pelo despreparo do indicado para o exercício de suas funções ou por qualquer negligência, imprudência ou imperícia que cometa no exercício dessa substituição.

Não custa rematar observando que o substituto do preposto, enquanto estiver realizando as tarefas em seu lugar, é também um preposto, em tudo equiparado ao substituído, com a mesma função e a mesma representação na estrutura da empresa.

Art. 1.170. O preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.

COMENTÁRIOS

703. Negociação por conta própria ou de terceiro

O enunciado contido na primeira parte deste artigo, se interpretado literalmente, conduz ao absurdo. De fato, nele se lê, numa oração completa e que se basta por si, que o preposto precisa de autorização escrita do preponente para negociar por conta própria ou de terceiro, seja qual for a atividade a que se queira dedicar. Ora, negociar por conta própria significa exercer uma atividade econômica autônoma; negociar por conta de terceiro é prestar serviços ao empreendimento desenvolvido por outrem. Isso seria exigir do preposto que sempre obtivesse autorização do preponente para preencher seu tempo ocioso com qualquer outro ofício, como decorrência do caráter de dependência e subordinação do contrato mantido com o empresário, na linha do brocardo “a ninguém é dado servir a dois senhores”.

A regra, ao que parece, teve inspiração no art. 84, n. 4, do Código Comercial brasileiro, que previa, como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, a realização de negócios, por conta própria ou alheia, sem permissão do preponente – norma que retratava a realidade da época e que restou revogada pelas disposições que vieram a compor o direito do trabalho e a regular, sob outras bases, a relação de emprego.

Não há, porém, um retorno ao passado. Se o preposto exerce sua função na empresa a contento do empresário, é intuitivo que não pode ser cerceado em sua liberdade de fazer o que bem entender quando não estiver no cumprimento dessa obrigação, contanto que sua atuação não prejudique, de algum modo, a atividade exercida pelo seu preponente. Quem dedica, v.g., quatro horas diárias de trabalho para um empresário, pode dispor de parte do seu dia para trabalhar em proveito de outro ou exercer uma atividade autônoma, sem que necessite pedir autorização para tanto, porque isso tem a ver com o direito

à liberdade e, mais precisamente, à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas, apenas, as qualificações profissionais que a lei estabelecer (CF, art. 5.º, *caput*, e XIII).

À luz desses preceitos constitucionais forçoso é concluir que a interpretação a ser dada à vedação de o preposto negociar por conta própria ou de terceiro, sem autorização expressa do preponente, tem de se amoldar a eles e buscar uma compreensão mais restrita que aquela pelo texto sugerida. É preciso compreender o dispositivo em análise pela conjugação dos diversos comandos que encerra.

Nesse propósito, verifica-se que, dentre as sanções resultantes da *infração* à regra pelo preposto, há a de o preponente reter os lucros da operação (art. 1.170, parte final). Apesar de não vislumbrar hipótese em que essa retenção de lucros possa ter lugar (n. 707 *infra*), entendo que é possível considerar tal referência como indicativa do uso da estrutura empresarial do preponente para a atuação do preposto. A alusão à faculdade de retenção de lucros pelo preponente sugere essa compreensão. Nessa primeira concepção, tem-se, então, uma proibição genérica de o preposto negociar por conta própria ou de terceiro, utilizando-se da estrutura da empresa do seu preponente.

Não é só, porém. A segunda parte do artigo sob exame vincula a vedação à natureza da atividade exercida – o que significa que não pode o preposto exercer, autonomamente ou para outro empresário, atividade que se enquadre no mesmo gênero de negócio desenvolvido pelo seu preponente. Para o exercício de outra atividade, de natureza diversa, o preposto prescinde de autorização, contanto que disponha de tempo para exercê-la.

Resta concluir, portanto, que será imprescindível essa autorização quando o contrato de proposição estabelecer exclusividade ou dedica-

ção exclusiva do preposto. Nesse caso, porém, o fundamento da exigência está na existência de tal disposição contratual que presuntivamente revela-se incompatível com qualquer atuação fora do ambiente da empresa.

704. Cláusula de não concorrência

O que o preceito encerra é, em resumo, um *dever de fidelidade* do preposto para com o preponente, que consiste em se abster de atuar utilizando-se da estrutura ou dos conhecimentos que adquiriu na prestação dos serviços decorrentes do contrato de preposição, seja como autônomo, seja como auxiliar de terceiro, por si ou por interposta pessoa (indiretamente), mesmo em caráter eventual.

Em outras palavras, não pode o preposto exercer concorrência nem prestar informações a concorrentes, aproveitando-se do que lhe proporciona a empresa a que pertence, da técnica ou dos conhecimentos adquiridos no exercício da preposição. É o que está mais detalhadamente preceituado no art. 2.105 do Código Civil italiano de 1942: “O prestador de serviços não deve tratar de negócios, por conta própria ou de terceiros, em concorrência com o empresário, nem divulgar notícias atinentes à organização e aos métodos de produção da empresa, ou disso fazer uso de modo a poder trazer-lhe prejuízos”.

Com esse escopo, não havia nenhuma previsão expressa no direito anterior, eis que, já então – como salientado há pouco –, não vigorava o art. 84 do Código Comercial, que previa o atuar em outro ofício como justa causa para a rescisão do contrato laboral.

A ausência de um dispositivo impondo vedação à concorrência ou exigindo sigilo do preposto relativamente à atividade exercida pelo preponente, não impedia, entretanto, que, na égide do sistema anterior, fosse a mesma pactuada em contrato, mediante cláusula expressa, como ensinavam os juslaboralistas: “É exigível a abstenção de concorrência pelo empregado ou para empregador concorrente, assim como comunicação de segredos da empresa” (VALENTIN CARRION, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, p. 37). A regra, agora, passa a ser inversa: nada sendo ajustado no contrato de preposição, há vedação à concorrência e à transmissão de informações.

705. Não concorrência após o término da preposição

Questão interessante está em saber se a vedação vigora após o rompimento do vínculo de preposição. Como observei noutra oportunidade, não há “no sistema jurídico brasileiro, nenhuma disposição que restrinja a liberdade de concorrência ao empregador, por parte do empregado que se desliga da empresa. Mas é possível que se estabeleça, no momento da celebração do contrato de trabalho, ou por ocasião do seu distrato, uma cláusula proibindo o empregado de exercer a mesma atividade que desenvolvia na empresa da qual foi despedido, fixando-se um razoável período de vigência e a área da proibição, que deve corresponder àquela da clientela do empregador” (*Manual de direito comercial*, n. 110, p. 254).

Pela lei italiana, o pacto de não concorrência após o término da relação de emprego será nulo se não for celebrado por escrito, se não se fixar uma contraprestação ou compensação para o empregado e se não houver limitação da atividade (i) no tempo (no máximo de cinco anos para preposto que exerceu funções de direção e de três anos nos demais casos) e (ii) em uma determinada região (CCi, art. 2.125).

À falta de estipulação contratual, o preposto que deixa de prestar serviços a uma determinada empresa fica liberado, em princípio, para atuar no mesmo ramo de atividade, seja por conta própria, seja em proveito de terceiro, desde que sua colaboração com o preponente tenha sido para o desenvolvimento de uma atividade que não necessitava de qualificação ou conhecimento peculiar, nem acesso a dados e técnicas confidenciais. Quando isso ocorre, havia e continua havendo proibição por caracterizar-se o crime previsto no art. 195, XI, do Código de Propriedade Industrial, que apena com detenção ou multa quem “divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato”. A *infração penal* configura ilicitude que sujeita o ofensor a responder, civilmente, pelo pagamento

de indenização pelos prejuízos sofridos pelo empresário ao qual prestou os seus serviços.

706. Forma e conteúdo da autorização

A autorização do preponente tem de ser expressa. No entanto, não precisa ser escrita, desde que resulte de manifestação inequívoca de sua vontade, mesmo verbal, ou que seja externada por qualquer outro meio, inclusive eletrônico. É recomendável, contudo, que o preposto tome as cautelas adequadas para, se necessário, ter como provar que recebeu dita autorização.

Uma autorização genérica basta e permite ao preposto exercer qualquer atividade paralela, mesmo concorrente, porque, afinal, é precisamente para isso que a permissão é exigida. Para evitar dúvidas, é conveniente, porém, que essa autorização discrimine o negócio autorizado em seus pormenores, cuidando, inclusive, se for o caso, de declinar a pessoa do empresário a quem seu preposto irá auxiliar, de fixar prazo de validade, de delimitar uma área de atuação etc.

Uma vez concedida a autorização, não me parece possível sua revogação. É que não se trata de um ato de tolerância, mas uma declaração unilateral de vontade que cria para o destinatário um direito subjetivo. Trata-se, em verdade, de uma cláusula que se insere no contrato de preposição, conferindo ao preposto o direito de atuar no que não lhe seria permitido. Portanto, se a revogação ocorrer, o preposto pode ignorá-la e, se a acatar, reivindicar indenização pelos prejuízos que sofrer em virtude dela, mesmo após o término da relação de emprego. Por isso é que, se houver circunstâncias que o justifiquem, deve a autorização fixar prazo para a atuação do preposto fora do seu ofício na empresa, findo o qual, há de obter uma nova para continuar desenvolvendo a atividade paralela. Haverá, aí, um novo ajuste.

707. Reparação de prejuízos e retenção dos lucros da operação

O descumprimento da regra, ou seja, a negociação por conta própria ou de terceiro sem autorização do preponente, em caráter permanente ou eventual, gera para o preposto a obrigação de indenizar. Essa indenização consiste nos prejuízos que o preponente tenha sofrido em virtude dos negócios assim realizados, calculados sobre

o que perdeu e o que deixou de lucrar por não realizá-los.

Além disso, se ficar provado o desvio de clientela, pode a indenização abranger o montante dos resultados disso auferidos pelo preposto ou pelo terceiro, bem como os lucros que deixarão de ser auferidos por um período razoável de tempo com a redução do movimento empresarial que os clientes perdidos propiciavam ao preponente.

Quando o preposto passa a atuar como colaborador de terceiro, a responsabilidade deste último só se torna efetiva se ficar provado que tinha ciência do vínculo de preposição anterior e da falta de autorização para o preposto prestar-lhe os serviços.

Prevê o Código Civil, ainda, como sanção pelo descumprimento da norma em exame, a retenção, pelo preponente, dos lucros da operação. Como adiantei, não vejo como concretizar-se essa pena. É que, se o preposto age por conta própria ou de terceiro, a operação não passa pelas mãos do preponente que, por isso, não tem como reter resultado algum que dela decorra.

Ao que parece, o legislador de 2002 inspirou-se na restrição à liberdade de comércio prevista para o sócio de indústria a quem era proibido “empregar-se em operação alguma comercial estranha à sociedade; pena de ser privado dos lucros daquela e excluído desta” (CCom, art. 317). Essa norma, que está reproduzida no art. 1.006 do Código Civil, tem, todavia, fundamento diverso, porque decorre do dever de colaboração, inerente à qualidade de sócio, e se refere aos lucros *da sociedade* de que esse sócio participa e não *das atividades* que tenha exercido fora do ambiente societário.

A solução, então, será o preponente socorrer-se do Poder Judiciário para apreender os valores da operação, mas, ainda assim, enfrentando a dificuldade de definir, *a priori*, o que deve ser objeto de apreensão, já que a retenção é, apenas, dos lucros – isto é, dos resultados (receita menos despesas) – da operação realizada com infringência do disposto neste artigo.

Mais difícil será a apreensão quando se tratar não de uma única operação, porém de uma atividade exercida pelo preposto, porquanto a fungibilidade dos valores provenientes das operações não autorizadas mistura-se com os re-

cursos que podem estar destinados a suportá-la ao longo do seu exercício, como os decorrentes das dívidas para com terceiros, dentre eles os fornecedores, o fisco, os trabalhadores e a previdência social. A apreensão de que se cuida não se pode dar, em nenhuma hipótese, a custa do numerário destinado ao pagamento de credores.

De qualquer modo, quando o preposto estiver a serviço de terceiro, não me parece cabível a apreensão porque haveria, aí, ingerência em patrimônio de quem não participa da relação de preposição, salvo prova inconcussa de que o terceiro teria agido dolosamente ao contratar

o preposto com o propósito de se apropriar das técnicas de comercialização e da clientela de seu concorrente.

Pode acontecer que o preposto constitua sociedade para o exercício de atividade concorrente. Ainda assim não há como admitir a possibilidade de retenção de lucros pelo preponente, pois ele, certamente, não participa da relação societária constituída. E essa sociedade, em princípio, é pessoa distinta da de seus sócios (dentre eles o referido preposto), salvo provando-se – já que não há como presumir – que foi criada como instrumento para o agir não permitido dele.

Art. 1.171. Considera-se perfeita a entrega de papéis, bens ou valores ao preposto, encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação.

COMENTÁRIOS

708. Preposto com representação

Esta disposição tem sua fonte no art. 76 do Código Comercial, que dizia: “Sempre que algum comerciante encarregar um feitor, caixeiro ou outro qualquer preposto do recebimento de fazendas compradas, ou que por qualquer outro título devam entrar em seu poder, e o feitor, caixeiro ou preposto as receber sem objeção ou protesto, a entrega será tida por boa, sem ser admitida ao preponente reclamação alguma; salvo as que podem ter lugar nos casos prevenidos nos arts. 211, 616 e 618” (que previam prazo para reclamação).

Aquele empresário que tratava diretamente com seu cliente é figura do passado; praticamente já não mais é encontrado. A negociação em massa impossibilita que ele esteja em vários lugares ao mesmo tempo. Por isso, é necessário que possua uma estrutura de pessoal para desenvolver sua atividade, emergindo daí a tantas vezes referida *empresa*, sob seu prisma laboral.

O preposto integra o conjunto do pessoal recrutado para o exercício da empresa. Pertence ao fator *trabalho* nessa organização. Na distribuição de tarefas para atuação harmônica de todos os auxiliares do empresário em busca dos fins econômicos por ele visados, há prepostos

que exercem funções internas, como o que opera com máquinas, e outros com funções externas; esses últimos tanto podem atuar no próprio estabelecimento do empresário (dependentes internos), como se dá com o balconista, quanto fora dele (dependentes externos), como ocorre com os viajantes ou praticistas, que percorrem a clientela e os fornecedores, expandindo e facilitando os negócios que são objeto do empreendimento.

Cada qual deles, em diversos graus, possui uma espécie de representação do empresário, (i) seja por expressa manifestação de sua vontade, por mandato escrito ou verbal, (ii) seja por resultar da própria função exercida. Os que não possuem contato com o público prescindem de mandato, mas também agem como extensão do empresário no desempenho de serviços internos na engrenagem empresarial (produção, empacotamento, limpeza e assim por diante).

Já os que mantêm contato com terceiros, ora possuem mandato, escrito ou verbal, para o exercício dessa representação no trato decorrente de suas funções, ora não o possuem, resultando a representação da função que exercem ou que estrategicamente ocupam no estabelecimento do empresário.

Assim, numa casa de calçados, o atendente é a manifestação da figura do empresário para fazer o primeiro contato com o cliente, apresentar os produtos, explicar as condições de venda, negociar prazos e descontos até certos limites e concluir a operação com a extração da respectiva nota de venda; o caixa faz as vezes do preponente como encarregado de receber o preço conforme instruções; num patamar mais alto está o gerente, que retrata o empresário na chefia da loja e nas decisões que toma a respeito de situações menos corriqueiras, como abatimentos maiores para determinadas vendas ou para certos clientes, financiamentos diferenciados etc. Fora desse estabelecimento também podem estar atuando outros prepostos, fazendo entregas, colhendo recibos, recebendo valores de clientes ou encomendas e assim por diante.

Os prepostos que trabalham no estabelecimento se presumem encarregados das tarefas que ali realizam, independentemente de qualquer autorização por escrito (CC, art. 1.178); os que exercem atividades externas, necessitam de poderes discriminados em instrumento escrito para agir em nome do empresário (CC, art. 1.178, parágrafo único) e vinculá-lo validamente às relações jurídicas que em seu nome ajustarem.

O art. 1.171, sob análise, deve ser compreendido nesse contexto: papéis, bens ou valores, em suma, tudo o que um preposto, que trabalhe no estabelecimento do preponente, receber de terceiro sem ressalva, é considerado como entrega feita ao próprio preponente. Isso vale, também, para serviços. Vai daí que, se um transportador dirige-se à loja de calçados, objeto de referência linhas atrás, e faz a entrega de caixas de sapatos a um dos atendentes, que assina o comprovante de entrega sem objeções, o empresário fica obrigado e aquele que com ele contratou liberado da obrigação. Esse comprovante, devidamente assinado pelo preposto, faz prova de entrega da mercadoria ao empresário para efeito, por exemplo, de futuro protesto de duplicata sem aceite que tenha sido emitida em razão do negócio assim celebrado.

Se, porém, tratar-se de um viajante ou praticista, é preciso que haja documento escrito atribuindo-lhe poderes para tanto. Os chamados auxiliares dependentes externos (n. 700 *supra*) necessitam ter definida a extensão de suas

atribuições para agir em nome do empresário, mediante a outorga de uma procuração, isto é, de um instrumento de mandato escrito, que também pode ser chamado de autorização, no qual o preponente estabelece a espécie de contato a ser mantido com terceiros e os atos que, nessa condição, ficam autorizados a praticar.

Não exige o Código que o documento pelo qual o empresário incumbe seu preposto externo da prática de atos em nome do preponente seja levado a registro no Registro Público de Empresas Mercantis, a não ser que se trate de um gerente (art. 1.174 e parágrafo único) que, normalmente, não exerce atividades externas.

A entrega feita a esses últimos prepostos recomenda da parte do entregador a cautela de apanhar cópia do instrumento do mandato para eventual prova futura de tê-la feito regularmente.

709. Prazo para reclamação

Não terá eficácia a entrega, entretanto, se houver prazo para o empresário apresentar reclamação. O prazo a que se refere o Código tanto pode resultar de convenção das partes como da própria lei.

De fato, nada impede que o empresário celebre um contrato no qual fique estabelecido um prazo para a manifestação de sua concordância quanto ao objeto da entrega. Também é possível um ajuste de venda sujeita a uma condição suspensiva, como ocorre com a venda a contento (CC, art. 509), dependente da manifestação de agrado do comprador (do empresário, no caso) em ato ulterior à entrega.

Por igual, há casos em que a lei fixa prazo para a confirmação ou para a desistência de determinados negócios. Mencione-se, dentre outras, a regra do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, que admite a desistência do contrato por parte do consumidor, no prazo de sete dias a contar do ato de recebimento do produto ou serviço, quando a contratação ocorrer por telefone ou a domicílio. Estando o empresário na condição de consumidor diante de um certo negócio (na compra de uma prateleira para sua loja, por exemplo), mesmo que seu preposto tenha recebido o serviço ou a encomenda sem reclamação, esse ato nem sempre será por si suficiente para torná-lo obrigado.