

# REVISTA DOS TRIBUNAIS

ano 92 • volume 812 • junho de 2003 • p. 1-800

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo **Supremo Tribunal Federal**,  
Proc. 33/85 – DDID (*DJU* 23.10.1985, p. 18.861), registrado  
sob n. 006/85 e pelo **Superior Tribunal de Justiça**,  
Port. n. 8, de 31.05.1990 (*DJU* 06.06.1990, p. 5.171).

Publicação Oficial

## Tribunais de Justiça dos Estados

Acre	Maranhão	Rio de Janeiro
Alagoas	Mato Grosso	Rio Grande do Norte
Amapá	Mato Grosso do Sul	Rio Grande do Sul
Amazonas	Minas Gerais	Rondônia
Bahia	Pará	Roraima
Ceará	Paraíba	Santa Catarina
Distrito Federal	Paraná	São Paulo
Espírito Santo	Pernambuco	Sergipe
Goiás	Piauí	

## Tribunais de Alçada

Minas Gerais  
Paraná  
Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil de São Paulo  
Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

## Tribunais Regionais Federais

1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> e 5.<sup>a</sup> Regiões

EDITORA   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**  
ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR  
Tel.: 0800-11-2433  
<http://www.rt.com.br>

# DO CONTRATO DE AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Doutor em Direito. Professor Titular na Faculdade de  
Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.  
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça  
de Minas Gerais. Advogado.

SUMÁRIO: 1. *Noções introdutórias* – 2. *A representação comercial* – 3. *O contrato de agência no direito brasileiro* – 4. *Conceito de contrato de agência: 4.1 Direito comparado* – 5. *Contratos afins: 5.1 Agência e mandato; 5.2 Agência e comissão; 5.3 Agente e viajante ou praticista (contrato de agência e contrato de trabalho); 5.4 Agência e distribuição por conta própria (revenda) ou concessão comercial* – 6. *Os elementos essenciais do contrato de agência* – 7. *Natureza jurídica* – 8. *Sujeitos do contrato de agência: 8.1 A nomenclatura legal* – *As partes no contrato de agência* – 9. *O objeto do contrato de agência*.

## I. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A atividade comercial realiza a circulação de produtos na cadeia econômica entre a produção e o consumo. O instrumento jurídico básico de que se valem os empresários, nessa cadeia, é o contrato de compra e venda. O fabricante cria os produtos com o fim de colocá-los no mercado. Outros empresários adquirem do fabricante esses produtos, também com o mesmo propósito de revendê-los no mercado.

Num estágio primário da exploração do mercado, o artesão cria o produto, expõe-no à venda e, ele mesmo, o vende ao consumidor. Numa escala mais desenvolvida do processo industrial, o produtor não tem condições de explorar individualmente seu negócio. Recorre à mão de obra alheia, contratando o serviço de empregados, que se integram à estrutura operacional da empresa, seja na produção, seja na comercialização. Todos, porém, atuam dentro do estabelecimento sob o comando direto do empresário.

Conforme o volume da produção e da comercialização, o empresário sente a necessidade de atuar além dos limites físicos do estabelecimento, para a melhor colocação de suas mercadorias. Encarrega, então, alguns empregados de sair do estabelecimento para ir em busca de clientes na praça da empresa ou em outras praças. Os empregados que captam clientela nestas circunstâncias são os *viajantes* e *praticistas*. Embora atuando fora do recinto do estabelecimento do empresário, continuam vinculados à estrutura organizacional permanente da empresa, por meio do contrato de trabalho.

Em lugar de usar empregados para angariar clientes fora do estabelecimento, o empresário pode contratar esse serviço junto a outros empresários, que fazem do agenciamento

de clientela o objeto de suas empresas. Nesse momento surge o fenômeno da representação comercial ou agência, que integra a categoria dos chamados *contratos de colaboração empresarial*. Já então o fornecedor não terá comando do processo, pois o *agente* é um representante autônomo, que organiza sua própria empresa e a dirige, sem interferência dos empresários que utilizam seus serviços.

O agente faz da intermediação de negócios sua profissão. Não pratica a compra e venda das mercadorias do representado. Presta serviço tendente a promover a compra e venda, que será concluída pelo preponente. Por isso, na linguagem tradicional do direito brasileiro esse agente recebia o nome de “representante comercial autônomo” (Lei 4.886, de 09.12.1965).

O novo Código Civil, a exemplo do direito europeu, abandonou o *nomen iuris* de “representante comercial”, substituindo-o por “agente”. Sua função, porém, continua sendo exatamente a mesma do representante comercial autônomo.

Mas, além de falar em “contrato de agência”, o Código fala também em “contrato de agência e distribuição”. Não são, porém, dois contratos distintos, mas o mesmo contrato de agência no qual se pode atribuir maior ou menor soma de funções ao preposto.

A palavra “distribuição” é daquelas que o direito utiliza com vários sentidos. Há uma idéia genérica de distribuição como processo de colocação dos produtos no mercado. Aí se pensa em *contratos de distribuição* como um gênero a que pertencem os mais variados negócios jurídicos, todos voltados para o objetivo final de alcançar e ampliar a clientela (comissão mercantil, mandato mercantil, representação comercial, fornecimento, revenda ou concessão comercial, franquia comercial etc.).

Há, porém, um sentido mais restrito, que é aquele com que a lei qualifica o contrato de agência. No teor do art. 710 do CC, a distribuição não é a revenda feita pelo agente. Esse nunca compra a mercadoria do preponente. É ele sempre um prestador de serviços, cuja função econômica e jurídica se localiza no terreno da captação de clientela. A distribuição que eventualmente lhe pode ser delegada ainda faz parte da prestação de serviços. Ele age como depositário apenas da mercadoria do preponente, de maneira que, ao concluir a compra e venda e promover a entrega de produtos ao comprador, não age em nome próprio, mas o faz em nome e por conta da empresa que representa. Em vez de atuar como vendedor, atua como mandatário do vendedor.

Essas noções são muito importantes para que não se venha a confundir o contrato regulado pelo art. 710 – contrato de agência e distribuição – com o contrato de concessão comercial, este, sim, baseado na revenda de mercadorias e sujeito a princípios que nem sequer foram reduzidos a contrato típico pelo Código Civil.<sup>1</sup>

## 2. A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

O novo Código Civil, a exemplo do direito europeu, atribui à atividade tradicional da *representação comercial* o *nomen iuris* de *agência*. Em determinadas circunstâncias, a mesma atividade empresarial passa a denominar-se *distribuição*, sem, entretanto, confundir-

(1) “Mas se o contrato (de concessão comercial) é *bilateral e comutativo*, não podemos enquadrá-lo entre as espécies típicas de contratos existentes e já reconhecidos legislativamente em nosso Direito Comercial. Impõe-se, portanto, o reconhecimento de que se trata de um contrato *atípico*, de formulação *mista ou complexa*” (REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 24, 1972).

se com a *concessão comercial*, visto que se conserva o caráter de preposição, que inexistente nessa última modalidade.<sup>2</sup>

Embora já praticada há um bom tempo nos meios empresariais, a figura do representante comercial, ora apelidado *agente*, só em 1965 mereceu disciplina legal específica no Brasil. Foi a Lei 4.886, de 09.12.1965, que cuidou de regulamentar a representação comercial, correspondente à atividade daquele que, amparado por contrato com uma ou várias empresas, se dedica a angariar negócios em proveito destas.<sup>3</sup>

A primeira característica do *representante comercial*, nos moldes de sua configuração legal, é a *autonomia* com que age na intermediação: o representante não é um empregado da empresa a que serve. Nos termos da Lei 4.886, “exerce a representação comercial autônoma a pessoa, física ou jurídica, 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 (art. 1.º).

O seu segundo elemento caracterizador é, pois, a *habitualidade* (o caráter não eventual) da prestação de serviços realizada pelo agente em prol do representado. Não é, porém, um mandatário, porque afinal os negócios agenciados são retransmitidos ao comitente e são por este aceitos, ou não, e, em caso positivo, por ele consumados.

Pode, eventualmente, a representação ajustada conferir poderes especiais ao agente, para que este pratique atos próprios do mandatário. Já, então, a representação será negócio complexo e que, além de suas regras próprias, se sujeitará também às do mandato mercantil (CC, arts. 710, par. ún., e 721).

Com a Lei 4.886/65, a representação comercial (ou agência) ganhou o *status* de atividade profissional regulamentada, criando-se um Conselho Federal e vários Conselhos Regionais, aos quais se confiou a fiscalização do exercício da profissão.

Podem inscrever-se no respectivo Conselho, para legitimar-se ao exercício da representação comercial, pessoas físicas ou jurídicas. Em se tratando de pessoa física, o requerimento haverá de ser instruído com a prova de identidade; de quitação com o serviço militar, quando exigível; de estar em dia com as exigências da legislação eleitoral; com a folha corrida de antecedentes, expedida pelos cartórios criminais das comarcas em que o registrante houver tido domicílio nos últimos dez anos; e com a quitação com o imposto sindical (Lei 4.886, art. 3.º).<sup>4</sup>

No caso de pessoa jurídica, deverá ser feita a prova de sua existência legal, por meio de seu instrumento de constituição devidamente arquivado no Registro Público competente (Lei 4.886, art. 3.º, § 2.º).

A lei interdita o exercício da representação comercial a todo aquele que não possa ser comerciante; ao falido não reabilitado; ao condenado por infração penal de natureza infamante, tais como falsidade, estelionato, apropriação indébita, contrabando, roubo, furto, lenocínio ou crimes também punidos com a perda de cargo público; e ao que estiver o seu registro comercial cancelado como penalidade (Lei 4.886, art. 4.º).

(2) Na concessão comercial sempre ocorre uma *revenda*, em nome próprio do concessionário. Na agência com distribuição, o agente-distribuidor vende os produtos em nome e por conta do preponente.

(3) MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. n. 107, p. 142.

(4) O estrangeiro é desobrigado da comprovação relativa ao serviço militar e à legislação eleitoral (Lei 4.886, art. 3.º, § 1.º).

É comum a existência de estabelecimentos dedicados exclusivamente à representação comercial, ou agência. Nada impede, todavia, que uma empresa comercial, com objeto distinto da agência, contrate com outra uma representação comercial para explorar negócio de intermediação conexo, ou não, com o seu ramo. A agência, na espécie, funciona apenas como um acessório ou complemento da atividade principal da empresa.

Todas as regras especiais, que a Lei 4.886 traçou para disciplinar a profissão e os direitos e deveres do representante comercial, em princípio, continuam em vigor, porque o Código Civil traçou apenas normas gerais acerca do contrato de agência (Lei de Introdução, art. 2.º, § 2.º).<sup>5</sup> É, aliás, o que se acha ressalvado, expressamente, no art. 721 do novo Código. De tal sorte, apenas quando alguma norma do Código estiver conflitando com preceito da Lei 4.886 é que terá ocorrido derrogação parcial desta.

### 3. O CONTRATO DE AGÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Desde que, na vida empresarial brasileira, se introduziu a figura do representante comercial, a grande preocupação jurídica foi a de distingui-la da relação empregatícia, para atribuir-lhe uma função autônoma e independente em relação à empresa a que serve, diversamente do que se passa com o empregado.

Durante longos anos, porém, a atividade do representante comercial foi desempenhada sem contar com o apoio de lei que lhe desse tipicidade. Muito fraca, outrossim, foi, na espécie, a contribuição pretoriana, já que a jurisprudência limitava-se a negar enquadramento na legislação trabalhista, sem, contudo, construir uma estrutura dogmática que pudesse fixar a natureza jurídica do contrato que vinculava a empresa e os agentes comerciais.

Tal como se passava na Europa, também no Brasil, a reivindicação de um regulamento legal para a profissão do representante comercial autônomo tornou-se a maior aspiração dos órgãos representativos da categoria. Em 1949, na II Conferência Nacional das Classes Produtoras, realizada em Araxá, foi aprovada a reivindicação classista de enviar-se o pleito à comissão então encarregada de elaborar o Projeto de novo Código Comercial, no Ministério da Justiça, de que fosse nele definida e caracterizada a figura jurídica do representante comercial, estabelecendo-se as necessárias garantias da profissão.<sup>6</sup>

Na mesma ocasião, realizou-se em São Paulo o 1.º Congresso Nacional de Representantes Comerciais, cujo objetivo principal era o de dar curso à reivindicação antes aprovada pela Conferência de Araxá. Surgiu, então, um anteprojeto que, levado ao Congresso Nacional, tomou o n. 1.171/49 e que, em várias legislaturas, foi reapresentado sem sucesso algum.

Somente viria a ter maior repressão o Projeto 2.794/61, de autoria do Deputado Barbosa Lima Sobrinho, que, no Senado provocou o surgimento do Substitutivo 38/63, elaborado pelo Senador Eurico Resende, o qual mereceu aprovação de ambas as casas do Congresso. No entanto, não chegou a transformar-se em lei, porquanto recebeu veto total da Presidência da República, ao fundamento de que, nos termos em que se intentou regulamentar a profissão, ao representante apenas se estendiam “as vantagens e garantias que a legislação do trabalho assegura ao trabalho assalariado”. Tal equiparação foi considerada incabível, entre outros motivos pela ausência de subordinação hierárquica e pela possibilidade de a representação comercial ser exercida por pessoas jurídicas.

<sup>(5)</sup> FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 136-137.

<sup>(6)</sup> REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*, cit. p. 10.

O então presidente, General Castelo Branco, ao vetar o projeto aprovado pelo Congresso, encarregou o Ministério da Indústria e Comércio de reexaminar o assunto. Daí surgiu novo Projeto que, após tramitação parlamentar, se tornou a Lei 4.886, de 09.12.1965, ainda em vigor, com as alterações da Lei 8.420, de 08.05.1992.

Tal como o direito europeu, a lei brasileira previu uma representação comercial, simples, em que ao representante cabia apenas intermediar negócios, captando pedidos ou propostas da clientela, para encaminhá-los à deliberação do preponente; e também uma representação complexa, em que ao agente se conferiam poderes de conclusão dos negócios angariados, mas sempre em nome e por conta do preponente (Lei 4.886/1965, art. 1.º, parágrafo único).<sup>7</sup>

Sobreveio, finalmente, o novo Código Civil, sancionado em janeiro de 2002, que insere o *contrato de agência e distribuição* entre os contratos típicos, mas sem revogar a legislação especial em vigor, como se ressalva no art. 721, especialmente, no tocante às indenizações asseguradas pelas Leis 4.886 e 8.420 (art. 718).

A maior novidade, no texto codificado, é o *nomen iuris* do contrato que passou a ser *contrato de agência*. Explica Rubens Requião que o contrato de agência, a que alude o Código Civil, “nada mais é do que o atual *contrato de representação comercial*, objeto da legislação especial, contida na Lei 4.886, de 09.12.1965. Constitui importante contrato no moderno mundo comercial, e é exercido por centenas de milhares de profissionais, distribuídos por todas as praças do país. A denominação do instituto foi tirada do Código italiano, que o regula”. Para o Prof. Requião, todavia, a linguagem do Código “não deslocará o uso corrente da expressão *representante comercial*. Que podia ser perfeitamente mantida... Não seria criticável se mantivesse a denominação *representação comercial*, já consagrada nos costumes do país, e em nosso direito”.<sup>8</sup>

É de se ponderar, no entanto, que o direito comparado, de onde emergiu o instituto jurídico, prestigia, de fato, o *nomen iuris* agora adotado por nosso Código Civil, razão pela qual este não merece censura pela nomenclatura inovada. É de evidente conveniência procurar identificar a figura jurídica por denominação que seja de universal acolhida, evitando-se terminologia regional, que não tenha, por si só, capacidade de revelar a identidade da figura local com aquela que já amadureceu e se consolidou na experiência do direito comparado.<sup>9</sup>

#### 4. CONCEITO DE CONTRATO DE AGÊNCIA

Como o Código Civil determina que ao contrato de agência devem ser aplicadas, no que couber, as regras constantes de lei especial, é necessário cotejar-se a definição codificada (art. 710) com a constante da Lei 4.886/65 e das alterações da Lei 8.420/92.

Em primeiro lugar, é bom ressaltar que a lei especial define diretamente o representante comercial (isto é, o *agente*) (art. 1.º). Já o Código Civil enfoca o contrato típico que vincula o representante e o representado (art. 710).

(7) O dispositivo legal deixava patente, todavia, que a relação principal era a da representação comercial (ou *agência*) e que a eventual relação de *mandato* era apenas acessória (REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*, cit. n. 34, p. 82).

(8) REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil. Apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das Obrigações). RT, vol. 477, p. 25.

(9) Em Portugal, o Dec.-lei 178/86 também adota a denominação de agente comercial; e na França igualmente se fala em *agent commercial* (Dec. 58-1.345).

Assim, na definição do Código, o contrato de agência (ou de representação comercial autônoma) é aquele pelo qual uma pessoa – o agente – assume, em caráter não eventual, e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover à conta de outra – o preponente ou fornecedor –, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada.<sup>10</sup>

Dessa conceituação legal, deduz-se que o contrato de agência envolve: a) *relação entre empresários*, dentro da circulação mercadológica de bens e serviços; b) a relação, contudo, não é de *dependência hierárquica* entre representante e representado, pois aquele age com autonomia na organização de seu negócio e na condução da intermediação dos negócios do último (embora tenha de cumprir programas e instruções do preponente); c) o objetivo do contrato não é um negócio determinado, mas uma *prática habitual*, de sorte que entre as partes se estabelece um vínculo duradouro (*não eventual*); d) a representação importa atos promovidos por uma das partes à conta da outra, configurando, portanto, um negócio de *intermediação* na prática mercantil de interesse do representado; e) à prestação do serviço de intermediação do agente corresponde o direito a uma remuneração ou *retribuição*, de maneira que o contrato é bilateral, oneroso e comutativo; f) a representação, finalmente, deve ser exercitada nos limites de uma *zona determinada*, ou seja, cabe ao agente praticar a intermediação dentro de um território estipulado pelo contrato, ou algo que a isso corresponda.

A atividade do agente, em suma, é a intermediação de forma autônoma, em caráter profissional, sem dependência hierárquica, mas, de acordo com as instruções do preponente. É uma figura jurídica típica a do agente, pois, embora guarde alguma semelhança, o agente não é, em princípio, *mandatário* nem *comissário*, nem tampouco *empregado*, ou *prestador de serviço* no sentido técnico.<sup>11</sup> Presta, no entanto, um serviço especial que é, nos termos da lei, a coleta de propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado.<sup>12</sup>

Eventualmente, o representado pode confiar ao agente os bens a serem colocados junto à clientela, caso que o Código trata como *distribuição*, mas não como revenda, visto que os atos de negociação se realizam em nome e por conta do comitente. Nessas hipóteses especiais, o contrato, além das normas próprias da agência, rege-se complementarmente, pela disciplina do mandato e da comissão (arts. 710, *in fine*, e 721).

O art. 1.º da Lei 4.886/65 cuidou de definir o *representante comercial* e não o *contrato de representação comercial*. Segundo tal dispositivo, é representante comercial autônomo 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 realização de negócios

(10) Para Fran Martins, “o contrato de representação comercial é também chamado contrato de *agência*, donde *representante* e *agente comercial* terem o mesmo significado”. A partir desse enfoque, define o contrato de agência, ou de representação comercial como “aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de outra. A parte que se obriga a agenciar propostas ou pedidos em favor da outra tem o nome *representante comercial*; aquela em favor de quem os negócios são agenciados é o *representado*” (Fran Martins, *Contratos e obrigações comerciais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. n. 206, p. 337).

(11) “O mandato do agente comercial se caracteriza por três elementos. É um mandato *profissional, permanente* e de *interesse comum*” (Jean-Marie Leloup, *Agents commerciaux*, cit. n. 330, p. 54). “O objeto do mandato do agente é a realização de atos da atividade do mandante”, que é sempre um empresário (produtor, industrial, comerciante ou outro agente comercial) (Jean-Marie Leloup, *Agents commerciaux*, cit. n. 332, p. 54).

(12) BULGARELLI, Waldfrío. *Contratos mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 471-472.

mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

O parágrafo único do questionado dispositivo legal aduz que, na eventualidade de “a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil” – isto é, quando ao representante comercial forem conferidos poderes relacionados com a execução dos negócios intermediados –, “serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial”. Em outros termos: se o agente for autorizado pelo preponente a realizar negócios jurídicos em seu nome, tais atos que ultrapassam o conteúdo normal do contrato de agência serão submetidos ao regime legal do mandato, como, aliás, prevê o art. 721 do novo CC.

Da definição dada pela lei especial ao representante comercial autônomo (isto é, ao agente), extraem-se as seguintes características:

a) o agente não mantém *relação de emprego* com o representado, gozando, portanto, de autonomia laboral para organizar e desempenhar sua atividade;

b) a atividade contratada é *não-eventual*; deve ser exercida em caráter permanente e profissional;

c) a função do agente, embora organizada e dirigida com autonomia, é concluída *por conta de outra pessoa* (o representado), de modo que fica claro o “caráter de uma intermediação”, ou de uma “preposição”. O agente, como prestador autônomo de serviço, atua fora da estrutura interna da empresa a que serve, permitindo a esta colocar seus produtos e serviços juntos à clientela que o representante angaria, nos mais variados lugares. Os negócios, porém, são sempre promovidos em nome e por conta do representado;

d) a *mediação* é, pois, uma função típica do agente comercial, que se presta à difusão dos produtos ou serviços do representado no comércio;

e) a intermediação se dá na *realização de negócios mercantis*: o que a lei especial atribuiu ao agente comercial não é qualquer representação, mas aquela que se volta para a promoção de negócios mercantis (vendas de produtos ou prestação de serviços);

f) o *modus faciendi* da intermediação consiste em *agenciar propostas ou pedidos* relativos a operações comerciais do representado, ou seja, relacionadas a bens ou serviços a serem vendidos ou prestados pela empresa em cujo nome atua o agente;

g) cabe, em princípio, ao representante *transmitir as propostas ou pedidos ao representado*. Eventualmente, o agente pode receber poderes que ultrapassem a simples intermediação de pedidos, caso em que realizará, sempre em nome do preponente, atos de consumo ou execução dos negócios agenciados. Quanto a esses atos de consumação da venda mandado mercantil.

Diante do cotejo entre o conceito legal, mais sintético, que o Código faz do contrato de agência, e aquele que a Lei 4.886/95 faz do representante comercial autônomo (isto é, do agente), não se encontra contradição maior que possa incompatibilizar um com o outro.

A circunstância de o Código não usar as expressões “representante comercial” ou “negócios mercantis” prende-se à circunstância de ter sido unificado o direito das obrigações, de maneira que os contratos nele disciplinados, em princípio, tanto servem para as atividades civis como para as mercantis. No entanto, muito difícil será imaginar o caso em que um contrato de agência se configurará fora das relações mercantis. Ademais, se isto eventualmente acontecer, ficará o negócio fora do alcance da Lei 4.886/95, visto que esta

se aplica especificamente aos agentes que servem, profissionalmente, à intermediação de negócios mercantis.

Harmonizando-se, de tal sorte, a disciplina do contrato de agência instituída pelo Código Civil com a do representante comercial, constante das Leis 4.886/65 e 8.420/92, ter-se-á um negócio jurídico vocacionado naturalmente para as atividades mercantis.

#### 4.1 *Direito comparado*

A definição brasileira de representante ou agente comercial muito se aproxima da que consta do Código Comercial da Alemanha, que o qualifica como “toda pessoa que, a título de exercício de uma profissão independente, seja encarregada permanente de servir de intermediária em operações negociadas por conta de um empresário ou de os concluir em nome deste último. É independente quem pode organizar o essencial de sua atividade e determinar seu tempo de trabalho” (art. 84).<sup>13</sup>

Na França, também, o agente comercial é definido em termos que se aproximam do novo Código Civil brasileiro, por decreto de 23.12.1958: “Est agent commercial le mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendant, sans être lié par un contrat de louage de services, négocie et, éventuellement, conclut des achats, des ventes, de locations ou de prestations de service, au nom et pour le compte de producteurs, d’industriels ou de commerçants”.<sup>14</sup>

O Conselho da Comunidade Econômica Européia (CEE) em 18.12.1986 adotou uma diretiva relativa aos agentes comerciais independentes, na qual se conceituou como *agente comercial* “celui qui, en tant qu’ intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l’achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée *commettant*, soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant”.

Em todos esses exemplos, tal como entre nós, a função normal do contrato de agência é conferir ao representante poderes de intermediação para angariar negócios para o representado. Só excepcionalmente, e mediante poderes adicionais explícitos, ocorre a atribuição de mandato para que o próprio representante conclua o negócio em nome do representado, seja firmando os contratos, seja mesmo entregando as mercadorias negociadas ao comprador.

Nesta última hipótese, o Código Civil brasileiro denomina o negócio jurídico de *contrato de agência e distribuição* (art. 710). Essa distribuição, todavia, não se confunde com a concessão mercantil, já que esta só ocorre quando há *revenda*, ou seja, quando o concessionário adquire o produto do concedente e o comercia em nome próprio e por conta própria. O contrato de agência e distribuição, a que alude o art. 710 do nosso Código, continua sendo, malgrado a posse e disponibilidade da mercadoria pelo agente, um contrato de intermediação, que o distribuidor conclui como preposto ou mandatário do representado (ou seja, em nome e por conta do preponente).

(13) Texto traduzido por Rubens Requião. *Do representante comercial*, cit. p. 14.

(14) A conceituação francesa do agente comercial se consolidou com o Dec. 68-765, de 22.08.1968, com que se reconheceu que as pessoas jurídicas também podem ser agentes comerciais (Emmanuel Pontavice, Jacques Dupichot. *Théorie générale du droit des affaires, actes de commerce et entreprises, commerçants, fonds de commerce, droit comptable, concurrence, baux commerciaux*. In: Michel de Juglart, Benjamin Ippolito (coord.). *Traité de droit commercial*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1988. n. 100, p. 344).

## 5. CONTRATOS AFINS

Com o incremento na economia moderna dos meios de distribuição da produção de bens e serviços, novas figuras contratuais surgiram para atuar no mesmo segmento da mercancia, sem que a doutrina tivesse tempo para digerir as inovações, captando-lhes com precisão a natureza e os contornos. Perante a representação comercial, ou agência, frequentes são as dúvidas e confusões que se instalam entre essa novel modalidade contratual e o mandato, a comissão mercantil, a locação de serviços, o viajante ou praticista e, mais ultimamente, a concessão mercantil e a franquia empresarial. Daí a necessidade de tentar-se uma diferenciação que separe, com nitidez, o contrato de agência dessas figuras afins.

Como ponto de partida é importante classificar os contratos de que se vale o empresário para obter colaboração de outros agentes no escoamento de seus produtos. Em primeiro lugar, existe a possibilidade de utilização de *auxiliares internos*, ou seja, a distribuição é feita por meio de empregados que atuam na captação dos compradores, mantendo com a empresa vínculo empregatício permanente.

De outro lado, colocam-se os colaboradores externos, que são empresários que se inserem na cadeia de comercialização sem vínculo empregatício, prestando serviços, de variada natureza, ao escoamento da produção, conquistando, conservando e ampliando o mercado para o produto de outro empresário.

De duas maneiras básicas se processa a colaboração empresarial (externa) no escoamento dos produtos de uma empresa: a) pela distribuição propriamente dita (revenda); e b) pela busca de empresários interessados na aquisição dos produtos do fornecedor (intermediação, como a do mandato, comissão mercantil e agência).

Dessa maneira, “a colaboração empresarial no escoamento de mercadorias pode ser feita por *intermediação* ou *aproximação*. No primeiro caso, o colaborador ocupa um dos elos da cadeia de circulação, comprando o produto do fornecedor para revendê-lo. No segundo, o colaborador procura outros empresários potencialmente interessados em negociar com o fornecedor”.<sup>15</sup>

Esse quadro classificatório muito contribuirá para obter-se a distinção entre o contrato de agência e outras figuras afins.

É certo, contudo, que o fato de o contrato de agência conter traços comuns a outros contratos mercantis tradicionais, não o leva a confundir-se com nenhum deles, nem a revestir-se da natureza jurídica de alguma das figuras com que mantém inegável afinidade. Para individuá-lo e determinar a respectiva natureza, não há necessidade de subsumi-lo à tipicidade de outros contratos: a *agência* é, no direito moderno, um *contrato nominado* (típico) e, como tal, tem fisionomia e disciplina próprias.<sup>16</sup>

### 5.1 Agência e mandato

O contrato de agência não se confunde com o de mandato mercantil, porque os poderes de que dispõe o agente nem sempre são aqueles que se conferem ao mandatário. Em primeiro lugar, a outorga de mandato é, em regra, destinada a realização de negócios determinados. A agência refere-se a um relacionamento negocial permanente envolvendo operações reiteradas e indeterminadas.

(15) COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial e legislação complementar anotados*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. III, p. 86.

(16) CAGNASSO, Oreste, COTTINO, Gastone. *Contratti commerciali*, cit. vol. IX, n. 43, p. 163.

O mandatário detém poderes, outorgados pelo mandante, que lhe permitem deliberar sobre o negócio e o realizar em nome deste. O simples representante, no caso de agência comercial, limita-se a aproximar comprador e fornecedor, não delibera, portanto, o negócio. Pode, eventualmente, concluir negócio por conta do preponente, mas, então, o contrato de agência não será mais simples, terá se tornado complexo, absorvendo em suas cláusulas também o contrato de mandato. Nesse sentido, dispõe o art. 710, parágrafo único, que “o preponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos”. E, por isso, o art. 721 manda aplicar, ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato.

Ademais, o essencial ao contrato de agência é a mediação de negócios em favor do preponente, o que não depende de poderes inerentes ao mandato. Quando estes poderes, eventualmente, se incluem nas cláusulas da agência, representam apenas elemento acessório, secundário ou acidental, não interferindo, por isso mesmo, na conceituação ou configuração, propriamente dita, do contrato, nem tampouco na definição de sua natureza jurídica.

## 5.2 Agência e comissão

A comissão é um contrato de colaboração empresarial, mas, ao contrário do mandato, o comissário não representa, nos negócios que pratica, o comitente. O comissário adquire ou vende bens à conta do comitente, mas contrata em nome próprio, e não em nome da empresa a que presta colaboração (art. 693).

A comissão, na linguagem antiga do Código Comercial, seria um mandato *sem representação*. Isto porque o mandato mercantil implica necessariamente a representação para realizar negócios comerciais em nome do mandante, enquanto o comissário não age em nome, e sim por conta do comitente. Com o outro contratante (isto é, o comprador), quem se vincula é o comissário e não o comitente.

A presença do comissário cria uma certa barreira entre o comitente e os terceiros que negociam com o comissário, em função do encargo contratual. O comissário, garantindo o anonimato para o comitente confere-lhe maior segurança, porque só o comissionário trava relações jurídicas com os clientes, evitando ao principal interessado nas operações suportar ações da parte da clientela.<sup>17</sup>

O agente comercial, por sua vez, não aparece no negócio que ele agenciou e que finalmente será concretizado diretamente pelo preponente. Como ressalta Rubens Requião, “o representante comercial, agindo em nome e no interesse do representado, não é atingido pelos atos que pratica, dentro dos poderes que recebeu. Na comissão mercantil o comissário age em seu próprio nome, sendo em face do terceiro o responsável pelo ato praticado, muito embora o tenha realizado por conta e no interesse do comitente”.<sup>18</sup> Na agência, portanto, o único responsável perante o cliente é o comitente.

Os produtos do comitente são postos à disposição do comissário, por meio de uma consignação, que o credencia a vendê-los aos consumidores em nome próprio. Perante estes, o vendedor é o comissário e não o comitente. No contrato de agência, o vendedor é sempre o preponente, ainda que se confirmem poderes ao agente para concluir e executar a venda. A atuação é de um representante (mandatário) do vendedor, e não de um vendedor propriamente dito.

(17) FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*. Paris: Litec, 1998. p. 23.

(18) REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*, cit. p. 38.

### 5.3 *Agente e viajante ou pracista (contrato de agência e contrato de trabalho)*

O agente, por sua própria definição legal, presta serviços à empresa sem estabelecer com ela um vínculo empregatício. O viajante ou pracista, embora do ponto de vista prático realize atividade econômica igual à do agente – pois angariam ambos clientela para a empresa –, liga-se ao preponente de maneira diversa. É um empregado dele. Suas tarefas são comandadas hierarquicamente pelo empregador. Não dispõe de autonomia alguma para organizar seu serviço.<sup>19</sup>

O agente, embora preposto, porque não negocia o fornecimento em nome próprio e opera sempre em nome e por conta do representado, age contudo como empresário e não como empregado. Tem sua sede própria, seu escritório, sua empresa de representação, que organiza e dirige com liberdade e autonomia.<sup>20</sup>

É, em suma, a ausência de um contrato de trabalho que caracteriza o agente comercial e o distingue do viajante ou pracista, na tarefa da conquista de clientela para a empresa a que servem uns e outros.

Costumam-se arrolar as seguintes e principais distinções entre agente e representante assalariado:

a) o *viajante* ou pracista não pode contratar pessoal para desempenhar a *representação* que lhe cabe. Já o agente comercial é um empresário, um profissional independente, que pode livremente organizar sua empresa, da maneira que melhor lhe convier;

b) o *viajante* ou pracista não tem iniciativa pessoal, é hierarquicamente subordinado ao comando do empregador;

c) o *viajante* ou pracista não pode aceitar representação de outras empresas. O *viajante* não é mandatário e não capitaliza clientela. Não faz jus, por isso, às indenizações legais devidas ao agente autônomo;<sup>21</sup>

d) o *viajante* ou pracista somente pode ser pessoa física, enquanto o *agente* pode ser indiferentemente pessoa física ou jurídica;<sup>22</sup>

e) o *viajante* ou pracista não pode contratar sub-representantes, a não ser mediante autorização do empregador. A lei, no entanto, assegura ao agente a faculdade de contratar subagentes.<sup>23</sup>

### 5.4 *Agência e distribuição por conta própria (revenda) ou concessão comercial*

A colocação da produção industrial no mercado raramente se faz, no mundo atual, por negociação direta entre produtos e consumidor. Quase sempre se estabelece uma *interme-*

(19) “O viajante ou pracista está sempre ligado a um *contrato de trabalho* e sob os benefícios da lei trabalhista, enquanto o agente comercial não deve estar vinculado a um contrato de locação de serviços, e com maior razão a um contrato de trabalho” (FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*, cit. p. 21).

(20) “O *viajante* ou pracista não pode se subtrair ao controle e direção que exerce sobre ele seu empregador. Sua autonomia limita-se ao fato de não trabalhar no recinto da empresa (...) ele permanece submetido sempre às ordens e instruções do empregador. O *agente*, por seu lado, exerce sua atividade com total independência” (FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*, cit. p. 21).

(21) LELOUP, Jean-Marie. *Agents commerciaux*, cit. n. 322, p. 49-50.

(22) FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*, cit. p. 22.

(23) Idem, *ibidem*.

*dição* entre empresários, formando-se uma cadeia de negócios, que envolve sucessivas compras e vendas: uma empresa vende a matéria-prima ao fabricante; este a transforma em manufaturados, que em seguida são vendidos aos atacadistas; estes, por sua vez, os vendem aos varejistas que, no fecho da cadeia econômica, os revendem ao consumidor final.

Essa colaboração entre os elos da cadeia econômica pode acontecer de maneira avulsa, como contratos eventuais e isolados, ou pode se envolver numa relação contratual duradoura que gere a obrigação entre os empresários de comprar e vender, com habitualidade e sob certas condições, os produtos de um deles (contratos-quadros).

Se a articulação entre produtores e revendedores assume o feitiço de uma convenção duradoura, tem-se o *contrato de distribuição*, que pode ser simples ou complexo.<sup>24</sup> Na sua manifestação mais simples, a distribuição se exterioriza como *contrato de fornecimento*: o produtor se obriga a fornecer certo volume de determinado produto, e o revendedor se obriga a adquiri-lo, periodicamente. Não há uma remuneração direta entre fornecedor e revendedor. Este se remunera com o lucro que a revenda dos produtos lhe proporciona. O fornecedor, por sua vez, não exerce interferência alguma na gestão do negócio do revendedor.

A colaboração empresarial, contudo, pode ser mais ampla, de maneira que o produtor exerça certa interferência na atividade do revendedor, criando um sistema racional de conjugação de esforços até a colocação do produto junto ao consumidor final. O revendedor, naturalmente, continuará negociando os produtos por conta própria e em nome próprio. Sujeitar-se-á, porém, a algumas regras, de orientação geral, traçadas pelo fornecedor. Se há entre eles uma independência jurídica, o mesmo não se passa na organização econômica da revenda. A ingerência do fornecedor no empreendimento do revendedor produz uma *subordinação econômica*.

Essa modalidade de contrato de colaboração, com interferência econômica do fornecedor sobre o negócio do revendedor, configura o que modernamente se denomina *contrato de concessão comercial*, que não raro envolve outros negócios entre as partes, como uso de marca, assistência técnica etc.<sup>25</sup>

Entre os contratos de concessão comercial assumiram grande relevo os chamados *contratos de franquia*. Para Rubens Requião, a franquia comercial não é um contrato distinto da concessão comercial, podendo estabelecer-se sinônima entre os dois.<sup>26</sup>

No entanto, a doutrina majoritária aponta traços da *franquia* que lhe outorgariam uma identidade jurídica capaz de separá-la dos comuns casos de concessão comercial, como se demonstrará no tópico seguinte.

(24) A distribuição comercial, em sentido amplo, pode ser entendida “como um conjunto de métodos de venda e de revenda, mobilizando diversos tipos de operadores, fabricantes e distribuidores, engajados na difusão de um ou de vários produtos”, podendo ser executada por venda direta ou por intermediários (FOURNIER, Frédéric. *L’agence commerciale*, cit. p. 7).

(25) A concessão comercial não se confunde com uma sucessão de compras e vendas, embora se estabeleça sobre o pressuposto dessa modalidade contratual. “No contrato de concessão comercial o concessionário adquire, por compra, os produtos de marca da concedente, para revendê-los com exclusividade numa região designada, comprometendo-se a adotar na sua empresa determinados métodos organizativos e assegurando assistência pós-venda”. Trata-se de um negócio complexo, pois, além da compra e venda, em seu contexto estão presentes “o contrato de fornecimento, o contrato de prestação de serviços e, ainda, em certas ocasiões, o contrato de mandato mercantil e o de empreitada” (REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*, cit. p. 41).

(26) REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*, cit. p. 42.

Todas as formas de contrato de distribuição – fornecimento ou concessão – distinguem-se do contrato de agência em dois aspectos básicos: a *autonomia* e a *remuneração* da intermediação. O agente (representante comercial) não pratica o negócio de colocação dos produtos do representado em nome próprio; atua apenas em nome e por conta do representado.<sup>27</sup> Já o concessionário ou revendedor torna-se dono da mercadoria que o fornecedor lhe transfere, e a negocia com o consumidor em nome próprio e por sua própria conta.<sup>28</sup>

Mesmo quando a lei admite que o agente atue também como distribuidor (art. 710 do CC), ele não se transforma num *concessionário comercial*. É que a mercadoria que o fornecedor coloca em poder do agente-distribuidor é objeto apenas de depósito ou consignação. O representante não a adquire do representado, de modo que a venda para o consumidor não assume a natureza de uma revenda. Juridicamente quem vende é o fornecedor e não o agente-distribuidor. A interferência deste na pactuação e execução do negócio final é de um mandatário e não de um revendedor.<sup>29</sup>

Não é correta, portanto, a inteligência que alguns apressadamente estão dando ao art. 710 do CC, no sentido de ter sido nele disciplinado tanto a representação comercial como a concessão comercial.<sup>30</sup> O dispositivo cuidou exclusivamente do *contrato de agência*, como negócio que anteriormente se denominava *contrato de representação comercial*. A *distribuição* de que cogita o art. 710 é aquela que, eventualmente, pode ser autorizada ao agente, mas nunca como revenda, e sempre como simples ato complementar do agenciamento. Dentro da sistemática da preposição que é inerente ao contrato de agência, as mercadorias de propriedade do comitente são postas à disposição do agente-distribuidor para entrega aos compradores, mas tudo se faz em nome e por conta do representado.

(27) “O agente comercial não adquire jamais a propriedade do bem que ele é encarregado de vender em nome do mandante (...). Ele não age por sua própria conta (...). Diferentemente do concessionário, seu papel é de promover a distribuição ou mesmo a compra de serviços ou produtos por conta de outrem” (FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*, cit. p. 25).

(28) “O concessionário é um intermediário, isto é, ele compra os produtos para revender (...). Acrescente-se a isto que ele detém, pois, a propriedade dos bens que vende em seu nome e por sua própria conta, o que não ocorre com o agente comercial” (FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*, cit. p. 24).

(29) “A venda de exemplares avulsos e a captação de assinantes de jornal, mediante remuneração por comissão a agente com zona determinada e que atua em caráter não-eventual, são elementos que configuram a representação comercial. A representação comercial não se confunde com a distribuição. O representante comercial age por conta do representado, enquanto a atividade do distribuidor envolve a revenda. Se a empresa jornalística visa o lucro e se vê regida pela Lei 6.404/76, inequívoca está sua natureza comercial, ainda que detenha algumas características de sociedade civil” (TJRGS, Ap 70000956383, 15.ª Câm. Cív., rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, Ac. 14.03.2001, *RJTJRS* 213/299).

(30) “Embora não haja consenso doutrinário, o contrato de agência se identifica com o de representação comercial e o de distribuição com o de concessão de venda” (FELIPE, Jorge Franklin Alves e ALVES, Geraldo Magela. *O novo Código Civil anotado*, cit. p. 136). “O novo Código Civil aproximou o contrato de distribuição do contrato de agência, por considerar diversas semelhanças entre essas figuras contratuais” (LILLA, Paulo Eduardo. O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: O entendimento dos tribunais brasileiros e as disposições do novo Código Civil. Disponível em <http://www.socejur.com.br/artigos/contratos.doc>. Acesso em 29.07.2002, p. 10).

Aliás, a Lei 4.886/65, quando regulamentou a atividade do representante comercial, já previa a possibilidade de ser ele encarregado da execução da venda, em nome do representante (art. 1.º e seu parágrafo único), sem que isso desnaturasse a representação comercial em sua essência e a transformasse em concessão comercial.

O contrato de distribuição em nome próprio (a *concessão comercial*) continua sendo atípico, mesmo porque a infinita variedade de convenções que os comerciantes criam no âmbito da revenda autônoma torna quase impossível sua redução ao padrão de um contrato típico. Apenas para o caso dos revendedores de veículos é que, pelas características e relevância do negócio, o legislador houve por bem tipificar o contrato de concessão comercial (Lei 6.729/79).

Outra distinção que se fez com nitidez entre o contrato de agência e o *contrato de revenda* (distribuição por conta própria, ou concessão comercial) situa-se na remuneração do intermediário do processo de circulação dos produtos. O agente (mesmo quando exerce a distribuição) é remunerado, quanto ao serviço de intermediação, pelo fornecedor (o representado), segundo o volume e o preço das operações agenciadas. O concessionário nada recebe do fornecedor pela colaboração exercida na colocação de seus produtos. A remuneração que alcança se traduz nos lucros que a revenda lhe proporciona.

Em suma não é a operação econômica da distribuição que distingue a agência da concessão comercial. Há distribuição (ou pode haver distribuição) tanto por meio do contrato de agência como do contrato de concessão comercial. Distribuição é um gênero que corresponde aos vários tipos de contrato de colaboração empresarial.<sup>31</sup> A distribuição, porém, pode realizar-se por conta do fornecedor ou por conta do próprio distribuidor. Se não há venda e revenda de produtos, o contrato fica no plano da agência; se há, entra-se no âmbito da concessão comercial. E, assim, distingue-se a *distribuição por conta alheia* (mera preposição, sem independência jurídica do agente) da *distribuição por conta própria* (concessão comercial).<sup>32</sup>

Voltaremos ao tema da concessão comercial, nos comentários relativos aos ressarcimentos cabíveis na ruptura ou cessação do contrato (art. 721).

## 6. OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE AGÊNCIA

Segundo a definição legal do contrato de agência, contida no art. 710 do CC, sua estrutura fundamental envolve a combinação de quatro elementos essenciais:<sup>33</sup>

a) o desenvolvimento de uma atividade de promoção de vendas ou serviços por parte do agente, em favor da empresa do comitente;

(31) “La distribution est une opération économique (1) étudiée pour la première fois, par Jean-Baptiste Say, comme l’un des trois stades de l’activité économique (2), suivant celui de la production, précédant celui de la consommation” (FERRIER, Didier. *Droit de la distribution*. 3. ed. Paris: Litec, 2002, p. 1).

(32) Interpretando o texto do projeto que veio a se transformar no art. 710 do novo CC, Rubens Requião observa que o *negócio de distribuição* ali mencionado “decorre do depósito da mercadoria em mãos do agente do produtor. Este não adquire a mercadoria para revendê-la. Fica ela depositada em seu poder, para distribuí-la, fazendo chegar às mãos dos compradores... é ele um vendedor a serviço da empresa produtora” (*Do representante comercial*, cit. p. 39).

(33) BALDASSARI, Augusto. *Il contratto di agenzia*, cit. n. 1, p. 1-2.

b) o caráter duradouro da atividade desempenhada pelo agente (habitualidade ou profissionalidade dessa prestação);

c) a determinação de uma zona sobre a qual deverá operar o agente;

d) a retribuição dos serviços do agente em proporção aos negócios agenciados.

Nessa ordem de idéias, pode-se afirmar que, na concepção legal, para configurar-se contrato de agência, é necessário que uma parte (o agente) assuma de forma duradoura a função de promover, mediante remuneração, a formação de negócios, e eventualmente de concluí-los e executá-los, sempre por conta da outra parte (o preponente) e dentro de uma determinada zona.<sup>34</sup>

## 7. NATUREZA JURÍDICA

O contrato de agência integra a classe dos contratos de distribuição comercial, nos quais o agente desenvolve um papel importante na colocação no mercado dos produtos gerados ou comercializados pela empresa preponente, de maneira que esta, em última análise, se beneficia da contínua obra promocional levada a efeito pelo agente junto à clientela.

Contratos de distribuição, todavia, não são sinônimos de contratos de revenda de mercadorias. Configuram um gênero no qual se inserem vários tipos negociais todos voltados para a chamada colaboração empresarial, tais como a comissão mercantil, a representação comercial, a concessão comercial, a franquia, a corretagem, a concessão do uso de marca etc.

O que traça a tipicidade do contrato de agência é que a atividade de colaboração empresarial na espécie se dá por meio de prestação do agente que tem por objeto o desempenho, em uma zona determinada, de uma atividade profissional dirigida à promoção e conclusão de contratos entre o preponente e os terceiros arrebanhados pelo preposto. Eventualmente os contratos agenciados podem ser concluídos e executados pelo próprio agente, não porém em nome próprio, mas sempre em nome e por conta do preponente.

De tal sorte, qualquer que seja a dimensão dos poderes do agente, os negócios por ele intermediados ou concluídos se aperfeiçoam diretamente na esfera jurídica do preponente e do terceiro adquirente. De forma alguma se pode ver no conteúdo do contrato de agência uma forma de compra e venda operada pelo agente, em seu próprio nome. Na conclusão do negócio intermediado o agente não é parte, de sorte que nele não se acha em jogo um *interesse jurídico* seu, mas apenas um *interesse econômico*, porque é na medida da consumação dos negócios pelo preponente que o agente adquire direito à remuneração pelos serviços de intermediação empresarial levados a efeito.

A construção da teoria do contrato de agência se fez por influência do direito francês a partir do mandato que, na espécie, seria uma modalidade excepcional daquele negócio, caracterizada pelo chamado mandato de interesse comum. Visto que tanto do lado do comitente como do agente, o objetivo perseguido é um só – formação e ampliação de clientela –, entendia-se que este desempenhava um mandato que não dizia respeito apenas ao interesse do mandante, mas que igualmente se relacionava com seus próprios interesses. Assim, podia-se divisar “o *interesse comum* como qualificativo do mandato contido no contrato de agência comercial”.<sup>35</sup>

(34) *Idem*, *ibidem*, p. 2.

(35) FOURNIER, Frédéric. *L'agence commerciale*, cit. p. 93.

Com isso, realizou-se a evolução do tratamento jurídico do agente da categoria de mandatário para a figura do “mandatário independente”, profissional e empresário, “um mandatário que aja a título oneroso e em seu próprio benefício”.<sup>36</sup> A lei francesa ainda hoje identifica o agente comercial como um mandatário que, como profissional independente, se encarrega de negociar contratos por ordem e conta de outros empresários (Lei 91-593 de 25.06.1991, que se adaptou à Diretiva Comunitária de 1986).

No entanto, depois que se estabeleceu um regime legal particular para a agência, não tem mais sentido atrelá-la à natureza jurídica do mandato. A independência que a lei confere ao agente comercial no exercício de sua atividade profissional faz dele um empresário que se encarrega de uma função com autonomia de objeto dentro da circulação do mercado.

A prática da agência comercial, nos moldes atuais da figura jurídica se afasta das concepções primitivas, apagando os liames com o mandato e consagrando uma liberdade de iniciativa muito acentuada. Além do mais, registra-se uma aproximação do regime legal da agência com o direito social, em defesa de interesses do agente (duração indeterminada do contrato, indenizações tarifadas, remuneração mínima etc.), o que também não é adaptável à figura do mandato.

Dentro da consagração da autonomia do *agente*, reconhecido como *profissional independente* e ainda em face do estabelecimento de um regime de *direito social* de proteção ao agente, não se pode continuar a insistir na conceituação do contrato de agência como forma de *mandato*.

A natureza jurídica do contrato de agência é hoje a de um *contrato típico*, que se formou a partir da idéia de profissionalização do mandato e, mesmo, por meio de “uma evolução das regras do mandato clássico”. Assim, “o agente se beneficia de um estatuto originado de modificação de regras civis do mandato, seja sobre influência dos usos e regulamentos, seja do fato de uma abordagem econômica da agência que se desenvolveu recentemente”. De tal sorte, “o agente comercial continua um mandatário, mas deve ser apreciado enquanto profissional do comércio”.<sup>37</sup> Na verdade, só por insistência histórica se mantém entre os franceses a doutrina da agência como modalidade de mandato. O que efetivamente se tem, entretanto, é um mandatário remunerado e profissional, que melhor se qualifica como *um profissional do comércio*, cuja atividade específica “consiste na realização de atos materiais que visam à criação de uma corrente de negócios para a difusão dos produtos e serviços de outra empresa”.<sup>38</sup> Se se pretender comparar a agência atual com outros contratos típicos, sua afinidade será maior com o contrato de prestação de serviços do que com o de mandato, pois apenas excepcionalmente o agente se encarrega de tarefas que são próprias do mandatário.<sup>39</sup>

## 8. SUJEITOS DO CONTRATO DE AGÊNCIA

De um lado coloca-se o preponente que tem bens e serviços a colocar no mercado; e de outro, o agente (um preposto) que é um profissional que se encarrega de colaborar na promoção dos negócios do preponente, sem estabelecer vínculo de subordinação a este e que deve ser remunerado em função do volume de operações promovidas.

(36) Idem, *ibidem*, p. 8.

(37) Idem, *ibidem*, p. 29.

(38) Idem, *ibidem*, p. 36.

(39) Idem, *ibidem*, p. 345.

Ambos, preponente e agente, são empresários, cada um dedicando-se a um ramo próprio de negócios. Um realiza a comercialização de suas mercadorias ou serviços (preponente) e outro exerce uma especial atividade profissional (o agente), que é a de angariar clientela para adquirir os produtos do primeiro.

Vê-se, pois, que o agente se apresenta como autêntico empresário porque seu serviço é desempenhado de forma autônoma e constitui um tipo de negócio de evidente valor econômico e jurídico, na circulação de bens do mercado.

O agente comercial, nessa ordem de idéias, desempenha uma atividade de mercado cujo requisito fundamental é a liberdade de iniciativa na prestação do serviço de agenciamento. Daí reconhecer-se sua posição de titular da própria empresa, em cuja organização e administração não interfere a empresa do preponente.

Dessa maneira, é inegável que o contrato de agência estabelece uma relação jurídica entre empresários, em função da qual o agente promove e às vezes conclui negócios em favor do preponente, mas sempre com plena liberdade de organizar seu trabalho e com assunção do risco de seu negócio de intermediação.<sup>40</sup>

### 8.1 A nomenclatura legal – As partes no contrato de agência

A legislação italiana adota as expressões *agente* e *preponente* para indicar as duas partes do contrato de agência ou representação comercial (CC italiano, arts. 1.742 e 1.753). A lei portuguesa que regula o mesmo contrato, sob influência da terminologia com que *common law* se indentifica a *agency*, denomina *agente* e *principal* os respectivos sujeitos. Há quem, todavia, censure a opção do Dec.-lei 178/76, e preferiria que em Portugal fosse prestigiada a denominação de *proponente* (em lugar de *principal*), porquanto já era esta a palavra utilizada pelo direito português para nomear a contraparte dos “representantes comerciais não autônomos”,<sup>41</sup> antes da legislação atual.

No Brasil, o novo Código Civil escolheu a nomenclatura recomendada pela antiga doutrina portuguesa, ou seja, *proponente* e *agente*, muito embora nos contratos de prestação de serviços com subordinação jurídica a tradição, entre nós, seja a de identificar o representado como *preponente* e não como *proponente*.

De fato, os léxicos nacionais não registram *proponente* com o sentido de denominar quem delega poderes de gestão a outrem, mas como aquele que “propõe algo”. É, outrossim, o designativo *preponente* que identifica “aquele que constitui um auxiliar direto para ocupar-se dos seus negócios, em seu nome, por sua conta e sob sua dependência”.<sup>42</sup>

Ademais, há um inconveniente de ordem prática. Na relação econômica desenvolvida pelo agente em prol do fornecedor, já há o cliente que, ao formular propostas endereçadas a este também deverá ser identificado como *proponente*. Duas partes, portanto, em posições jurídicas diversas teriam titulação igual dentro do mesmo negócio. As confusões serão inevitáveis, o que recomendaria o uso da designação *preponente* para o fornecedor.

Dessa forma, melhor teria andado o legislador brasileiro se, a exemplo do Código italiano, tivesse nomeado de *preponente* o empresário que contrata a intermediação do

(40) BALDASSARI, Augusto. *Il contratto di agenzia*, cit. n. 2, p. 4-5.

(41) ABÍLIO NETO. *Contratos comerciais*. Lisboa: Ediforum, 2002, p. 108; BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990, nota 31.

(42) HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbetes *preponente* e *proponente*, p. 2.289 e 2.313.

*agente*. Malgrado a opção da lei, não estará incorrendo em censura alguma quem empregar o termo *preponente* em lugar de *proponente*, por ser lexicamente correto e, praticamente, mais expressivo.

## 9. O OBJETO DO CONTRATO DE AGÊNCIA

O contrato de agência, em sua feição típica, tem como objeto uma prestação de serviço entre empresários: a promoção de negócios constitui a obrigação fundamental que o agente contrai em favor do *proponente*.

O agente organiza com autonomia seu negócio e, pelos expedientes que livremente engendrar, dará cumprimento à obrigação contraída de angariar clientela para quem contratou seus especiais serviços.

Objeto, portanto, do contrato de agência, que é um contrato típico e de execução continuada, é uma atividade de promoção de negócios individuais, consistente na busca e visita da clientela, para coletar propostas ou encomendas a serem repassadas à empresa representada. Eventualmente, esse objeto pode ser ampliado, para compreender a conclusão do contrato de venda e entrega das mercadorias. Quando esses poderes adicionais são incluídos no ajuste, o contrato é denominado “agência e distribuição”.

O objeto do contrato, todavia, continua sendo uma prestação de serviços profissionais na área da intermediação de negócios, visto que o agente não revende os produtos que o *proponente* apenas coloca à sua disposição.<sup>43</sup> A operação é toda ela desenvolvida e consumada em nome e por conta do *proponente*. O agente-distribuidor apenas representa o fornecedor, que, afinal, é o vendedor das mercadorias consignadas ao preposto e negociadas com a clientela. Não há, repita-se, revenda, mas apenas venda, operada entre o *proponente* e o consumidor.

Integra o contrato, da parte do *proponente*, a obrigação de remunerar o serviço prestado pelo agente, mas isto não corresponde a um preço fixo, e sim a um percentual sobre as operações úteis captadas pelo agente em benefício do representado.

Dessa forma, pode-se afirmar, em síntese, que característica essencial do contrato de agência é a promoção, mediante remuneração, de contratos por conta do *proponente*, ou seja, de negócios que venham a ser concluídos entre os terceiros e o *proponente*, ou que se concluam junto ao preposto, mas em nome do representado. Com essa noção do objeto contratual, excluem-se do campo da agência as vendas em nome próprio, que são objeto de outros contratos de colaboração empresarial, como os de fornecimento ou de concessão comercial, que em hipótese alguma se podem confundir com a figura delineada no art. 710 do novo CC.<sup>44</sup>

<sup>(43)</sup> As prestações pertinentes à conclusão da compra e venda, bem como a entrega da mercadoria, são vistas como obrigações *eventuais* e *acessórias*, já que não são típicas do contrato de agência. Sua função complementar é a de fazer mais concreta a operação negocial, sem, entretanto, descaracterizar o contrato típico de agência. Essas atividades ulteriores, que merecem o nome de *prestações acessórias*, não são, – como ressalta Baldassari – idôneas a desnaturar a causa típica da agência, que se conserva sempre, e apesar de tudo, aquela fixada no art. 1.742 do CC italiano, e que corresponde ao art. 710 do Código brasileiro, ou seja, “a promoção de negócios” (Cf. *Il contratto di agenzia*, cit. 3.1.2, p. 12-13).

<sup>(44)</sup> BALDASSARI, Augusto. *Il contratto di agenzia*, cit. n. 3.1, p. 9-10.

Outra grande característica do objeto da obrigação veiculada pelo contrato de agência é o caráter duradouro da prestação a cargo do agente. Trata-se de um contrato de duração, pelo que o agente se obriga a exercer habitualmente a intermediação de negócios em favor do preponente enquanto permanecer em vigor o ajuste.

O contrato de agência, nessa ordem de idéias, tem como objeto a atividade do agente, com caráter de *estabilidade*, voltada para a promoção, dentro de uma zona determinada, de contratos que serão concluídos pelo preponente, para cuja consecução empenhará múltiplas atividades, de impulso e de agilização, tudo em busca de conquistar, manter e incrementar a demanda dos produtos do preponente.

---